

COLONIÆ AGRIPPINÆ,
Sumptibus Viduæ ANDREÆ BINGII. MDCLXXV. Cum Privil. S.C. Maj.

CLAR. VIRI

HENRICI ZOESII J. C.

In Academia Lovanienſi I. V. D.
& Profeſſoris Regii

COMMENTARIUS

AD L. LIBROS

DIGESTORUM

Seu

PANDECTARUM

Nunc demum
Conſectariis Additamentis, accuratiſſimiſque Acceſſionibus, quibus hactenus tam Lovanienſes quam editiones aliæ omnes caruere. ex Iure Practico, publico & Camerali.
Per

CLAR. VIR. MARTINUM NAURATH, I.C.
Sereniſs. Haſſiæ Principum, Conſiliarium, Illuſtratus.

Hac ultima Editione correctior, & Indice Legum, Rerum & Verborum locupletior.

COLONIÆ AGRIPPINÆ,
Sumptibus Viduæ Andreæ Bingii. M. DC. LXXV.

CLAR. V.

HENRICI ZOESII AMERSFORTII, I.C.

IN ACADEMIA LOVANIENSI LEGVM PROF. ORD.

COMMENTARIVS AD PANDECTAS SIVE DIGESTA IVRIS CIVILIS.

PROEMIVM.

SUMMARIUM.

1. *Pandecta & Digesta unde sic dicta.*
2. *Pandectarum libri cur numero quinquaginta.*
3. *Dispositi libri & Tituli juxta ordinem Edicti perpetui.*
4. *Pandectarum 7. Partes.*
5. *Quid singulæ partes contineant.*
6. *Ordo dispositionis quibusdam minus probus.*
7. *Divisio in* Digestum vetus, infortiatum & novum *cui tribuenda, & ratio nominum.*
8. *Librorum horum auctoritas.*
9. *Digesta an institutis derogent.*
10. *Olim notis acta excipi juris fuit, & siglis scribi.*
11. *Mos designandi libros & textus juris.*
12. *Tempus studio juris præfixum*
13. *Nomen Domini an necessario præponendum.*

QUod vulgò appellatur *corpus juris civilis*, constat quatuor voluminibus scilicet *institutorum*, quibus traduntur prima juris elementa, *Digestorum sive Pandectarum, Codicis & Novellarum.*

Quantum ad nomen *Pandectarum* ac *Digestorum*, ut ab eo exordium capiamus (primò enim inquirendum de significatione vocabulorũ, cùm omnis scientia ab illorum cognitione initium sumat) *Pandectarum* sive *Pandecta*, ut aliqui efferũt numero singulari, nomen libris his imposuit Justinianus ad imitationem Ulpiani & Modestini, quo denotatur liber omni scientiarum genere & doctriná refertus, qualis est iste, si quis alius. Inscripsit & eundem librum nomine *Digestorum* ad imitationem veterum jurisconsultorum, Juliani, Celsi, Marcelli, Scævolæ & aliorũ, qui Digestorũ nomine libros suos donarunt. Ratio est, quòd ex magna multitudine, eàque confusa, veteris jurisprudentiæ voluminum præcipua capita in hoc opus sint digesta.* 2 Divisum autem illud quinquaginta in libros: cujus rationem aliqui assignant, quòd Tribonianus, præcipuus hujus operis collector, dimidiũ librorum, ex quibus hoc opus collegit, sumpserit, ut brevitatis laudẽ haberet; quod & aliàs Romani dimidiũ sumere soliti eorũ, quo imitãtur, ut videre est in virgilii Æneide, in Cicerone de legibus. Veriùs putem numerum istum referendum esse ad arbitriũ collectoris, sumi communiter solitũ pro materiæ & argumẽti magnitudine

3 Sequuti autem collectores, licèt non ad unguem, in disponenda materia & titulorum methodo, ordinem perpetui Edicti, cujus auctor sive collector extitit Salvius Julianus, tẽporibus Hadriani Imp. qui edicta perpetua (ex quibus prætores jus dicere jussi erant ad præcidendam iis ambitionis gratiam, qui aliàs jus variè dicere asueverant) variè dispersa, in ordinẽ digesta, *edicti perpetui* nomine edidit. Ad quam edicti compositionẽ ipsius Hadriani, atque adeo senatusconsulti auctoritatem accessisse, hoc addito, ut, si quid in edicto positum non inveniretur, hoc ad ejus regulas, conjecturas, imitationes, ab imperiali sanctione replere posset, testatur Justinian. *in l. 2. §. sed quia. Cod. de vet. jure enucleando. quæ est constitutio ejusdem Imp. de confirm. Digestorum.*

4 Divisa verò tota hujus operis series in septem partes. Numeri rationẽ reddit ipse Imperator *in d. l* 2. §.

2. §. *in fine*, inquiens: *Et in septem partes eos* (libros) *digessimus, non perperam, neque sine ratione; sed in numerorum naturam & artem respicientes, & consentaneam iis portionum divisionem conficientes.* Fuit enim hic numerus non tantum apud gentes profanas, sed & in libris sacris mysticus & sanctus habitus. Macrobius *lib. 1. in Somnium Scipionis c. 6.*

5. Prima pars continet πρῶτα, id est Juris & judiciorum prima initia, constans libris 4. Secunda Judicia realia, libris 7. Tertia personalia, libris 8. Quarta continet ea, quæ accedunt prioribus, quæ Justinianus *d. l. §. igitur*, vocat emptionum venditionum titulis consentanea; uti pignora, ædilitium edictum, evictiones, usuræ, probationes sponsalia, dotes, tutelæ, libris 8. qui sunt quasi quidam umbilicus totius hujus compositionis. Quinta continet ultimas voluntates, libris 9. Sexta materiam bonorum possessionis, legitimarum hæreditatum, nuntiationum novi operis vectigalium, donationum, liberalis causæ, acquisitionis dominii, possessionis, usucapionis, judicati, confessi, Interdictorum. Ultima pars complectitur materiam stipulationum, solutionum, criminum pœnarum, extraordinariarum rerum, appellationum, cæterorum omnium, quæ concernunt municipales, diversas cognitiones, significationes verborum & regulas Juris.

6. De ordine dispositionis materiæ sunt, qui habent, quod culpent, ex eo, quod initio quidem aliquid de jure personarum agatur, sed obiter & statim subjungantur primordia judiciorum, non autem perfecta eorum materia; cum continuò subjiciatur de rebus, super quibus in judiciis tractatur; postea de sententiis, & iterum turbato ordine de obligationibus ac criminibus, tum de appellationibus: cùm rectus ordo secundùm illos procedat, ut primò de iure personarum ageretur, quibus ius dicitur; secundò de rebus, super quibus ius dicitur tum civilibus, tū criminalibus; deniq; de judiciis eorumq; methodo, per quæ ius dicitur, & controversia super rebus finitur. Qui ordo equidē fuisset conformior: unde & illi in suis Commentariis istum ordinem servârunt, licet non sine aliqua reprehensione, etiam doctiorum, qui malunt servari ordinem hic traditum maiori bono discentium, si non ita commodum, saltem iam receptum. In quo si fortè quid peccatum, id non tam vituperandum, quā imbecillitati humanæ, quæ naturaliter inest, adscribendum, ut ait Imperator, *in d. l. 2. § si quid autem*, & habet commune dictum:

Namque opere in magno fas est obrepere somnum.

Quem ordinem in explicando servabimus potiùs, quàm novum inveniamus, sæpe hoc minus gratum, quo magis ab usu remotum.

7. Alia præterea partitio recepta huius operis in tres partes: quarum primæ vulgò inditum nomen *Digesti veteris*; secundæ *infortiati*; tertiæ, *novi*. Partitionis istius auctorem Justinianū dici non posse aut compilatores, certum est, cùm id ipsum nullibi appareat: ut videatur attribuenda vel impressoribus, vel compactoribus, commodioris usûs gratiâ. De ratione nominum, quæ singulis partibus impôsita sunt, disputatio est. Putant aliqui ideo primū tomum dictum *Digestum vetus*, quòd primùm fuerit in compositione aut editione; tertium autem dici *novum*, quòd postremum. Verū huiusmodi ratio parum aut nihil convincit, cùm totū opus unius sit compositionis, confirmationis & publicationis; in his autē, quæ coniunctim fiunt, non detur priùs aut posteriùs. Plausibilem tamen aliqui rationem in eo ponunt, quod, ut moris est leges denotare primis verbis, ita & à prima Rubrica sive Titulo visum fuerit toti volumini indere nomen. Cùm ergò tertium volumen inchoetur à Tit. *De novi operis nuntiatione*, isti *Digesti novi* titulus inditus. Unde emanasse videtur, ut primo volumini *Digesti veteris* sit impositū nomē ex vi correlativi: novū enim vetus præsupponit. Tota quæstio est de appellatione secundi, quod *infortiatum* dicitur, nec Græco, nec Latino vocabulo. Rationes plures adferūt, sed quæ ridiculæ, & auctoribus suis indignæ, dici posse videtur vox illa, partim ex Græco composita, scilicet φόρτιον, id est, *onus*, ex ratione, quód volumen istud inchoetur à Tit. *Soluto matrimonio, &c* id est reddendarum dotium, quod oneris est. Vide Alciat. 1. *Dispunct. in proœm. & 4 Parer. c. 25.* Coras. 7 *Miscell. c. 22.* Barbosa *ad Rub. D. solut. matrim. p. 1. in princ.*

8. Ex proœmiis digesto præpositis advertere est his libris esse auctoritatem constitutionum & legum quæ etiā est Institutis, Codici & Novellis. Verùm cùm hæc volumina diversis tēporibus successivè sint edita & publicata, & posterioribus cōtrarium quid prioribus statuatur observandum est, posterioribus contentum derogare iis, quæ libris prioribus continentur; sunt enim posteriora perfectiora, & posterior voluntas abrogat priorē. Hinc Novellarum volumine contenta, derogant contentis Codice, hic digestis & institutis.

9. Digesta an institutis derogent, dubium est. Sunt, qui id volunt, hâc solâ ratione, quód institutis iam editis, septimo Justinianæi Imperii anno, xi. Kal. Decēb. Digestum demū promulgatum fuerit xvii. Kal. Jan. eodem anno, & sic mense serius. Quo non obstante

rectè

rectè dixeris per instituta derogari digestis; eâ ratione, quòd sint posteriora, tum compositione; quandoquidem, digestis jam absolutis, jusserit ea componi Justinianus: tum etiã materiã, quæ non tantum desumpta est ex veteris Jurisprudentiæ libris, sed & ex rescriptis Imperatorum, cum digestum tantum sit compositum ex veterum Jurisconsultorum responsis & commentariis; ut meritò instituta, uti posteriora debeant prævalere Alciat. *6. Parer. c. 14.* Duaren. *ad Proœm. d. c. 3. in fine.* Ant Cont *1. Lect. subsec. c. 7.*

10 Unum superest non indignũ monitu: olim moris fuisse notis acta excipi, quæ apud Præsides Magistratusq; habebantur, cum aliter non posset loquentium celeritatem manus adsequi. Receptũ quoq; jure civili Romano, pleraque notis, de quibus Cujac. *2. Observ. c. 40* & singulis sive siglis, ut vocabãt, id est, singularis litteris, ut A. Gellius loquitur, scribi, quæ verba & syllabas integras denotarent, ut scriptura esset brevior. Unde illud Manilii:

Hic & Scriptor erit felix, cui littera verbum est,
Quique notis linguam superet, cursumq; loquentis,
Excipiens longas nova per compendia voces.

Inde Notarii dicti, qui voces loquentium notis celeriter excipiebant. Verùm cùm variâ & fallaci Notariorum istorum interpretatione multi in fraudem inducerentur, magnæ etiam judicantibus difficultatibusque tenebræ offunderentur; posteriores Imperatores eas abolendas sanxerunt, & leges integris litteris perscribi jusserunt, ne qua malignis Interpretibus, imperitisve, verborum evertendorum ansa præberetur. Testamenta scribi notis longe antè improbatum fuerat.* Mansit

11. tamen usus designandi libros Juris, siglis sive singulis, brevitatis causâ, quem indicare non erit inutile iis, qui studio Juris initiantur. Codex denotatur litterâ C. Pandectarum sive Digestorum nomen designari solitum litterâ D. majuscula sive π circumflexo, aut P. Latino, quem morem Neoterici pleriq; probant & amplectuntur. Vulgò tamen inolevit mos denotandi per duplex ff. qui modus videtur vel per errorẽ irrepsisse, quòd duplex ff referat speciem vicinam π circumflexo vel commoditatis caussâ receptus, quod uno tractu scribatur. Libri hi divisi in Titulos, quos aliqui Capita malunt vocari. Vocantur Rubricæ veteribus, ex eo, quòd minio sive croco notarentur, unde illud Ovidii:

Nec titulus minio, nec cedro charta notetur.

Tituli in Digestis distinguuntur variis responsis; in Codice variis constitutionibus sive rescriptis, quæ citando Leges vocari usu obtinuit: uti & leges citari primis verbis, exemplo veterum; ut res eâ reprehensione careat. Leges versiculis distinguuntur, quos Paragraphos vocant: quæ vox denotat annotationem sive marginalem adscriptionem. Solet autem denotari notâ quadam duplice conjuncti & leviter inflexi, hac figurâ §.

12. Cæterum Justinianus in Constit. *De conceptione Digest. §. nos verò*, tantùm discipulis definivit quinquennium, quo dent operam audiendis Professoribus & perlegendis libris Juris. Ante erat definitũ quadriennium: nec nisi qui probasset tantum temporis se juris studio dedisse, admittebatur in numerum Advocatorum, *l. 3. §. nec de cætero Cod. De advocat. divers. jud.* Quod tempus si istâ ætate, quâ mores & jura, & verba civilia erant notiora & faciliora perceptu, fuerit statutũ, quis erubescet hac ætate, quâ horrere spinis videntur omnia de jure ab antiquis prodita, quis, inquam, erubescet quadriennium in hoc studio transigere? Vix tamen aliqui ad triennium transigendum inducuntur: plurimùm vitio parentum, qui cum ad vota properant, cruda adhuc studia in forum propellunt. Non rarò etiam illorum, qui ad studia missi, arrogantia id facit, qui etiam non percepta se percepisse putant, & non audita aut lecta forte sibi persuadent Imò vix jurisprudentiã à limine salutatã, aut nullâ dum vivâ voce audita, ad forum admitti postulant, quo bono sæpe ipsi experiuntur.

13 Quod attinet ad præfixum proœmio nomen Domini, non est disputandum anxiè eum quibusdam, an sit præponendum: cùm ipse Justinianus, *d. l 2. §. nos itaque*, fateatur se hoc opus ab invocatione divini nominis exorsum & in variis constitutionibus hunc morem teneat, *ut l. 1. C. de officio Pref. prætorio Afr. Novel. 17. de mand. princ. Nov. 134. ut nulli judic.* &c.

Quantum ad prænomina & cognomina, ea sunt diversis gentibus subjectis sumpta, quorum ratio ex historiis petatur.

HENRICI ZOESII I. C. IN LIBRUM PRIMUM DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.
DE IUSTITIA ET IURE.

SUMMARIUM.

1. *Rectè compilatores hujus operis ordiri á justitia & jure.*
2. *Iuris varia acceptio.*
3. *Ius, an prius justitiâ? An sit objectum justitiæ, vel è contrá*
4. *Iurisprudentia quid?*
5. *Scientia rerum divinarum & humanarum olim conjuncta,*
6. *Iuris pontificii scientia necessaria.*
7. *Iustitia quid?*
8. *An rectè definiatur per voluntatem.*
9. *Dici rectè constantem & perpetuam.*
10. *Iustitia alia divina, alia humana.*
11. *Definiri hic justitiam human[illegible]m.*
12. *Iurisconsulti, quomodo dicti sacerdotes juris.*
13. *Iustitia humana, alia universalis, alia particularis*
14. *Iustitia universalis quæ sit.*
15. *Quæ particularis*
16. *Definitam hic esse justitiam, non universalem, sed particularem.*
17. *Ius suum cuique tribuere soli justitiæ particulari adaptari debet.*
18. *Respondetur in contrarium allegatis.*
19. *Iustitia particularis, alia est distributiva, alia commutativa.*
20. *Præcepta juris quæ.*
21. *Ius aliud publicum, aliud privatum.*
22. *Privatum jus tripartitum, collectum ex præceptis naturalibus, gentium & civilibus.*
23. *Non etiam jus publicum.*
24. *Definitio juris naturalis, quod natura omnia animalia docuit, defensa.*
25. *Sensus dictæ definitionis.*
26. *Edere, bibere, dormire, non sunt juris naturalis.*
27. *Coniunctio promiscua, naturaliter licita non est.*
28. *Liberi à parentibus, & contra, alendi.*
29. *Defensio sui est juris naturalis.*
30. *Magistratui injustè in aliquem animadvertere volenti, an resisti possit?*
31. *Defensio sui fieri debet cum moderamine inculpatæ tutelæ.*
32. *Ius gentium quid sit.*
33. *Ius naturale, ut & gentium, an rectè aliud primarium, aliud secundarium statuatur.*
34. *Iuri gentium, adscribitur religio erga Deum.*
35. *Itẽ reverentia & obsequiũ erga parentes ac patriam*
36. *Eidem juri adscribitur manumissio.*
37. *Item bella justa.*
38. *Bella just[illegible] adversus rebelles atq; hæreticos geruntur*
39. *N[illegible] etiam adversus infideles, quá tales.*
40. *An belli justitiã requiritur, ut publice decernatur.*
41. *Bellum an utrimque justum esse possit.*
42. *Auxilio infidelium in bello an uti liceat.*
43. *Ex eodem [illegible]ure gentium sunt distinctiones dominiorum, c[illegible]mmercia, obligationes.*
44. *Excipiuntur stipulatio, acceptilatio, emphyteusis*
45. *N[illegible] etiam [illegible]natio propter nuptias & litterarum obligatio.*
46. *Ius civile quid sit.*
47. *Differentia inter jus naturale, gentium & civile*
48. *Ius natur[illegible]e est immutabile, civile verò mutationi obnoxium.*
49. *Distinctioni hinc, objici solita dissolvuntur.*
50. *Ius naturale, [illegible] in parte quidem potest mutari.*
51. *Ius naturale dupliciter considerari, positive & permissive, seu negative.*
52. *Illud immutabile, hoc verò mutabile.*
53. 54. 55. *Libertatem rerum communionem & de rebus dispositionem, esse juris naturalis permissivi*
56. *Usucapione completa non retineri alienum.*
57. *Usucapionis introducendæ ratio.*
58. *Matrimonium quo modo desierit obligare singulos (homines.*
59. *Intellectus* l. Omnes populi hoc tit. *remissive.*
60. *Divisio juris in scriptum & non scriptum & scripti juris species.*

61. Plebiscitorum origo & usus.
62. Jurisconsultorum, seu prudentium juris auctoritas
63. Juris pratorii, sive honorarii origo & potestas.
64. Ædilium edictum, juris honorarii portio.

UT in omnibus actionibus quemvis circumspectum, principio omnium finē, quem intendit, intueri oportet, cui tanquam laborum scopo omnes conatus, studia & curæ devoveantur; ita rectè compilatores hujus operis in ipso ingressu tractatus scientiæ sive artis juris de justitia & jure proponunt, quod scientiæ istius finem constet, esse conservationem justitiæ, ut ait Cicero *lib. 1. de Oratore* Rubricæ hujus duæ sunt partes: Prior est de justitia, altera de jure. Quorum utrumq; quid sit, compilatores hic explicant, rectam secuti methodū, quæ vult, ut in omnibus disputationibus ante omnia, quid illud sit, de quo disputatur, explanetur, ne vagari & errare videatur oratio, si ii, qui inter se dissenserint, non idē esse illud, de quo agitur, intelligant, ut apud Ciceron. *d l* ait Anton. Et quidem compilatores exordium sumpserunt à juris explicatione, dum citant Ulpian. *in l.* 1 dicētem juri operam daturum prius nosse oportere, unde nomen Juris descendat: & rectè, cùm habitus, actus & potentiæ per sua objecta definiantur, Jus autem sit objectum justitiæ, secundum D Thom. *2 2. quæst. 57* in una acceptione, ut mox videbitur. * Nam vocabulis hujus in juris textibus varia invenitur acceptio *l pen. h. t.* Interdū accipitur pro legitima facultate aut potestate, quam ad aliquid homo habet; quo modo quis dicitur uti jure suo. Interdum pro sententia judex, cum sententiā dixit, etsi iniqua ea sit, dicitur tamen jus dixisse; & hoc relatione facta ad id, quod judicē facere oportuit, id est, pronuntiare, quod justū est. *d l. pen. in fin.* Accipitur & pro lege, pro necessitudine, pro loco, in quo jus redditur, appellatione translatā ab eo, quod fit in id, ubi fit: quo sensu confessum in jure accipimus, ut habeatur pro damnato, *l* 1. *C. de confess.* quo & sensu debet intelligi, cùm dicimus in jus vocare. Item pro justo & æquo, & pro juris arte: quæ duæ posteriores acceptiones huic materiæ subservire possunt: præcipuè quādo quæritur

An jus sit prius Justitiā, an posterius? An objectum sit justitiæ, an verò justitiam habeat ut objectum? Distinctione res terminanda Nam sumptum jus in abstracto, pro justo & æquo, est justitiæ objectum, quæ est habitus voluntatis, eandem inclinans ad id faciendū, quod jus esse ratio mentis jam antè præmonstrārat, ideòque eā prius. Objectum enim, prius fit eo, cujus est objectum, ratio dictat, ut eatenus sit dicenda justitia à jure derivati: quod & grammaticorum ordini respondet, quo vocabula composita à simplicibus derivantur. Sumptum verò Jus in concreto pro arte Juris, Justitiā est posterius: in qua acceptione hic in Rubrica; & *in d l. 1.* accipitur; ubi rectè dicit Ulp. Juris nomen à Justitia descendere, quam & pro objecto habet, ut virtutem ars: denotat enim hoc verbum artem, ut patet *in d. l. 1.* ubi ex celso idē Ulp. subjicit, *jus esse artem æqui & boni* tamquā rationē ejus, quod jus à justitia descendere antè dixerat. Neque enim jus, sicut in natura positum, ars dici potest, quæ ex principiis naturalibus extructa, paulatim studio addiscitur. Ut videatur hæc esse collectio Ulpiani: omnis ars à subjecto, quod tractat est denominanda: jus est ars æqui & boni, & consequenter justitiæ; à justitia igitur appellatum est ius. Quo etiam spectat definitio Jurisprudentiæ, tradita ab eodem Ulpian. *l. 10 hoc tit.*

Jurisprudentia est divinarum, atq; humanarum rerum notitia, justi & injusti scientia: id est, habitus intellectus, quo quis cognoscit res divinas & humanas, quatenus in iis versatur iustum & iniustum: illud, ut faciamus; hoc, ut fugiamus. Rectè *divinarum rerum scientiā* Jurisprudentiæ attribuit Ulp. * Coniuncta enim, olim fuit divini & humani iuris notitia, & in utriusque scientia consultos fuisse pares ex veteribus memoriis patet: eosq; tenuisse & docuisse, quibus diebus: quo ritu atque tempore sacra facienda, quæ sepulchrorum iura, quæ iustorum funebriū solemnia essent; quæ omnia ad jus publicum & divinum referebantur, eorumq; peritiā æquè priscos prudentes atq; humani juris cognitione comēndari videmus, eosdēq; apud antiquos scriptores, A. Gellium, Tacitum, Valerium, Macrobium, aliosq; dici juris civilis & sacrorum Pontificalium peritos, divini humaniq; juris scientes. Vid. Brisson *Select. ex jure Antiq. lib. 4 c. 16.* Inde factum, ut nostri auctores juris alteram speciem in sacris & Sacerdotibus collocarint; *l. 1. & 2. h. t.* * Ut non sint extra reprehēsionem, quibus ridiculum videtur, Jurisprudentiam rerum divinarum & humanarum notitiam, ab Ulp. definiri, quòd existiment rerum divinarum & humanarum cognitionem nihil cum scientia juris commune habere: cùm nullius pene in pretio Jurisconsultus haberi possit, qui non omnia iura, humana atque divina, cognitione fuerit complexus, quatenus jura spectant & negotia humana contingunt; non etiam simpliciter & absolutè, quia talis divinarum rerū cognitio spectat potiùs ad Theologū. Hodie

præcipuè, cum scientia juris Canonici (quod & divinum interdum appellatur, quatenus à potestate divina & supernaturaliter collata latum est, & quia de rebus divinis & ad animæ bonum præcipuè spectantibus, disponit) cùm, inquam, scientia juris Canonici bonam controversiarum, etiam majorum partem contineat, & sine ea facilè definiri nequeat: ordo etiam judicialis modernus magis sit accommodatus præscripto Canonum, quàm Legum. Hæc de vocabulo *jus*.

Justitia eodem Ulpiano auctore *in d. l. 10. est con-* 7 *stans & perpetua voluntas jus suum cuiq; tribuendi.* Quam definitionem etiam D. Thomas 2. 2. *q.* 58. probat, eamque convenientem & completam asserit, sumptam ab affectu & officio: quamvis non desint, qui eam culpent. * Primò, quòd genus defi- 8 niti ponatur *voluntas*, cùm justitia sit ad aliud, & denotet actum, non etiam solam potentiã. Verum non ineleganter voluntas hic ponitur generis loco ut denotetur actus justitiæ debere esse voluntarios. Deinde accipitur pro habitu, qui consistit in voluntate, quæ præcipuè spectatur, non etiam in solo actu; cùm nomen justi non mereatur justum agẽs: casu enim fecisse potuit, qui non meretur præmium. Hac in parte distinguitur justitia a Jurisprudẽtia, quæ est habitus intellectus, à quo nemo denominatur justus, sed ab habitu voluntatis ad justè agendũ, qualis est justitia. Secundò, quòd dicatur *constans & perpetua voluntas*, cum solius Dei volũtas sit constãs quia im̃utabilis; atq; ita partim falsò, partim superfluè utrũq; ponat. in ista definit.

Verùm sciendum, quòd voluntas *perpetua* dici possit dupliciter: Uno modo ex parte actus qui 9 perpetuò durat & sic solius Dei voluntas est perpetua: altero ex parte objecti, quia scil. aliquis vult perpetuò aliquid facere. Et hoc requiritur ad rationem justitiæ, ad quam sufficit, quòd homo habeat voluntatem perpetuò & in omnibus, justitiam conservandi. In quo proposito, ut designetur quòd firmiter perseverare debeat, non superfluè addita dictio *constans*. Quo modo sensus istius definitionis est. Justitia est habitus, quo inclinamur cum constantia & firmitate, jus suum cuique tribuere. Suum, quod cuique jure & legibus debetur. Posteriora ista verba denotant differentiam, quâ justitia à cæteris virtutibus, aliisque animi qualitatibus distinguitur.

Justitiam faciunt aliam divinam, aliam huma- 10 nam: Illam, quæ in divina mente resideat atque eluceat, hanc, quæ inter homines inveniatur. * Ubi 11 controvertitur, definitio justitiæ concernat divinam, an humanam? Ad illam pertinere, aliquorũ est opinio, inter alios Glos. *in V. justitia. inst. t. eod. & ibid.* Hotom. hoc argumento, quód constans & perpetua voluntas jus suum cuiq; tribuendi non sit inveniri, sed quód ea in solo Deo reluceat, in quo illa est certa & immutabilis; in homine veró, qui mente lubricus, ingenio ad casum facilis, non nisi incerta & mutabilis voluntas in rebus justitiæ quæ pro circumstantiis temporum & locorum mutationi subjacent. Addunt *in l. 2. inf. de legib.* dici *inventum & donum Dei.* & *in l. 1. h. t.* Jurisconsultos appellari *Sacerdotes*: Sacerdos autem non est, nisi numinis alicujus, quod pro Deo colitur. Ut nolint hic justitiam humanam definiri, sed, vel eam, quæ in Deo est, vel pro numine culta.

Verùm ista & similis generis argumenta non sunt ejus efficaciæ, ut aliquem moveant, quó minus judicet datam definitionem non concernere humanam, siquidem justitiæ hic traditæ finis sit informare; non Deum, qui informatione nullâ indiget, cum sit perfectissimus, sed hominem, ut moveatur, quomodo se gerere debeat in hac humana societate. Negandum quidem non est, origine divinam esse, ut inventum & donum Dei, à quo omne bonum, subjectum tamen habet hominem, divino jussu inter homines collocata.

Quòd homo sit lubricus & facilis ad perversionem & lapsum, nihil narrat de virtute, quæ firma & constans, & quæ hic, ut in se est, definitur, informans hominem ad perpetuo juste agendum, secundùm dicta paulò ante: cujus error non imputandus virtuti, ut quæ cum non exstiisset. Et rectè dicitur cum Bartolo *ad l. 10. h. t.* quód verba, *constans & perpetua*, accipienda sint, quatenus in hominem cadunt, & possibile est: verba enim intelligi debent, prout subjectum admittit *l. si quid venditor 18 in fine de ædil. edicto.*

12 Nihil etiam momenti habet, quód Jurisconsulti dicantur Sacerdotes Juris, sive, ut alii volunt, Justitiæ, cum totum hoc sit metaphoricum, & per similitudinem quandam dictum: ut enim Sacerdotes sacrorum & religionum sunt interpretes: ita & Jurisconsulti, boni & æqui? Quó facit subiecta ratio a Jureconsulto: Justitiam namque colimus, non ut Deam, sed ut boni & æqui notitiam profitentes, æquum ab iniquo separantes.

13 Humanam hanc Justitiam in hominum voluntate existentem, iterum aliam faciunt particularem, aliam universalem, secundum verba communia. & quorum usus passim apud auctores. divum Thomam & alios, quæ & retinebimus quòd ad instructionem sint commodiora, quàm inusitata & de novo conficta.

Universalis est connexio sive complexio omnium
14 virtutum, ut videre est apud Aristot. 5. *Ethic. 1.* & D. Thomam *d. quest. 58* & alios, quæ & Aristoteli vocatur, usus virtutis undique perfectæ: quæ facit non tantùm bonos cives: verum & bonos viros. Vocatur & universa atque absoluta virtus, item legalis, à D. Thom. & aliis eum secutis, quòd extendat se ad omnia, quæ lege sunt statuta ad bonum commune ad quam referuntur omnia, circa quæ vir bonus versari debet, quam rectè dixeris veram, non affectatam Philosophiam.

15 Particularis est quæ ordinat hominem circa ea, quæ sunt ad alteram singularem personam, & quidem immediatè, in tribuendo id, quod cuique competit. Distincta est omnino ab illa universali & aliis virtutibus.

16 Ubi magna est quæstio de hac posteriori, an verò de priori sit accipienda data definitio? Priori, non pauci attribuunt, ut Albert Bolognet *de jure & aequit. c. 8. & 9.* & Alciat. *1 Parer. c. 31.* Primò, ex allatis per Ulp. *in d. l. 1.* quæ videntur spectare ad universalem Justitiam. Secundò, per præcepta juris, quorum aliqua latiùs patent, quàm, ut possint concludi terminis justitiæ particularis, quæ alterum respicit quædam autem ex illis præceptis spectan· hominē in se & continetur sub prudentiæ & temperantia Tertiò, quòd etiam his in libris tractetur de passionibus, quæ sunt subjectæ aliis virtutibus, uti de prudētiā, *in tit. de juris & facti ignor.* de temperantia, *tit. de adulter* de fortitudine, *tit. de re militari.* Quò facit, quod tradit Aristot *d. c. 1.* Lex, & forti suum officium præscribit, ut non deserere ordinem, nec fugere, nec arma abjicere; & temperato, non adulterari, nec vi constuprare; & clementi, non verberare, non conviciari: item, quæ in cæteris virtutibus illa jubet, ista vetat.

Quibus non obstantibus, magis veritati consona est contraria sententia, scil. hic tantùm definiri
17 justitiam particularem. * Cujus, vel hoc unum & sufficiens indicium ponunt verba finalia dictæ definitionis, *Ius suum cuiq; tribuendi.* Quorum verborum significationem quidam Neoterici sine aliquo fundamento conantur adaptare justitiæ universali; quippe quæ omnino indicent qualitatē ordinantem homines circa ea, quæ tendunt ad bonum alterius singularis personæ; quæ qualitas neutiquam attribui potest aliis virtutibus, quarū finis est, ordinare hominem in seipso, nec ullatenus versantur istæ circa operationes: cujus ordinis est distributio ejus, quod cujusque est, hoc est alteri us à se: sed circa passionum, in proprio objecto moderationē, uti, ne erretur in cognitione veri, quod est prudentiæ, in excelsi animi magnitudine ac robore, quod est fortitudinis, in eorum, quæ fiunt, quæque dicuntur, ordine & modo, quod est temperantiæ, ut eleganter tradit Cicero *lib. 1. de officiis.*

Quam sententiam nihil impugnant tradita ab Ulp. *in d. l. 1.* quòd scilicet Jurisconsulti sit licitum ab illicito discernere: quia potius confirmant eùm illa & similia concernant actionem circa alias personas, per quam servetur æquum in distributione ejus, quod cuique est, quod est Justitiæ particularis.

18 Quod aliquibus juris locis, etiam aliarum virtutum actiones imperentur, non est, quod propriè & per se specialiter ad Justitiam particularem spectet, reprimere illarum passiones; sed, ne iis contemptis, justitiæ particularis finis impediatur. Qua de causa, etsi ordinari adulterioré finem istæ virtutes non habeant ex propria ratione, per virtutem tamen digniorem in illum finem ordinantur. Etenim potestas legislativa civitatis non potest adsequi suum finem, nisi materiam omnium virtutum præcipiat: neque enim potest facere cives bonos, nisi etiā faciat bonos viros; & sic non propriè & primariò de aliis virtutibus disponit, sed tantum, ne impediatur finis justitiæ particularis. Quo modo accipienda aliqua præcepta juris, quæ videntur propriè concernere modestiam & temperantiam, præcipuè primum, uti mox videbitur. Unde rectè Cujacius præceptum tertium, *Ius suum cuique tribuere,* dicit esse proprium justitiæ hic definitæ, scil particularis.

19 Quam ulterius partiuntur in distributivam & commutativam: quæ verba & hic retinebimus, ut recepta usu ab omnibus, potius quàm nova & minus rem explicantia ambitiosè excogitemus. Quæ duæ species in eo conveniunt, quòd utraq. respiciat debitum aliquo modo, quatenus per eas reddi tur alicui, quod suum est: deinde, quòd utraq; æqualitatem constituat. Differunt verò in diversa ratione debiti, quam respiciunt. hæc propriam & præcisam rei ad rem; illa verò remotam, consistentem in aptitudine personæ. Unde & diversam rationē æqualitatis constituunt: quæ in hac constituitur circa res privatas, secundùm arithmeticam proportionem, non habitâ ratione qualitatis personæ, sed quantitatis ad quantitatem, quæ commutatur. Sit, si rem emi pretio decem, decem do; si centum promisi, eadem solvo; si furatus fuero centum eadem restituo. Illa verò circa rés publicas, servata geometricâ proportione secundum condi-

conditiones & dignitates cujusque personæ, quâ æqualibus æqualia, inæqualibus inæqualia distribuuntur. Nobilis enim, doctus sedulus, majori præmio dignus, quàm plebejus, indoctus, ignavus: Illi majora munia committenda, quã huic. Ut intrinsecus finis hujus sit, constituere æqualitatem inter datum & acceptum, illius vero inter proportionem & proportionē, ut eadem proportio sit inter res, quæ distribuuntur, quæ est conditionis personarum, inter quas distribuuntur In tercidū tamē contingit in debito ex Justitia comutativa, ceterum effigiē justitiæ distributivæ & cõtrà.

20 Juris regulæ & præcepta, quæ consistunt in imperando, vetando, permittendo, puniendo, *l. Legis virtus 7. inf. de legib.* in specie varia sunt: referūtur tamen ad tria summa capita, definitioni justitiæ *ind. l. 10.* subjecta, ad quæ omnia jure cauta ac præscripta, tamquam ad normam examinanda ac dijudicanda, scilicet: *Honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.* Spectant ea agentem; primum, ut homo est, quo præcipiuntur honestatis officia Etenim, hoc nos tantùm concernit, non alios, ne quid faciamus, quo videamur esse turpes, ne sermone, habitu, moribus dissoluti, ne flagitiosè quid agamus, quod vel nos solos comacület & in summa, simus boni viri: ut hoc præceptum sit generalius, quàm ut sub terminis justitiæ particularis concludi possit. Alia duo præcepta concernunt agentem, ut est civis & pertinent ad justitiam particularem: sunt enim relativa & extra se agunt, ne scilicet lædamus alterum, per damni alicujus quovis modo illationem; suum cuiq; tribuamus, putarem, cuiq; suam, quam possidemus vel tenemus, vel debemus; virtuti præmium & honorem; vitio pœnam & supplicium. Non incōcinnè possunt dici posteriora duo præcepta explicare primum, ut sensus sit: Præcepta juris sunt in universum, *honeste vivere*, per omnes partes honestatis, etiam in his, quæ justitiæ non sunt: verumtamen in his non principaliter, sed per consequentiam dum scilicet id agitur, ut reliquis partibus præstandis suum cuiq; tribuatur, quòd illis violati alteri contrà veniretur, ut honestas omnia reliqua, quæ hic præcipitur, ad justitiam, tamquam ad summum finem referatur.

21 Hujus studii, inquit Ulpianus *l. 1. h. t.* id est disciplinæ, sive artis juris, duæ sunt positiones, id est capita sive genera, aliud scilicet Publicum, aliud Privatum. Quæ partitio potest videri à fine petita, quem intendit jus, qui est duplex, procurare scilicet & publicā utilitatē & privatorum comodum. Publicum est, quòd ad statum Reip. Romanæ spectat consistēs in sacris, in sacerdotibus, in Magistratibus, quorum pleraque antiquissimo jure pontificio tractabantur, cujus hodie nec vestigia quidem extant Consistebat & jus publicum civitatis in fœderibus, pace & bello, nec non in auspiciis, augurum & aruspicum disciplina, quæ paulatim collabi cœperunt, & per Christianam religionē ex toto sunt sublata. Privatum, quod pertinet ad singulorum utilitatem. Ubi utrobiq; rectè subintellexeris, principaliter & primariò: nam secundariò & per quandam cognationē, quod publicè est utile, & privatim prodest & è converso, quod concernit singulos, in universos redundat: cum Reipubl. intersit, habere locupletes & bonos cives, civium verò, habere bene constitutam Rempub.

22 Privatum jus tripartitum esse subjungit ibi Ulp triplicem illi, unde dimanat, fontem adsignans, quem ponunt præcepta naturalia, gentium & civilia, pro triplici hominis consideratione, qui, vel consideratur ut animal & eo respectu se conformat naturæ, ejusq; præceptis; vel ut homo & accommodat se juri gentium; vel ut civis, & sequitur jura cujusq; civitatis Fit autem mentio ab Ulp. tantùm juris privati, ex istis fontibus desumpti:

23 ut videri possit non esse eadem principia juri publico. Quod aliquibus non placet, inter alios Rudolpho Agricolæ *l. 2. de invent. cap. 5.* cui cōsentit Ant. Vacca *ad d. l. 1.* in qua Ulp. dum dicit, privatum ex istis præceptis collectum, adserit, non negare, publicum ex eiisdem fluxisse fontibus, ac rationem hoc velle, ideoq; ejus mentionem omisisse, quòd de eo actutus non esset, vel non nisi obiter. Sed dicendum, Ulp principia, quæ juri privato adscribit publico negare. Quod non potest videri manasse ex jure naturæ, quod etiam ad bruta pertinet, quibus nullæ civitates, nulla sacra, sacerdotes, magistratus, quæ juri publico attribuuntur: non etiam ex jure gentium aut civili, cum pro usu & comodo populi Romani jus civitatis, quod publicum est, paulatim fit cōstitutum. Et quamvis religio erga Deum sit ex jure gentium ut mox dicemus; ritus tamen, cæremoniæ, sacra, sunt cujusq; civitatis ac nationis, uti & qualiter Deus colendus, cujus singuli diversam figuram & cultum sibi fingunt: ut tantùm communis sit gentibus universa quædam Dei cognitio. Vide Alciat. *1. Parer. c. 3.* & Lotot. *tract. de jure & ejus speci eb. Axiom 16.* Collectum itaque jus nostrum civile ex tribus istis fontibus, naturæ, gentium & civilis.

24 *Jus naturæ* sive *naturale* describit idem Ulpian. *quod natura omnia animalia docuit.* Quæ definitio non patitur exiguā difficultatē: tum quòd jus in brutis

brutis constituat, quæ sunt expertia & juris & injuriæ, utpote ratione carentia, *Inst. & D. si quadrup. pauper fecisse dic.* tum quòd malè distinguatur à jure gentium. Verùm non meretur Jurisc. aliquam reprehensionem. Nam ad prius quod attinet, quando cum brutis commune dicitur jus naturale, non accipitur formaliter quoad rationem juris & legis, sed materialiter, quoad opera, quæ sub tale jus cadunt, quæ omnia sunt hominibus cum brutis communia, ut patet ex subjunctis exemplis de conjunctione maris & fœminæ, procreatione, educatione prolis: quæ naturalis convenientia deservit ad explicandam in homine diversam rationem juris Nam lex naturalis generatim sumpta consistit in dictamine rationis naturalis; quod interdum est ex inclinatione generis sive naturæ sensitivæ, ut sic; interdum verò ex propria inclinatione naturæ rationalis, ut talis: & secundùm has duas rationes distinguitur jus naturale tanquam commune brutis, ex parte scilicet inclinationis, in qua fundatur, à jure gentium. Quod objici posset, juri gentium adscribi, vim vi repellere, *l. 3. h. t.* cum tamen sit animalibus commune, mox videbimus, quo modo accipiendum. Quantum ad secundum, patet ex dictis, non posse videri malè distingui à I. C. jus gentium, quod proprium est hominum, à jure naturæ, quod absolutam appellationem juris naturæ retinet, & generaliori significato sumptum, etiam brutis commune est: aliud verò tantum proprium hominum, multa continens juri naturali dissonantia, ut servitutes, distinctiones & alia: quam distinctionem agnoscit & D. Thomas 2. 2. *quæst. 57.* & alii.

25 Rectè itaque Jurisconsultus ait, Jus naturæ, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud, non solùm humano generi proprium est, sed omnium animantium, quæ in terra marique nascuntur: videmus enim cœtera quoque animalia ejusdem juris peritiâ, aut, ut alii legunt, perita censeri, id est judicari & æstimari. Ut sensus sit Jus naturale est jus, quod versatur circa ea, quæ bruta appetunt solo instinctu & inclinatione naturæ; homines autem jure & ductu rationis. * Quod non ita accipiendum,

26 quasi quidquid homines & bruta faciunt, sit juris naturalis; sic enim edere, bibere, dormire & similia, essent dicenda juris naturalis: sed, ut, quæ homines jure faciunt, eadem si quoque bruta faciant, dicantur fieri ab hominibus jure naturali: ut juris esse debeat, quod naturale esse volumus, & jure naturali quod fit, debeat & naturaliter fieri, & jure. Sic naturaliter & jure homines corpora commiscent, ad procreationem prolis; edunt, bibunt, dormiunt naturaliter tantùm. Ita ferè Ant. Govean. *1. Var. c. 19.* adde Jac. Revard. 1. *Var. c. 1.* & Greg. Lopez. *Anim. ad. jur. cap. 2.* * Hinc tamen non rectè coniunctio

27 promiscua licita esse arguitur: nam ut absque delectu ab initio homines soliti fuerint corpora commiscere; postea tamen, partim iure gentium, dictante ratione, partim iure civili & moribus restricta fuit ista commistio, ut, quatenus mala est non possit dici esse iuris. Quò facit, quod subiungitur, *quam nos matrimonium appellamus*; ut indicet Jurisconsultus coniunctionem extra matrimonium non esse licitam: quod omnino respondet sacris litteris. Coniunctionem itaque istam natura est machinata, id est, Deus omnium rerum parens, auctor, rector. * Quò

28 etiam spectat educatio prolis, ad quam bruta naturalis stimulus sæpe admirabili cum cura impellit, homines verò ratio, donec ipsa sibi providere potest, *l. 5. §. Sed si filius inf. de agnosc. liber.* quæ obligatio vice mutuâ obligat liberos, ut parentibus indigis alimenta procurent, *d. l. 5. § 1. l. & l. 2. de alend. liberis.*

29 Huic iuri rectè adscripseris defensionem vitæ & corporis contra vim & iniuriam, quia illa actio est brutis animalibus communis, & ex naturali inclinatione ad propriam conservationem provenit: nam ut generatio provenit ex inclinatione naturali ad conservandam speciem, ita propria defensio ex innata inclinatione, ad conservandam propriam vitam & proprium esse. Unde Jurisconsultus *in l. 4. & l. Scientiam 45. §. penult. inf. ad leg. Aquil.* dicit, naturalem rationem permittere adversus periculum se defendere, omnesque leges & omnia iura permittere, vim vi repellere. Ut videri possit, *l. 3. h. t.* id ipsum malè attribui iuri gentium: nisi dicamus id ibi iuri gentium attribui, non cum exclusione iuris naturæ, pro quo sæpe in Jure nostro accipitur, ut apertè patet *ex l. bona fides 3. in princ. inf. d. positi.* Quæ inclinatio brutis rectè dicitur communis & iuri naturæ verè adscribenda: nullum enim animal tam infirmum quod vim propulsando se suáque non tueatur; in quem finem & habet arma sibi à natura attributa.

30 Ubi quæsitum: Si per iniuriam contra leges aut bonos mores animadvertere in quempiam Magistratus velit, an ei obsisti possit? Quod plerisque minimè visum, ne seditiones & turbæ fiant: præsertim si alii sint superiores Magistratus vel Principes, ad quos confugias, quòsve appelles *l. non est singulis 176. de R. I.* Quod si ad potestatem superiorem provocatum sit & Judex nihilominus iniquè exsequi sententiam pergat, nec in proximo sit, quem provocaveris, siquidem reparabilis iniuria non est, resisti posse dicat ratio, *can. non inferenda XXIII. quæst. 3.* Covarr. *lib. 1. var. Resol. c. 2. n. 12.* Si reparabilis iniuria fuerit, nequaquam id licebit.

31 Servandum autem moderamen inculpatæ tutelæ in hac sui defensione, hoc est, ut aliter periculum quis evadere non possit. Quod etiam ponetur in proscripto, id est bannito, si se defendat contra aliquem de populo: nam ut possit videri injusta illi defensio, cujus est offensio justa, non tamen continuò sequitur, ut exceptio ei denegetur, in quem actio constituitur, ut rectè tradit Salomonius contra Bartolum.

32 *Ius gentium* idem Ulpianus describit esse id, *quo gentes humanæ utuntur*. Quod in eo distinguitur à naturali, quòd illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se sit commune, constitutum ex naturali ratione, ut ait Cajus, *l. 9. h. t.* Quod naturalis, inquit, ratio inter homines constituit, id apud omnes præcipuè custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. Ut & hoc naturale dicatur, quod verò natura omnes & solos homines docuit, *§. quod verò Inst. de jure natur.* quo modo & sæpe pro jure naturali usurpatur. Ad quod duo requiruntur, scilicet ut & ratio illud suaserit, *d. §. quod verò;* & postea sit receptum pro jure generali, omnium gentium consensione: neque enim satis est, naturali rationi quid convenire, ut continuò juris gentium esse dicas.

33 Distinguunt vulgò Interpretes Jus naturale in Primævum sive Primarium, quale vocant id, quod hic dicitur naturale & Secundævum, sive Secundarium, quod communiter Jus gentium dicitur, proprium humani generis. Hoc rursus in Primarium & Secundarium dividunt: Primarium id statuentes, quod initio creatis hominibus divinâ quadam vi inditum est; Secundarium verò, quod homines ipsi sibi postea constituerunt: qualia sunt dominiorum acquisitio, regnorum institutio, bella, servitutes. Quæ distinctio nimiâ quidem subtilitate excogitata, obscurâ tamen docendi ratione incommoda, nec textibus juris ita consonans; cùm revera non nisi unicum jus naturale proprium hominis appareat, quod jus gentium appellatur, à quo omnia ista paulatim processêre: nec rationi, quia constat, rationem naturalem, quæ constituit jus gentium tempore non variari ut rectè sensit Covarr. *in c. peccatum p. 2. §. 11. n. 3.* & Covars. 6. *Miscell. cap. ult.* istam distinctionem rejicientes, & cum iis Valascus, *de jure emphyt. q. 3. n. 5.*

34 Huic juri rectè Jurisconsultus *in l 2. h. t.* adscribit religionem erga Deum, id est, cultum Dei. Quod verbum à relinquendo aliqui deducunt, quòd sacra ejus fini ordinis, ut ea nemo attingere audeat: alii à relegendo, quòd, qui religione ducuntur eligant omnia, quæ ad Dei cultum pertinent; alii aliunde. Rectè autem religio erga Deum juri gentium adscribitur, cùm nulla sit gens, quæ non habeat innatam Dei cognitionem, aut, ut ait Seneca, de Deo opinionem insitam, nec ulla adeò extra leges mores que projecta, quæ non aliquos esse Deos credat, quamvis diversis eos induat formis, etiam animalium & circa veram Dei cognitionem & cultum pleræque gentes errent ac varient, atque in orbe etiam Christiano, proh dolor! non pauci, si non verbis, saltem factis Deum esse pernegent.

35 Prima itaque officia debemus Deo, secunda parentibus & patriæ, *d. l. 2.* In qua aliqui positum mallent, *patriæ & parentibus pareamus*. Horum quidem beneficiis maximè obstringimur, ideòque obsequium, honorem & reverentiam iis debemus, ut variis Juris locis edocemur, *inf. tit. de obseq. præstanda.* In pari tamen caussâ patriæ necessitas & utilitas præferenda videtur, ut plerique Philosophorum tradiderunt & Romanis historiis docemur. Vnde J. C. *in l. minimè 5. inf. de religios. & sumpt. funer.* ait, filium, qui patrem ad patriam delendam venientem occiderit, non sine scelere tantùm esse, verùm etiam præmio afficiendum, omnes constituisse.

36 Huic juri etiam adscribitur manumissio sive libertatis datio aut impositio, per quam quis fit libertus. Rectè isti juri attribuitur, à quo & servitus inducta, cùm secundum regulam juris, cujus juris est actus, ejus sit & distractus. Modi tamen, ritus, ac præcepta manumittendi juris civilis sunt, ab eo quippe prodita, de quibus *Instit. libert. & inf. de manumiss.*

37 Adscribuntur præterea eidem juri bella *l. 5. hoc tit.* Intellige justa & rationabilia, ne alioquin ex jure injuriam ortam esse dicas: nihil enim injusto bello à ratione naturali, in qua fundatur jus gentium, alienus. Iusta censentur, quæ ad propulsandam injuriam geruntur: nec defensionis tantùm, verùm & ulciscendæ injuriæ, recuperandarum rerum, corrigendi ac resarciendi damni, tuendi eos, quos in fidem receperis, caussâ.

38 Justissimam belli caussam Principi esse cogendi armis rebelles, & ab imperio deficientes, nemo negaverit propter injuriam, quam Deo inferunt, cujus ordinationi resistunt, qui potestati resistunt, secundùm Apostolum: quamvis ea res Calvinianâ & Lutheranâ, similive hæresi imbutis ludus sit. Religionis defendendæ caussâ quin rectè bellum geratur adversùs eos, qui, cùm semel fidei Christianæ nomen dederint, ab ea defecerunt, uti hæreticos, Apostatas, non est revocandum in dubium, ut pulchrè tradit à Castro, *de justa hæretic. punit. lib. 2.* Vide & Covarr. *ad c. Peccatum, de R. I. in 6. p. 2. § 9.*

Adver-

39 Adversùs infideles, hoc solo nomine, quòd infideles sint, bellum, nec imperatoriâ, nec pontificia auctoritate rectè indicitur, cùm sua iis sint dominia, suósque Principes habeant, nec teneantur aut Imperatorem Romanum agnoscere; qui licèt dicatur mundi dominus *in l. pen. inf. ad leg. Rhod.* non tamen eo sensu, quòd totus mundus ei subsit, ut rectè tradit Covarr. *ad d. c. Peccatum §. 9. n. 5.* aut Pontifici Romano obedire, ad quem nec spectant quoad iurisdictionem spiritualem, nec quoad temporalem, cum de his, quæ foris sunt, non sit eius iudicare, secundum Apostolum, *ad Corinth. c. 6.* Si tamen Christianæ fidei liberam prædicationem impediant, blasphemiis pravis persuasionibus, aut violentiæ caussa fecerint Christiano nomini iniuriam, rectè bello impetuntur. D. Thomas *2. 2. quæst. 10. art. 8.* Covarr. *d. p. 2. §. 10.*

40 Ad iustitiam belli præcipuè requiritur, quòd publicè decernatur à populo aut Principe, non recognoscente superiorem, alteri simili populo aut Principi, *l. Hostes 24. inf. de capt. & postlim. reuers.* qua in re Romanos variis solemnitatibus usos fuisse videre est apud Dion. Halicarnass. *Antiquit. Roman. lib. 2.* Et catenus utrimque bellum iustum & legitimum dici potest iure gentium, ideòque & capta hinc inde fiunt capientium. * Inspecta tamen naturali ratione,

41 utrimque bellum iustum dari nequit: etsi propter ambiguitatem, quæ oritur ex mutua contentione, decerni nequeat, cuius iustior sit caussa. Neque enim iustum dici potest ex parte illius, qui iniquam caussam fovet, ut patet ex Paulo I C. *in l. Postliminium 19. de capt.* in cuius principio dicit, captos per iniuriam ab extraneis detineri non alio fine, quàm ut indicaret, non fuisse iustam caussam hostibus belli gerendi. Covarr. *d. § 10. in fine.* Vide Alciat. *1. Parad. c. ult.* & Alberic. Gentil. *1. de jure belli c. 6.* Soli itaque Principi, aut populo non recognoscenti superiorem, belli indicendi est licentia, in eumque finem conscribendi militem; suum potius, quàm externum: tutissima enim domestica præsidia & longè nobis aptiora esse propria arma, quam aliena, docent historiæ. Minus rectè admittetur miles à fide devius, præcipuè si contra orthodoxum agatur.

42 Illicitum planè uti auxilio infidelium, ut Turcarum, Saracenorum, aut eorum auxilium implorare, præcipuè contra Christianos, aut cum iis fœdera inire, quamvis id admittat Oldradus *consil. 71.* Plerisque tamen omnino improbatum, quòd meritò quisque expavescere debeat inimicorum Dei amicitiam appetere, atque in cladem & ruinam amicorum Dei, pagana arma & fœdera detestanda suscipere, cùm nihil videatur distare, se quis societ paganis, aut Idola, Deo abnegato, adoret. Hanc etiam caussam aggravat immanitas assassinorum, per quos paganos instinctu aliquorum occidebantur Christiani, *cap. 1. de homicid. in 6.* Res ista Christianis rarò benè successit & communiter secundùm eventum fabellæ Æsopicæ, quo equum cum cervo pugnaturum hominem sibi in dorso collocasse scribit: exinde equum homini servire coactum, cervum verò mansisse liberum. Id ipsum videre est in Joanne Palæologo Imp. Orientis, cui & toti Græciæ confœderatio cum Amurathe I. exitio fuit. Præcipuum est, quòd Christiani per consuetudinem Ethnicorum facilè eorum moribus inficiantur. Solent enim Ethnici non minùs, quàm hæretici admissi in familiaritatem Christianorum & Orthodoxorum, eam rependere retributionem, quam serpens in gremio, ignis in sinu hospitibus suis exhibere solet: ut non immeritò Deo sit ingratum, iungi amicitiâ talibus.

43 Hoc itidem iure discretæ gentes & ut dignosci possent, regna condita iisque sui Reges præfecti, qui leges præscriberent, iura redderent, ædificia collocata (iure enim gentium in suo loco domum, villam, castrum, prætorium licet extruere) distincta dominia, agris termini positi. Adscribitur & huic iuri commercium, id est negotiatio sive conventus & congressus hominum, mercaturæ, aliarúmque rerum contrahendarum gerendarumque gratiâ: quo spectant emptiones venditiones, locationes conductiones, commodatum, societas, & alii contractus & quasi contractus. Denique & eodem iure institutas esse obligationes habet *l. 5. hoc tit.* Exceptis tamen paucis, quæ originem acceptam ferunt iuri civili.

44 Eius ordinis est stipulatio, quam nemo negat iuris civilis esse, cùm sit Romanum inventum: uti & acceptilatio. Non obstante *l. 8. § fin. inf. de acceptil.* ubi dicitur, hoc iure nos uti, ut iuris gentium sit acceptilatio: nam istorum verborum sensus est iste, illam transisse in ius gentium, quod non mutat originem, uti & pleraque alia, quæ ab initio iuris civilis fuerunt & transierunt in ius gentium. Emphyteusis quoque originem rectè Juri civili attribueris, licèt sit contractus vicinus emptioni-venditioni, locationi conductioni. * Donationem propter nuptias ad

45 civile inventum aliqui referunt, cùm non communiter inter homines eiusmodi obligatio obtineat: ex eo enim solo colligimus, aliquid esse iuris gentium, non etiam ex eo, quòd ratio naturalis concurrat. Literarum obligationem Iuri civili non rectè adscripseris, cum ille, qui suâ manu centum mutua se accepisse scripserit, quamvis non acceperit dicendus tamen sit obligari iure gentium, ut inferiùs suo loco traderur. Nominibus tamen fieri solita obligatio Juri ci-

ri civili rectè attribuitur; uti & exceptio non numeratæ pecuniæ. Aliqui generaliùs omnes eas obligationes, quas, licèt iure gentium ortas. Ius civile approbavit, iuri civili attribuunt minus rectè, nam sic malè exciperet textus *in d. l. 5.* quasdam, & Imperator *Instit. de jure nat. § jus autem gentium*, non rectè diceret, omnes pene contractus introductos à iure gentium Cæterum, quòd interdum legitur obligatio naturalis, ut *in l. Stichum 95. §. Naturalis inf. de solutionib.* non potest referri ad ius naturale animalibus commune, cùm illo iure nulla obligatio sit introducta; animalia enim ad dandum aut faciendum obligari nequeunt: sed hoc ad ius gentium referendum, quod constituit ratio naturalis.

46 Jus civile est, quod cuiusque civitatis populus proprium sibi constituit: nam, ut ait Caius *l. 9. hoc tit.* Omnes populi, qui legibus & moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsum proprium civitatis est, vocatúrque ius civile, quasi proprium ipsius civitatis: quod, ut ait Ulp. *l. 6. hoc t.* neque in totum à naturali iure & gentium recedit, neque per omnia ei servit: naturali enim & gentium iuri pleraque convenientia continentur legibus populorum, licèt non omnia addunt enim & detrahunt illi, pro morum & temporum diversitate & utilitate publica. Rectè dicitur, non in totum; quia aliàs non tam ius civile, quàm iniuriam civilem contineret. Nomen huic iuri inditū à quovis populo, qui illud constituit, ut declarat Justinianus *Instit. de jure natur. § jus autem civile.*

47 Ex dictis patet differentia inter hæc tria Iura Naturale enim latiore significato, & cùm animalibus sit commune, latissimè patet minùs latè Ius gentium, cùm tantùm inter homines obtineat: Civile maximè strictum, cùm tantùm competat uni civitati & certo populo; singulis enim populis sua sunt iura.

48 Unde alia colligitur differentia inter ius naturale & humanum sive civile, quòd illud sit unum & idem ubique, semper permanens, firmum & immutabile per iura inferiora: humanum, civile scilicet, diversum & varium, pro temporum & locorum circumstantiis. Quam differentiam expressè asserit Iustinianus, *d. tit. de jure natur. §. Sed naturalia:* tradit Gratianus, *§. fin. dist. 6.* tenent Theologi & Iurisconsulti, Covarr. *ad d. c. Peccatum p. 2. §. 11. n. 3.* Ratio differentiæ est, quòd illius caussa oriatur ex ipsa rerum natura, ut ius istud non sit nisi dictamen rectæ rationis, ubique idem & immutabile fundatum in divina providentia, ut ait Imp. *in d. §. Sed naturalia:* cui hoc tamquam inferius prævalere nequit. II. Ius naturale est fundamentum iuris humani, ut per hoc non possit illi derogari, quia aliàs suum fundamentum destrueret & consequenter seipsum. III. Ita foret contra ius naturale cui contrarium est intrinsecè malum: ut & istud ius humanum foret de re intrinsecè mala, & consequenter non esset ius neque lex. Civile verò ab humano proficiscitur ingenio, accommodatum utilitati cuiusque civitatis, quæ pro temporum, morum, locorum diversitate est alia atque alia, ut, qualis est caussa, talis & sit eius effectus.

49 Verùm variis ista distinctio impugnatur exemplis Nam primò obiicitur exemplum sumptum à libertate, quæ naturæ iure cùm competat, sublatâ tamen per bellum inductâ servitute ex iure gentium, adsertore vel ipso Iustiniano *Instit. de jure personar.* Ubi servitutem describit, esse constitutionem iuris gentium, quâ quis contra naturam dominio alieno subiicitur: quod & habet *l. 44. inf. de statu homin.* Glossa *in l. 4. hoc tit.* Secundò, Iuri naturæ adscribitur rerum omnium communio, *can. jus naturale, dist. 1.* Iure autem gentium distincta dominia, discretæ gentes, *l. 5. h. t.* &, ut habet *can. Dilectissimus* XII. *q. 1.* per iniquitatem alius hoc suum esse dixit, alius illud. & sic inter mortales facta divisio. Tertiò, quòd iuri naturæ repugnet, retinere alienum, invito domino, *l nam hoc natura inf de cond. indeb.* quod immutatum institutione humanâ per quam, admissâ usucapione & præscriptione, quod unius est eo inscio ad alterum transit; quod non potest fieri sine immutatione iuris naturæ. Quartò, testari, donare cuilibet natura permisit, pro suo arbitrio: hoc tamen limitatum iure humano scripto, tum etiam per statuta locorum coarctatum, ut non nisi certo modo factum ratum sit. Quintò, Maris & fœminæ coniunctio, quam matrimonium vocamus, omnino adscribitur iuri naturæ, secundùm rationem suprà dictam: & tamen illa, tum interdicta ordine sacro initiatis, saltèm in Ecclesia occidentali, & solemni voto obstrictis; tum etiam non aliàs habetur rata per ordinationes humanas, quàm modò certo ineatur coram Parocho & testibus ex ordinatione Concilii Tridentini, *Sess. 24. c. 1. de reformat. matrimonii.*

50 Quibus & aliis, quæ adduci possent, non obstantibus, verum nihilominus manet, nullâ humanâ potestate, etiam pontificiâ, posse mutari aut abrogari præceptum iuris naturalis; cùm inferior non possit mutare aut diminuere legem superioris, uti iam dictum: non solùm in totum, sed ne quidem pro parte: cùm & in parte ius naturale vigeat, & in partem superioris decretum vim suam exserat, secundùm regulam iuris: Quod iuris est in toto, idem & in parte, *l. quæ de tota 76. de rei vindic.*

Ut

Ut eorum opinio non sit admittenda, qui ad evadendas objectiones propositas dicunt, Jus naturale per humanum in parte mutari, non in totum, quos rectè refutat Covarr. *d. p. 2. §. 11 n. 3.* ut & eos, qui naturale ius ex causa per humanum tolli, mutari, imminui posse volunt; cùm non detur lex naturalis permittens ex caussa mutationem aut imminutionem iuris naturalis per inferius. Alii ad evitandas easdem objectiones distinguunt inter ius naturale primævum & secundævum; hoc tolli posse admittentes; non etiam illud, de eóque solùm loqui *d. §. Sed naturalia.* Quæ distinctio nec fundata est, cùm, uti dictum suprà, ratio naturalis, tempore non varietur; nec, si fundata foret, faceret ad evitandam difficultatem: siquidem argumentum de matrimonio objectum spectat ad ius naturæ primævum.

51 Dicendum itaque dupliciter aliquid dici vel esse juris naturæ. I. Positivè, quando lex naturalis aliquid præcipit, dictante ratione naturali per se spectatâ, aliquid esse necessarium ad motum honestatem. Idem est, si quid prohibeat. Secundò, permissivè sive negativè, aut concessivè, quando jus naturale nec præcipit actum, nec prohibet, sed permittit tantùm: cuius ordinis sunt libertas, rerum communio & similia; quæ sunt relicta humani arbitrii di-

52 spositioni, pro exigente sua commoditate. * Primo modo acceptum ius naturale est immutabile, secundum *d. §. Sed naturalia*; ex ratione iam dicta, ut illud abrogari, sive derogari nequeat per humanam potestatem. Nisi fortè istius iuris præcepta pendeant à priori consensu voluntatis humanæ & ab efficacia illius ad aliquid agendum. Possunt enim talia per homines dispensari non præcisè & directè auferendo obligationem legis naturalis, sed mediante aliquâ remissione ex parte materiæ variatæ & immutatæ, secundum voluntatis mutationem. Secundo modo acceptum ius naturale mutationi est obnoxium: nam cùm citra præceptum aut prohibitionem censeatur relictum arbitrio humani generis, nihil implicat, illud mutari, ita exigente causâ vel culpâ. Sic natura dedit homini libertatem, ejúsque dominium: non tamen absolutè prohibuit, ne auferri possit: nam eo ipso, quòd homo est dominus suæ libertatis, eam vendere potest, secundùm ea, quæ traduntur *Instit. de jure personar.* Imò & pater, ut dominus filii sui, jure Quiritum eum vendere potest, *tit. C. de patrib. qui filios distrax.* & propter injurias illatas capti ab hostibus eorum servi facti

53 Unde non obstat primum argumentum: libertas enim tantùm est juris naturalis permissivi.

54 Non obstat etiam secundum: nam ut naturâ omnia sint communia, non tamen tam positivè, naturâ jubente, quàm negativè aut permissivè, naturâ ita permittente: ut exigente rationabili causâ, ne scilicet propter communionem negligerentur res, inducta fuerit rerum distinctio.

55 Eâdem ratione non obstat argumentum quartum: nam nec ea res continet quidquam contra præceptum juris naturæ positivum, cùm quoad testes & similia in testamentis & donationibus adhibenda, habeat se negativè: ut quamdiu jus humanum ejusmodi conditionem non requisivit, sine ea & testamenta & donationes & similia, firma ratáque fuerint, non etiam ubi ad valorem eorum requisivit certam conditionem, cui ius naturale non tam repugnat, quàm concurrit ad eius observationem. Idem dicendum de requisitis ad matrimonium legitimè ineundum.

56 Verùm data distinctio non removet tertium argumentum, sumptum ab usucapione, quæ impugnat jus naturale positivum, quo prohibita est alieni detentio. Sed facilis est responsio: nam hoc verum est, donec consistit alienum, non etiam, si alienum esse desierit & proprium factum fuerit, adjecto per legem dominio ei, qui usucepit. * Nam cùm

57 Princeps habeat potestatem spoliandi subditos rerum suarum dominio, illúdque in alios transferendi, ita postulante communi bono, quod privatorum commodis est anteponendum; potuit & iustè statuere, ut qui bonâ fide rem alienam certo tempore possedisset, dominium ejus acquireret: cùm spectet ad bonum publicum, abbreviare lites, quæ aliàs forent immortales; certa esse dominia, quæ aliàs semper incerta forent & auferri possent: ut contingeret ea negligi, & turbari Reip. quietem frequentibus litibus, per quas res ab aliis possessæ repeterentur. Ut cesset eo casu ius naturæ, ejusque ratio propter adventum circumstantiæ, quæ abstrahit objectum à numero eorum, quæ lex ista comprehendebat; & hoc sine ulla dispensatione aut mutatione iuris superioris, quod persistens in se, ut antè, non intelligitur valere in tali superveniente circumstantia. Sic & suum cuique reddendum esse & depositum reposcenti restituendum, dictat ratio; sunt tamen casus, quibus justissimâ ratione denegatur, de quibus *l. bona fides inf. depositi.* Multa enim, quæ videntur honesta naturâ, temporibus fiunt inhonesta, ut ait Cicero *lib. 3. de offic.* quo casu non tam tollitur lex naturalis, quàm declaratur ejus materia cessare, ut tradit rectè Covarr. *de matrim. p. 2. c. 6. §. 2. n. 7. & 8.*

58 Non debet quemquam movere quintum argumentum, non ex eo, quasi matrimonii præceptum hodie cessaret, hoc enim temerè adseritur, cùm sit præceptum juris naturæ, & quidem positivi, non abro-

abrogatum per legem evangelicam, quæ non abrogavit jus naturæ: sed quòd, multiplicatis hominibus, desierit obligare singula generum, id est, singulos homines, uti antè obligabat, & cœperit obligare genera singulorum, id est, ipsam Remp. in communi: ut per aliquos ei satisfiat, alii verò ab eo cessent, sive ex solo arbitrio, sive ex obligatione, cui se sponte subjecerunt per ordinis susceptionem, aut professionem approbatæ Religionis. Unde est, quòd Apostolus continentiam passim suadeat, quòd minus rectè aliàs faceret, stante illa pristinâ obligatione, cui consilium ejus repugnaret.

59 Manet itaque jus naturale, positivum scilicet, & immutabile, & unum: Jus verò civile mutabile & varium pro circumstantiis temporum, morum & locorum, cùm dicat Cajus *in l. omnes hoc tit.* Omnes populos, qui legibus & moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure uti: quòd verò naturalis ratio inter homines constituit, id apud omnes peræquè custodiri: quæ est pulcherrima distinctio inter jus gentium & civile, de qua suprà. In istius legis interpretatione non pauci mihi errasse videntur, dum contendunt, per eam tribui legis faciendæ potestatem populis alterius Imperio subjectis, cùm lex ista non loquatur nisi de populo libero. Tractant autem ista in lege Interpretes de statutis, loco satis alieno, quorum tractatus convenientior erit post tractatum de legibus, *inf. t. 3.*

60 Jus civile constat ex scripto & non scripto *§. constat. inst. de jure natur.* Jus scriptum Papinianus describit per partium enumerationem *l. 7. h. t.* quod scilicet ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate prudentium venit. Ubi quòd omiserit jus Prætorium, ratio est, quòd tantùm voluerit definire merum jus civile: quod ex eo apparet, quòd statim subjecerit definitionem juris Prætorii. Modestinus autem *l. penult. inf. tit. 3.* dicit, jus omne aut consensu factum, aut necessitate constitutum, aut firmatum consuetudine. Quibus verbis videtur complecti omnes Juris partes, præcipuè leges, senatusconsulta, consuetudinem, de quibus *d. t. 3.* Sub consensu continetur lex, sancita populi aut plebis jussu, ut etiam plebiscitum continetur, & decreta Principum. Sub necessitate continentur senatusconsulta, Jurisprudentium responsa, quorum interpretationes erant necessariæ; & jus prætorium, quibus auctoritatem edicendi caussavit amplitudo populi, nisi malis ad legem referre, cum *l. 8. h. tit.* prætorium jus dicatur viva vox Juris civilis. De legibus, senatusconsultis, consuetudine agitur *tit. 3.* de decretis Principum *tit. 4.* de cæteris aliquid hic obiter dicendum.

61 Plebiscitorum usus vetustior lege 12. Tabb. cœpit à secessionibus sine auctoritate Patrum, unde nec pro legibus erant, nec rata apud Patres ante legem Hortensiam. quæ lata post leges 12. Tabb. secessione tertiâ in Janiculum, per quam confirmata fuerunt & totum populum, etiam patricios, obligare cœperunt. Est autem Plebiscitum, quòd plebs, plebeio magistratu, id est, Tribuno plebis, interrogante constituebat. Plebis appellatione sine Patriciis & Senatoribus cæteri cives veniebant *inst. de jure natur. §. plebiscitum.* Plebiscita hæc de magnis rebus ferè nulla umquam facta, quia Senatus potentia plebis conatus semper elusit aut fregit, & translatâ Republ. in Impp. tribunitia potestas statim ab his occupata: ideo nec ulla ferè in jure nostro relata plebiscita, præter legem aquiliam, & de muneribus non capiendis à Præsidibus, nisi esculentum aut poculentum, quod intra dies proximos prodigatur, id est, consumatur, *l. plebiscito inf. tit. 18.* & hoc, ne corruptionibus essent obnoxii.

62 Non minima Juris pars Prudentium auctoritas, & ob id maximè, quòd non potuerint tam planè legibus & edictis explicatè omnia tradi, quin multa fuerint, quæ prudentium consultorúmque hominum interpretationem desiderarent. Primus, qui Jus civile publicè professus est ex prudentibus, fuit Tiberius sive Titus Coruncanus, teste Pomponio *in l. 2. tit. seq.* quem pauci imitati, quod plerique mallent in latenti jus civile retinere, solúmque consultoribus vacare potiùs, quàm discere volentibus se præstare. Postea quicumque fiduciam suorum studiorum habebant, consulentibus respondebant, neque responsa utique signata dabant, sed plerumque Judicibus ipsis scribebant, aut testabantur eos, qui illos consulebant. Eumque morem de jure respondendi fuisse antiquis, argumento esse potest, quod de Manilio refert Tullius, quem scribit quotidie solitum fuisse obambulare transverso foro; quod, inquit, erat in signum, eum, qui id faceret, liberaliter omnibus copiam consilii sui facere, de quacumque re interrogare vellent. D. Augustus, ut major Juris haberetur auctoritas constituit, qui ex auctoritate eius respondentet & ex illo tempore peti hoc pro beneficio cœpit. Postea Adrianus hoc non tam peti, quàm præstari solere respondit; attamen & hic nullos adhibuit in consilium judiciorum suorum nisi Senatu lectos & approbatos: maior enim in indicando fides, maior scientia & probitas quàm in respondendo exigitur. Et ut qui respondent, nihil amicitiæ tribuant & gratiæ, non possunt tamen

sem-

ſemper verum ſequi non audita cauſsâ eius, contra quem reſpondent: quod Advocatis noſtris plerumque evenire ſolet, non tam ulla ipſorum imperitiâ, quam eorum, à quibus conſuluntur, malitiâ aut culpa. Fuit olim Juriſconſultorum reſponſis ea auctoritas, ut Judici ab iis recedere non licuerit, *inſtit. de jure natur. §. reſponſa* Manſit ea auctoritas ſub variis Imperatoribus, quorum orationes ſuis interpretationibus Juriſconſulti exornaſſe inveniuntur. Verùm poſt Gordiani tempora non inveniuntur iſta polluiſſe auctoritate: quâ nec hodie pollent, cum non quis dicat, ſed quid & qua ratione dicat, ponderetur, nec tam auctorum numerus, qui non rarò præcipitat, quàm ratiò evincat. Unde licet non ſit ſtudendum novitatibus, & inventioni novarum opinionum, ut ait Nicol. Everardi, *in proœmio locor. legal. circa fin.* non eſt tamen habendum religioni, ne Judici quidem, à communi ſententia evidenter falſa recedere.

Ad jus prætorium quod attinet, illud & honorarium vocatur, quòd veniat ab honore Prætorum, id eſt ab honorato Prætore, id eſt Magiſtratu, quòd ei juri honor, id eſt Magiſtratus, auctoritatem dederit, *inſt. de iure natur. §. Prætor.* Dicti Prætores, quòd populo præirent, quod Conſulum erat. Vox generalior, omnem Magiſtratum comprehendens; poſt ea hoc nomen ad eos Magiſtratus, quibus urbana vel inter cives, vel inter peregrinos juriſdictio attributa, translatum: unde Prætor alius urbanus, alius peregrinus. Huius origo à neceſſitate videtur cœpiſſe, ut, occupatis bello Conſulibus, eſſet qui ius populo redderet, ut egregiè tradit Pomponius *l. 2. §. cumque Conſules tit. ſeq.* Erat Prætorum ampliſſima in jure dicendo antiquitus poteſtas, utpote qui pro arbitratu ſuo ex qua vue cauſa actiones darent, vel negarent; judicium, in hæc vel illa verba, purè vel cum exceptionibus, prout æquum videretur, redderent, formulas conciperent, Judicibus datis æquitatem & judicii formam in omnibus præſcriberent, cauſsâmque ad certum ſtatum concluderent. Erat illis auctoritas & adjuvandi Iuris civilis, quod præſtant jam poſitum tuendo ac firmando, uti agnatis hæredibus inſtitutis bonorum poſſeſſionem decernendo: & ſupplendi, quod illi deeſſe videretur, uti dando bonorum poſſeſſionem cognatis à jure civili omiſſis: imò & corrigendi, *l. 7. h. t.* cùm palàm illud impugnent & emendent, uti poſthumum alienum hæredem inſtitutum, quem jus civile tamquam incertam perſonam repellit, ad bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas admittendo, *Inſt. de bonor. poſſeſſ.* Proponebant & Prætores edicta publicè, ut cives ſcirent, quod jus, quaque de re Magiſtratus eo anno dicturi eſſent; quorum quædam, prout res inciderat, ad ſingulas cauſſas pro re nata accommodabantur; alia perpetuæ jurisdictionis cauſſa proponebantur: & quidem initio Magiſtratus, non quod in omnes annos manerent, & in infinitum durarent, ſed reſpectu illius anni, quo ejus qui propoſuerat, duraret Magiſtratus; nam ſucceſſor in Magiſtratu pro arbitrio illud retinebat, vel aliud proponebat; neque prior poſteriori præſcribere poterat, cùm pari in parem non ſit imperium; donec lege Cornelia, quod quidam ſuo Magiſtratu abuterentur, edicta facta perpetua, quæ ſub Adriano in ordinem redacta per Julianum, unde Edicti perpetui nomen, ut dictum ſup. in præfatione. Varios autem fuiſſe Prætores conſtat ex varietate appellationum cauſſata per varietatem Iurisdictionis, ut videre eſt apud Briſſonium *verbo Prætores.* Prætorii ſive potiùs honorarii Iuris portio dicitur Ædilitium edictum, ab Ædilibus dictum, qui ita dicti, quod ædibus præeſſent, in quibus omnia ſua ſcita plebs deferebat. Habebant curam annonæ. Edicta etiam ſuper quibusdam cauſis proponebant, ex quibus unum præcipuè commendatum habemus, quod de venditione morboſorum vitioſorúmque mancipiorum & animalium eſt conceptum, de quo inf. *lib. 21.*

ADDITAMENTA

Ad lib. 1. ff. tit. 1. de Iuſtitia & Iure.

Juſtitia quid ſit, quomodo nata, & quam rebus humanis adferat utilitatem. Vid. Jac. Omphal. *de uſurpat. & interpr. LL. lib. 2. c. 1.*

Exemplum Iuſtitiæ memorabile de Rege Antiocho Aſiæ Rege vid. ap. Gail. 2. *obſ. 58. n. 20.*

Quoties aliquid ſecundum Iuris civilis rationes eſt controverſum, & Iure canonico clarè decisum, tunc Jure canonico ſtandum eſt in utroque foro, *gl. & Dd. in c. 1. ii de nov. oper. nunc.* Hartm. Piſtor. *part. 4. q. 24. n. 6,* Myns. *4. 2. n. 9.* Carpzov. *Iurispr. forenſ. part. 1. conſt. 20. diff. 2. n. 4.* Tabor. *in Theſ. Loc. comm.*

comm. lib. 9. c. 07. axiom. 1. Nisi statutum aliquod iubeat iudicare secundùm Jus civile. Vid. Paul. Parif. *Consil. 27. n. 10 11. vol. 3.* His sume, quæ scripsi *ad n. 59.* Tit. *de LL.*

Ad n. IX. In Jure nostro nullus casus reperitur, qui contineat quæstionem pro Amico, & in quo gratificationi locus sit secund. Berlich *parte 2. conclus. 22. n. 7.* & Tessaur. *decis. 89.* incipit media via in ambiguis *n. 3.* Bacc. tamen ad Treutl. *vol 1. disp. 1. th. 1. lit. 6.* ꝟ. Ac proinde, *&c.* putat, quod in illis quæ arbitrio Judicis committantur & in quibus lex deficiat, imò in quæstionibus Iuris merè civilibus, opinionibus Interpr. in utramque partem agitatis & imperatoriam decisionem requirentibus & ubi opinio communis contra communem adducitur, nisi conscientia aliò vocet Iudicem, Casus pro Amico quærendus sit. Aliàs hac de re vide graviter differentem Anton. Tessaur. *decis. 206, & 5. allegat. decis. 89.* ubi distinctè docet, quando & quomodo in ambiguis, cùm per nostram inscientiam, opinionum contrariarum æqualitatem, vel aliter respectu nostri, atque ita per accidens, ius incertum est; media via eligenda sit, vel dividendo rem petitam æqualiter inter partes, vel compellendo eas ad amicabilem compositionem. Vid c. afferte de præsumpt. *l. 29. de hæred. instit* *l. 26.* de Testam. tutel. *Dec. cons. 176.*

Ad n. XIX. Varias differentias in Iustitiam distributivam & commutativam vid. apud Wendel. in Eth. *lib. 1. de Innocentia, cap. 30. quæst. 3.* & *quæst. 4.* ubi eleg. & nervosè examinat hanc quæstionem: An distributio præmiorum instituenda sit secundùm proportionem geometricam. Vid. etiam Schot. in exam. iurid. *pag. 2. & 3.*

Ad n. XXX. In quantum Magistratui sit obtemperandum à subditis, vid. Clem. Tirister. *lib. 5.* Politic. *c. 3. q 5.* Picolomin. grad. Philosoph. civil. *c.* 10. Et subditi officium contra Tyrannum vid. apud Hænon. *disput. politic. c. 9. pag. 482. 483. 484. & 485. ibique alleg.*

Domini sævitia in subditos quomodo mandatis pœnalibus coerceri possit, vid. Gail. *lib. 1. obs. 17. & lib. 2. obs. 62. n. 12.* & de Pace pub. *lib. 1, c. 2. n. 22.* Hæc tamen mandata subditis contra Magistratum, inauldita eorum informatione, non facilè decernuntur. Mem. Iud. & Assess. Camer. *de ann.* 1558. in princ. Denais. in Iure camer. *tit. 182. §. 5.* Meisner. *tom. 4. decis. 27. n. 5. fol. 731,* Meland. tr. ad Meurer de Mandat. *n. 95.* & seqq. Gylman, *tom. 1. part. 1. tit. 3. supplic. 17.* R. A. *de ann 1577, & 1579, &* R. A. zu Regenspurg *de ann. 1654. §.* Beneben sollen Cammer-Richter. Idque eo fine, ne subditis contra Magistratum rebellandi, vel licentiosiùs quid agendi, facilè occasio ministretur, vel eorum nequitiæ patrocinium exhibeatur: vel quia pro Magistratu stat præsumptio sec. Alciat. *tract. de præsumpt.* Reg. 3, præsumpt. 9. & Dd. hîc communiter. De inhibitione autem rebellium subditorum, eorùmque pœna, vid. Frideric. Mindan. de Mandat. *lib. 2. c. 46.* Althus. Dicæol. *lib. 1. c. 130. in pr.*

Quinam sint pro hæreticis habendi, vid. eleg. in refutat. Ungersdorfii passim. Et Tabor in thes. loc. com. *lib. 8. cap. 4. axiom. 2.* Et hæreticus ex quibus conjecturis quis esse præsumatur & de pœna eius vid. ap. Menoch. *lib. 5. præsumpt. 6, & lib 2.* de arbitr. *Cas 374.* Damhoud prax. crimin. *c. 61, n. 50. & seqq.*

Ad n. LXII. Collegia ICtorum certiùs & meliùs iudicant, quàm Dd. particulares Gail. 1. *obs. 33* Et firmiter reputatur Iudicium plurium, quàm unius, *c. prudentiam.* ꝟ *de offic. deleg.* Gail. dict. *obs. n. 3.* Et veritas à pluribus quæsita facilius invenitur, vid. Besold. in thesaur. pract. verb. Belohnungs Urtheil.

Communis tamen opinio attendenda non est, quando evidenter est falsa, vel convinci potest evidentibus rationibus. Eberhard. in Top. in loc. ab Authoritate; Doctori enim in suam sententiam nihil allegantì, nihil vel parum fidei habendum est, quamvis magnæ sit authoritatis. *l 4. C. quibus ex caus. major.* Hypp. de Marsil. *cons. 136.* Limn de Iur. publ. *lib. 6. c. 1. n. 45.* adde *l. 9. & l. 24. de his, qui in fraud. cred.*

Interim Scholarum est, communes opiniones impugnare & sectari subtilitates: & fori commmunes opiniones tenere. Coras. de comm. opin. *n. 74.*

* * *

TITU-

TITULUS II.

De origine Juris & Magistratuum & successione Prudentium.

1. *Historiarum & antiquitatis notitia jurisconsulto necessaria.*
2. *Interpretes antiquiores propterea sæpius lapsi.*
3. *Tit. hic commendatur.*

Historiarum notitia temporumque distinctio bono & erudito Jurisconsulto necessaria est. 1 Neque enim potest quis in Jurisprudentia excellere, qui non historiarum & antiquitatis omnis peritiam sibi comparaverit: ab hac enim resultat prompta & facilis decisio plurium inter Juris Interpretes dubiorum, alioqui inextricabilium. 2 Nec est, quòd quisquam objiciat antiquos nostros Interpretes, Accursium, Bartolum, Baldum, Jasonem & similis notæ viros, qui summâ ingeniorum suorum dexteritate jura illustrarunt, & tamē ignorantiâ antiquitatis laborarunt: nam nemo negare mihi jure poterit, multò majores illos fuisse futuros, majorique bono jurisprudentiam illustraturos, si antiquitatis facem prælucentem habuissent, cujus ignorantia fecit illos sæpe & turpiter quidem hallucinatos fuisse, & à vero tramite aberrasse, nec rarò somnia anilia nobis obtrusisse & in re etiam alias clarissima non rarò hæsitasse & se lectoremq; confudisse. 3 Ut optimè ex Pomponio I C compilatores Legum originem & progressum simul & Magistratuum apud Romanos hic tradiderint: qui tractatus utilis & necessarius jurisprudentiæ candidatis, ut ab iis tamquam supervacuus non sit aspernandus, aut clausis oculis pertranseundus, sed diligenter pertractandus, cum Commentariis Zasii, Budæi, Cujacii & aliorum, qui hunc tractatum pulchrè, & ad historicam fidem elucidarunt.

ADDITAMENTA

Ad Tit. 2. de origine juris.

IN l. 2. §. fin. vers. Ergo Sabino, h. t de Massurio Sabino dicitur: Cùm amplas facultates non haberet, plurimùm à suis Auditoribus sustentatus est. Quod non pugnat cum eo, quod dicitur *in Nov. 1 in fin.* lex neque in paupertate vivere, nec in anxietate mori permittit: Civilis enim sapientia est res sanctissima, quæ precio nummario non est æstimanda nec dehonestanda *l. 1. §. 5. ff. de variis & extraord. cognit.*

TITULUS III.

De Legibus, Senatusconsultis & longa consuetudine.

1. *Jus aliud scriptum, aliud non scriptum.*
2. *Lex unde dicta.*
3. *Lex quid sit secundùm Philosophos ac Iurisconsultos.*
4. *Privilegia quæ dicantur.*
5. *Requisita ad legem: prim. ò, ut feratur ab habente potestatem.*
6. *Deinde ut sit justa.*
7. *Lex permittens mala, an possit dici justa.*
8. *Lex debet esse stabilis & perpetua.*
9. *Lex an mutari possit.*
10. *Lex non obligat nisi intellecta & promulgata.*
11. *An obliget ante promulgationem eum, qui scit conceptum legis.*
12. *An obliget mox á promulgatione.*
13. *Acceptatio subditorum non est de substantia legis.*
14. *Scriptura similiter non est de ratione legis.*
15. *Legis vis & effectus, obligare subditos, etiam in conscientia.*
16. *Legis effectus an sit, facere bonos cives.*
17. *Lex extra territorium legislatoris an obliget.*
18. *Preceptum sive scientia Principis etiam extra territorium extenditur.*
19. *Decreta Magistratus, quatenus obligent subditos.*
20. *Advena an teneantur legibus alieni territorii.*
21. *Leges civiles an obligent Clericos.*
22. *Gratiano nulla fuit auctoritas condendi juris.*

23. *Leges & statuta super materia mixti fori, item super materia utrisque communi, an obligent etiam Clericos.*
24. *Princeps tenetur lege naturali & gentium.*
25. *Legibus á communitate latis tenentur singuli de communitate.*
26. *Princeps ut specialis persona, an teneatur lege humana.*
27. *Principem teneri suis legibus quoad vim directivam.*
28. *Non etiam quoad vim coactivam.*
29. *Differentia quoad hoc inter utramque vim.*
30. *Quid sit juris quoad vim legis irritantem.*
31. *Princeps actum legis irritantem scienter gerens secum ipse dispensare censetur.*
32. *Princeps tenetur lege declaratoria juris naturalis.*
33. *Princeps tenetur ex contractu cum subditis inito.*
34. *Etiam in casu, quo contractui, sua deest solemnitas.*
35. *Distinctio inter potestatem Principis ordinariam & absolutam improbatur.*
36. *Absoluta potestas quatenus possit dici esse in Principe.*
37. *Privilegium ex causa onerosa vel remunerationis concessum Princeps revocare nequit.*
38. *Secùs, si privilegium gratis concesserit.*
39. *Non etiam si per absolutam donationem.*
40. *Fides hosti quoque servanda.*
41. *Modò sit justus hostis, non latro aut pirata.*
42. *Pactum initum cum subdito rebelli minimé servandum.*
43. *Lex constitutiva novi juris ad futura extenditur.*
44. *Effectus tamen pœnæ etiam ad actum præteritum extendi potest.*
45. *Vt & irritatio actûs.*
46. *Lex declarativa etiam præterita comprehendit.*
47. *Legibus civilibus an & Clerici ligentur.*
48. *Legis effectus, quód contra factum non teneat*
49. *Multa prohibita per leges, quæ tamen facta tenent.*
50. *Intellectus* l. non dubium, C. de legib.
51. *Videri eam accipiendam de lege prohibente actum aliquem substantialem.*
52. *Non si prohibitio concernat formam accidentalem.*
53. *Decisio* d. l. non dubium *an habeat locum in foro canonico.*
54. *Intellectus* can Imperialis 25 q. 2.
55. *Iuramentum actui lege, prohibito, appositum an servandum.*
56. *Effectus & obligatio legis quando dicatur cessare aut mutari ab intrinseco.*
57. *Ratione legis cessante in particulari casu an eatenus cesset ejus obligatio, & contra venire liceat*
58. *Ratione legis negativé tantúm cessante in particulari casu obligationem ejus non deficere.*
59. *Legis obligatio ab intrinseco mutatur abrogatione, derogatione, &c.*
60. *Lex Canonica non potest abrogare civilem.*
61. *Super obligatione legis validé dispensat Princeps.*
62. *Legis interpretatio ad quem spectet.*
63. *Interpretatio quomodo facienda.*
64. *Extensio legis an & quatenus licita.*
65. *Extensio non admittitur in lege pœnali.*
66. *Extensio in legibus correctoriis an admittenda.*
67. *Restrictio legis quomodo facienda.*
68. *Intellectus* l. non omnium 20. h. t.
69. *Consuetudo quid & quotuplex.*
70. *Requisita ad justitiam consuetudinis: ut sit inducta á communitate vel á majore ejus parte.*
71. *Requiritur & actuum frequentia.*
72. *Quot actus sufficiant.*
73. *Actus debent esse liberi & exerciti cum intentione introducendi consuetudinem*
74. *Metus excludit eam intentionem.*
75. *Intellectus,* l. quod non ratio 39 h. t.
76. *Actus an debeant esse judiciales.*
77. *Intellectus* l. cùm de consuetudine 34. h. t.
78. *Tempus quantum requiratur.*
79. *Tempus debet esse continuum.*
80. *Consuetudo debet esse rationabilis.*
81. *Non abrogata, non prohibita, non reprobata.*
82. *Consuetudo abrogata aut prohibita an postea iterum valide inducatur.*
83. *Consuetudo irrationabilis, an excusetá pœna.*
84. *Scientia Principis ad inducendam consuetudinem non requiritur.*
85. *Neque titulus desideratur.*
86. *Consuetudo, an & quomodo probanda.*
87. *Doctoris unius assertio an probet consuetudinem.*
88. *De consuetudinis substantia an sit eam non scribi.*
89. *Consuetudinis effectus est obligare ad sui observantiam.*
90. *Consuetudo quatenus in facto consistat.*
91. *Consuetudo extra territorium non obligat.*
92. *Intellectus* § fin. institut. de satisdationib.
93. *Locus unitus an sequatur alterius consuetudinem.*
94. *Consuetudo obligat in conscientia.*

JUs omne aut consensus fecit, ad quem refertur 1 lex; aut necessitas constituit, cui debentur Senatusconsulta; aut consuetudo firmavit, ut ait Modestinus *in l. penult. hoc tit.* Ut hujus tituli tres sint partes, secundùm Rubricam, quamvis ea distinctione omnes Juris species contineantur, *uti diximus sup. art. 1* quarum sex spectant ad jus scriptum; una, scilicet consuetudo, ad non scriptum: ut Jus sit duplex, scriptum & non scriptum. Cujus distributionis ratio videri posset in eo fundata, quòd leges scribi soleant, non etiam mores: unde dicitur alibi, legem esse consuetudinem scriptam, consuetudinem, legem non scriptam. Non est tamen adæquata, nec propria, cùm non necessariò leges scribantur; nec ideo sanctio populi desinat esse lex, quòd scripto nô sit comprehensa, ut videre est in Lacedæmoniis, apud quos ex lege Lycurgi, memoriæ, non scripto leges mandabantur, quæ non ideo minus leges & erant & dicebantur. Ut nec ideo consuetudo mutabit naturam, quòd in scriptum redigatur, memoriæ facilioris causâ; nisi forte auctoritate superioris eâ intentione in scriptum redigatur, ut sit loco legis; quomodo substitutio pupillaris, patria potestas, & alia quædam, ex moribus ortum habentia, in legem transierunt: non est, inquam, adæquata, cùm propria forma & ratio legis consistat in expressa populi sanctione sive jussu; consuetudo verò in tacito populi consensu, citra sanctionem.

2 Etymon legis, à ligando quidam derivant, quòd obliget ad sui observantiam. Alii à legendo ducunt, quòd legenda sit & promulganda. Alii ab eligendo, vel quia magnâ & prudenti electione ferenda, vel quia unicuique ostendat, quid sit eligendum: est enim lex regula justi & injusti. Quæ derivationes videntur quidem aliquid explicare, quod legi convenit, incerta tamen est vocis etymologia: verùm ea res parvi est momenti, Græcis lex dicitur Νόμος à νέμω, tribuendo suum cuique.

3 Aliâ acceptione legem usurpant Philosophi, & definiunt *esse summam rationem à natura insitam, quæ jubet ea, quæ sunt facienda, prohibet quæ contraria;* aliâ Jurisconsulti. Et strictè quidem Imperator *Inst. de jure natur. §. Constat,* eam definit esse, *quod populus Romanus, senatorio Magistratu,* id est consule, *interrogante, constituit.* Cui respondet definitio tradita ab A. Gellio ex Capitone lib. 10. cap. 20 *Lex,* inquit, *est generale jussum populi, aut plebis, rogante Magistratu:* ubi etiam Plebiscitum complectitur. Rectè vocat jussum populi, quia penes populû erat summa auctoritas, ante translatum imperium, qui rogabatur hâc formula: *vultis, jubetisque, Quirites?* qui annuens respondebat: *volumus, jubemus.* Hodie condendæ legis auctoritas est penes Principem, in quem lege regiâ translata est omnis potestas: ut lex definiri possit latiùs, *ordinatio rationis, quid quaque in re faciendum præscribens:* sive *commune præceptum in bonum publicum, ab habente potestatem ordinatum:* Quæ definitio colligitur *ex l. 1. & 2. h. t.* Ponitur *commune præceptum* pro genere; *in d. l. 1. & communis sponsio* civitatis sive Reip. *in d. l. 2.* ad excludenda privilegia; 4 * quæ sunt præcepta particularia, contra tenorem rationis generalis, ob singularem utilitatem aut conditionem personæ vel caussæ, auctoritate constituentium introducta, *l. jus 16. h. t.* quàm minimè egrediuntur, *l. in his 15. h. t.* cum non si in aliis eadem circumstantia, exigens, ut eximantur à lege communi, *l. 2. C. h. t. c. Privilegia de R. I. in 6.* Constitutionibus principum, legis vim & nomen attribui non est ambigendum, propter translatam in eos potestatem. Idem dandum edictis, rescriptis generalibus, subscriptionibus, mandatis, sententiis Principum, quatenus eas generaliter obtinere volunt, *l. 3. 8. 21. C. h. t.*

5 Ut lex officium suum sortiatur. Primò ab eo feratur, qui habet vim cogendi: nam, cùm lex sit præceptum, necessariò requirit superiorem potestatem in præcipiente respectu ejus, cui præcipit: neque enim æqualem obligat, cùm nulla sit ratio, cur unus magis pateat alteri, quàm contrà.* Secundò, sit justa. 6 Justa erit non tantum, si versetur circa materiâ honestam, *can. erit autem, dist. 4.* verum etiam si in ea servetur justitiæ forma, scil. intendat legislator bonû commune, & consequenter jura communitati debita servet, nec plus præcipiat quàm possit, one-

ra æqualiter distribuat. Aliàs lex injusta foret, nec tam lex, quàm violentia, dicenda, cùm, ut ait. D. Augustinus *de civit. Dei, lib. 19. cap. 21* non sint jura putanda iniqua hominum constituta: quæ licet interdum in litteris sacris nomine *Legis* veniant, non tamen nisi cum adjectione, *iniqua, mala, injusta*; cui non potest esse vis obligationis. Quod autem dicatur *iniquum constitutum* lex est, quia legislator humanus potest interdum præcipere iniqua; non tamen ad ea obligare: quia nulla obligatio est ad impossibile. Deinde nulla obligatio est contra jussum superioris, cujusmodi foret ista. Et hoc si fit de opere malo in se, & contra legem naturalem & divinam: nam si fuerit malum, quia prohibitum, non potest lex posterior esse de opere malo, & proinde priorem tollit, ut mox dicetur.

Quæri hic posset, an lex permittens malũ possit dici justa? Quòd posset videri, negandum, cum permittat ea, quæ non tantùm speciẽ mali habent, verum & quæ in seipsis & per se mala sunt, probrosa, injusta, uti scortorum usus, usurarum exercitium, cædes uxoris in adulterio deprehensæ. Dicendum tamen, materiam ejusmodi legis non esse opus malum, sed permissionem operis mali, quæ bona esse potest. Nam ut actus ejusmodi, uti operabilis, sit malus, & sic non capax obligationis legis; ut pote impossibilis, tamen non est materia prava aut rationi contraria; atque ita est materia justa, in ordine ad talem legem, ut actus scil. talis non prohibeatur per legem humanam, aut puniatur. Et hoc ad evitãda majora mala: quo nomine & publicè lupanaria permissa secundùm communem pene gentium legẽ, ne humana libido in magis flagitiosa ac probrosa prorumpat: usuræ permissæ, ut indigentibus hâc viâ commodiore succurratur: marito uxoris in adulterio deprehensæ cædem justus dolor, cui modus facilè nõ ponitur, de Iure civili facit esse impunitam. Hæc permissio probari potest exemplo divino: nam indissolubilis matrimonii nexus ex divino instituto cùm præbuisset caussam sæpe magnorum malorum, ubi conjux conjugi odio esse cœpisset, lege Mosaicâ ex divina voluntate permissum fuit Iudæis, dato libello repudii, uxorem dimittere; quod ob duritiẽ cordis illigenti concessum testatur Christus, ne scilicet ingratas uxores maiore aut atrociore scelere è medio tollerent, si non liceret eas dimittere: satiùs enim minùsq; visum malum, dimittere, quàm occidere. Lex itaque fit necesse est. Quò facit, quod ait Isidorus, *can. erit, dist. 4.* Sit honesta, possibilis, secundùm naturam & patriæ consuetudinem, loco temporíque conveniens, sit necessaria utilis, manifesta quoque, ne aliquem per obscuritatem in-captionem inducat, nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate scripta.

Tertiò requiritur, ut Lex sit stabilis & perpetua, ut probatur per *cap. fin. ꝟ. de offic. Legati*, ubi dicitur Legatus sedis apostolicæ statuta perpetua in sua provincia facere: quæ sunt leges distinctæ à statutis temporalibus, quæ legis vim non habent. Huc spectat, quod passim in Impp. constitutionibus videre est, hanc vel aliam formam: *Hâc lege perpetuò valitura sancimus.* Ratio est, quod ad rectam Reipublicæ gubernationem necessaria sint præcepta stabilia, quæ sint certæ ac permanentes regulæ ac mensuræ operationũ, quæ patum conducent bono publico, nisi sint stabiles atque uniformes: alias dum incerto jure utimur, fluctuaret sæpe Respublica. Hinc indefinitè ferenda est lex, habétque infinitam durationem, sive ex parte latoris, quo mortuo nihilominus lex manet; sive ex parte subditorum, cùm non tantùm lex obliget præsentes, sed etiam futuros, statim atque incipiunt esse membra communitatis. Verùm ista perpetuitas non est accipienda positive, quasi naturâ suâ talis foret, ut numquam revocari posset, sempérque duraret; quia sine termino lex fertur certúmque & determinatum tempus excludit, quod facere tali præcepto non adesse proprium esse legis.

Unde resolvi potest quæstio, an lex mutari possit, ejúsque probanda mutatio? De potestate dubitandum non est, quòd præcedens Princeps non possit præscribere sequenti, cùm par in parem non habeat imperium. Tantùm dubitatur, an sit commodum Reipublicæ? ex eo, quòd leges commendentur per antiquitatem, & intersit Reip. jura sua esse firma. Unde Gregorius relatus *in can. si ea 25. q. 2.* Si, inquit, ea destruerem, quæ antecessores nostri statuerunt, non constructor, sed eversor esse justè comprobarer. Rectè tamen Innocentius III Non debet, inquit, reprehensibile judicari, si secundùm varietatem temporum statuta quoque varientur humana, præsertim cùm necessitas vel evidens utilitas id exposcit, *c. non debet ꝟ. de consanguinit.* Nam ut possint pristina instituta prudenter lata videri, si tamen iis quid melius adferatur, id minimè reprobandum: melioribus enim inventis acquiescendũ, nec quàm antiquum aut vetustum quid sit, sed quam honestum, rectum, utile, pro tempore inquirendum. Nec ut hoc obtineatur, evitanda est variatio, cùm hoc exhibeant jura negotiis, quod medicamenta morbis: consequitur enim, ut nonnunquam à judicio discordet effectus, & quod conjecturâ credebatur prodesse, experimento inveniatur inutile, ut ait Imp. Novel. *hac constitut. 111.* & turbet plerumque emergentium caussarum varietas ea, quæ subtiliter obser-

observatione sunt cauta. Ut reprehensibile judicari non debeat, si lex, quamvis justè posita, commutetur tamen justè per tempora mutatis hominum conditionibus, quibus secundum diversas qualitates diversa expediunt. Et hoc ipsum videre est in legibus variis Codicis, quibus aliquæ Digestorum leges abrogantur & in Novellis, per quas derogatur legibus nonnullis Codicis Idem & videre est in jure canonico; ut *in d. c. Non debet*, & nuper per Conc. Tridentinum varia antè statuta mutantur, & notanter contingit mutatio circa matrimonium, *Sess. 24. cap. 1. de reformat. matrim.*

10 Quartò requiritur, lex sit intellecta. Intelligitur per promulgationem *l. 9. C. h. t.* Quæ est de ratione legis: adeò ut ante, ne quidem nomen legis mereatur, quia necdum sit lecta, id est promulgata; unde aliqui nomen legis deductum volunt. Ut rectè Gratian. *dist. 4. can. in istis*, dicat de legibus institutis & firmatis: non licere judici judicare, sed secundum illas: & subjungit, leges instituì, cùm promulgàtur. Facit ratio, quòd lex sit regula humanorum actuū, quæ non dirigit, nisi applicetur; applicatur autem per promulgationem: ut obligare nequeat, nisi iis sufficienter proposita, quibus fertur, cùm ad incognitū nemo teneatur. Quò facit *d. l. 9.* ubi inquit Imp. sacratissimas leges ab omnibus intelligi debere, ut universi præscripto earū manifestiùs cognito, prohibita declinēt, permissa sectētur.

11 Hinc resolvendum venit dubium, an lex ante promulgationem obliget eum, qui scit eam esse conceptam? Nam, cùm promulgatio sit de ratione legis, ante eam non potest habere ullam vim. Deinde cùm lex sit commune præceptum obligans omnes communitet, non debet obligare unum præ cæteris, eique soli libertatem aliis concessam auferre. Nihil facientescientiā conceptæ legis; nam privata cùm sit, nullum dat legi isti vigorem. Quò facit, quòd lex promulgata non obliget continuò scientes promulgatam esse, sed demum post bimestre; quo ad eos pervenisse præsumitur legis notitiā, ut mox dicetur.

12 Ad promulgationem hanc, necessaria est propositio aliqua externa & sensibilis, ita publicè facta & cum tanta temporis latitudine, ut moraliter ad totius communitatis notitiam pervenire possit. Ubi videtur ex natura rei sufficere publicatio in curia Principis: Justinianus tamen videtur voluisse legē novam promulgari etiam in provinciis & non obligare, nisi post duos menses ab insinuatione, de quo in Novel. *ut facta nova constitut. 66.* quæ etsi tantùm loquatur in casu singulari, tamen generaliter scripturæ & usu servatur. Cujus ratio est, quòd posset evenire aliquos justè ignorare legem cujus promulgatæ notitia non transit in momento ad omnes. Deinde eveniret habentes ejus notitiam obligari, non etiam alios ignorantes: quod non est de natura legis, quæ continet præceptum commune omnes obligans Menoch. 2. *Arbitrar casu 185. n. 7.*

13 Quæri hic posset de constitutione canonica, an ad effectum obligandi sufficiat, publicationem Romæ factam esse? Item, an ad vigorem legis canonicæ requiratur; lapsum sit bimestre à promulgatione ad instar legis civilis? Verùm quia de utraque hac quæstione alibi dictum, *ad tit. decretal. de constitut.* eò Lectorem remitto. Itaque illud sequitur videndum an sit de ratione legis acceptatio subditorum; videtur hoc insinuari per Gratianum, *§ Leges dist. 4.* Ubi leges dicuntur institui, cùm promulgantur; firmari, cùm moribus utentium comprobantur. Adducitur & pro illa parte textus, *in l. de quibus 32. hoc t.* ubi non alia de caussa leges non dicuntur tenere, quàm quòd judicio populi sint receptæ. Quibus non obstantibus dicendum, illam conditionem non esse de ratione legis, nec formaliter ei convenire, imò quodamodo cum ejus ratione pugnare: nam de ratione legis est, habere vim obligandi, quā careret, si opus esset acceptatione subditorum. Præterea ea conditio poneret imperfectam potestatem Principis, in quem tamen simpliciter & sine ulla conditione dicitur populus auctoritatem suam per legem regiam transtulisse.

Nec obstat *d. §. Leges*, quòd firmentur leges moribus utentium: nam hoc non tam de jure, quasi requiratur ad obligationem acceptatio, quàm de facto est intelligendum.

Non obstat etiam *d. l. de quibus*: nam vel accipienda de populo Romano libero: & cujus erat legem, à senatorio magistratu propositam jubere vel rejicere: vel potius de usu, quòd scilicet lex non fuerit in praxim deducta & sic non tam expresso populi consensu rejecta, quàm tacito, non instante Principe ad ejus observationem: quomodo & lex abrogari dicitur per desuetudinem *in d. l. de quibus.* Et hac ratione leges Leonis, ne quidem ipsius tempore obligarunt.

14 Scripturam de ratione legis esse, videtur velle Joan. de Turrecremata *in can. lex, distinct. 1. art. 2.* quòd lex populariter dicta sit illa, quæ scripto sancit, quod vult: verum ut ordinariè & regulariter lex non fiat sine scriptura; quod ita expediat, ut leges sint magis conspicuæ, & non facilè mutabiles: tamen in rigore, ac per se loquendo scriptura non est de legis essentia secundum communem interpretum sententiam, cùm præceptum superioris sufficienter

possit verbo communicari proponi & memoriæ mandari, uti obtinuisse apud Lacedæmonios diximus superius. Plura de hac quæstione Decius *ad tit. Decretal. de constitut. ubi ad argumenta, quæ vulgò opponi solent, singula respondet.*

15 Positis itaque jam dictis sua legi est vis, obligare scilicet subditos ad sui observantiam *l. Leges 9. C. h. t.* frustra enim aliàs ferretur: & quidem in conscientia, cùm leges negligens videatur resistere potestati, cui resistens dicitur resistere ordinationi divinæ; atque ita etiam interdum sub peccato mortali, interdum sub veniali, pro qualitate materiæ & circumstantiarum, fine & intento legislatoris justo & rationabili; interdum etiam pro affectu transgressoris, quamvis communiter non obliget nisi sub peccato veniali. Qua de re videatur Silvester *in summa V. Lex, §. octavo quæritur,* Navar. *in Manual. cap. 23. n. 49. & seqq.* Covarr. *ad c. Peccatum p. 2. §. 5. n. 5. de R. I. in 6.*

16 Q. An finis & effectus legis sit facere bonos cives? Hoc videtur dicendum, cum bonum morale & honestum intendant: ait enim J. C. *in l. 1. sup. de just. & jure.* Justitiam namque colimus, æquum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solùm metu pœnarum, verum etiam præmiorum exhortatione efficere cupientes. Facit ratio, quia finis humanæ Reip. est vera felicitas politica, quæ sine moribus honestis esse non potest: in quam felicitatem per leges dirigitur, atque ideo necesse est, ut illæ leges ad bonum morale per se tendant. Vid. Suarez. *de legib. lib. 3. c. 13.*

17 Vis itaque legis est obligare subditos ad id, quod lege præscriptum, sive faciendum, sive vitandum. An & extra territorium legislatoris existentes? Negandum est, per *l. fin. inf. de jurisdict.* ubi extra territorium jus dicenti impune non paretur. Ad idem facit *cap. de constitut. in 6.* ubi excommunicationis sententiâ ab Episcopo in fures latâ, non ligantur subditi, extra territorium furta committentes, cùm eatenus non possint videri committere in legem sui superioris; neque enim possunt dici ei contumaces esse, cui eatenus non subsunt. Quò facit, quò mens Pontificis, *in d. c. 2.* sit; declarare tale statutum non violari à subdito in isto casu; ideòque etiam non ligari censurâ. Cujus ratio non rectè ponitur in defectu voluntatis duntaxat, quasi, si vellet, posset Princeps subditos alibi existentes suis obligare legibus, verum & potestatis, ut patet ex subjunctâ ibi per Pontificem ratione, quòd extra territorium jus dicenti impunè non pareatur: quæ verba, correspondentia *d. l. finali*, significant defectum potestatis. Ut ratio propria illius sit, quòd jurisdictio uniuscujusque civitatis sive Principis, non extendatur ad leges ferendas extra civitatem suam sive territorium. Et hoc omnino procedit in casu legis aut statuti.

18 Aliter se res habet in casu præcepti aut sententiæ Prælati sive Principis: nam ejus vis etiam se extenderet ad subditum extra territorium existentem, ut tradit Innoc. ad *c. A nobis 21.* ✠ *de sent. excommunic.* Agnoscit & eandem differentiam Glossa *in c. Romana §. Caveant. V. in futurum de sentent. excom. in 6.* Covarr. *ad Clem. Furiosus, p. 1. §. 10. n. 2.* Ratio differentiæ est, quòd præceptum sive sententia, directò feratur in personam, ad contumaciam ejus coercendam; quæ subdita alicui territorio, etiam extra illud existens, eidem subdita manet, atque ita ligatur præcepto sive sententiâ sui judicis. Qua de ca[usa] ista non tenetur eâdem non subditus, licèt in territorio præcipientis existens, cùm, uti dictum, feratur in personam & prærequirat subjectionem, quâ cessante, cessat & obligatio, *d. c. 2.* Lex verò & statutum ipsi territorio feruntur, ideòque obligant tantùm personas ibi existentes.

19 Hinc decreta Magistratus loci, quibus vetat, ne quis exeat territorium ad aliquid faciendum, obligant subditos & pœna per ea imposita in contravenientes rectè exigitur, ut tradit Præses Everardi *cons. 45.* & pro eo facit textus *in l. 4. Cod. de commerc. & mercat.* ubi prohibetur rectè subditis, ne ad Persas vadant, merces cum iis commutent, qui tamen sunt extra Romanum Imperium.

20 Unde quæritur, an & Advenæ teneantur legibus alieni territorii? Posset hoc videri nō aliàs procedere, quàm sit perfectum & fixum domicilium ibidem elegerint secundum *l. cives, Cod. de incolis, lib. 10.* non discessuri, si nihil avocet: eò quòd aliàs pro peregrinis habendi sint, non etiam pro subditis, in quos solos lex fertur. Dicendum tamen, legem territorio datam obligare etiam advenas & hospites eo modo, quo obligat ipsos incolas; non tamen nisi pro tempore, quo ibi agunt. Lex enim generaliter fertur toti territorio, non etiam personis; ut omnes in eo degentes pro tempore, quo ibi agunt, obliget. Quod ipsum ad bonam ejus gubernationem est necessarium: nam aliàs pax & tranquillitas populi in loco servari commodè non posset, si advenæ nō cogerentur se ejus legibus conformare. Quò facit *can. quæ contra distinct. 8.* ubi pactum civitatis aut gentis, consuetudine aut lege firmatum, nullâ civis aut peregrini licentia violandum: quo loco certum est, peregrinum accipi pro advena: non etiam pro incola. Et clarius *in can. illa dist. 12.* ubi inquit Augustinus. Nec disciplina ulla est in his melior gravi, prudentíque Christiano, quam ut eo modo agat, quod agere

agere viderit Ecclesiam, ad quamcumque forte devenerit. Hinc usitatissimum est nomine contractus & delicti conveniri advenas secundùm leges loci: teneri etiam ad festa ac jejunia pro loci consuetudine, & transgressores rectè puniri, qua de re Navarrus, *in Summa, c. 13. n. 5. & c. 23. V. n. 120.*

21 Ligant itaq; leges civiles ipsos laicos subjectos An & Clericos in casu, quo Lex canonica super tali materia disposuit? Non aspernantur quidem hæc jura alterius ab altero præsidium & determinationē, *c. 1. ṅ de novi operis nunt.* per se tamen istæ leges non obligant Clericos, utpote à laicorum jurisdictione exemptos. Ubi autem cessat & imperandi ligandive potestas, *l. fin. D. de jurisdict.* nisi ab Ecclesia approbatæ fuerint per usum voluntarium ecclesiasticæ potestatis, quæ in casibus, quibus per Canones nihil est decisum, leges civiles foro suo utiles admittit, iisq; utitur: & hoc vel juxta generalem regulam, quâ Canonum statuta dicuntur adjuvari Principum constitutionibus, *d. c. 1.* vel quia specialiter illas approbavit, easdem, ut vocant, canizādo, id est, tamquam Canonicas acceptando. Ad huiusmodi canonizationem non sufficiet eas esse relatas in Decretum per Gratiani,* quia illi nulla erat au-

22 thoritas aut potestas condendi juris & ab eo relatis in istum locū non est maior authoritas, quàm fuit auctoribus eorum. Ut expresè tenent Freder. de Senis *cons. 76. &* Navar *tom. 2 de alienat. rerum Eccles. in princ. n. 5.* Sed requiritur, ut auctoritate pontificiâ sint approbatæ, uti factum invenitur *c. 1. & 2. de caussa possess. & propriet.* Quo modo & nullam vim habent quædam leges Codicis circa personas & res ecclesiasticas, ab Imperatoribus editæ: quas bonâ quidem fide, adiuvandam Ecclesiam, cuius sunt protectores, ediderunt, citra obligationem tamen, quia iurisdictione carent. Deserviunt autē Ecclesiæ, si non sint contrariæ canonibus per modū instructionis, nō per modū juris nisi sint canonizatæ

23 Quantū ad leges super materia mixti fori, quando non repugnant Canonibus, servandæ sunt suo in foro. Cuius ordinis sunt leges, quæ puniunt delicta mixti fori, uti usuras, matrimonia illicita, quæ etsi quoad sacramentum sint fori ecclesiastici, sunt tamen & contractus civiles. Et ut sint delicta merè fori ecclesiastici, nihil tamen implicat mali, eadem & puniri per leges civiles. Cuius ordinis est hæresis, blasphemia & similia, quæ multùm nocent Reipubl. Christianæ quoad pacem & felicitatem temporalem & turbant Ecclesiam. Ut rectè etiam pœnalis præscribatur per leges civiles, quarum ministerio Ecclesia utitur in suum finem, ut nimirum perturbationes Ecclesiæ impediantur, & leges canonicæ sint in maiori observantia.

Tota quæstio est de legibus civilibus & statutis Laicorum iustis & necessariis, quæ ponuntur toti communitati super materia communi Clericis & Laicis, uti ne extra provinciam educantur equi, evehantur frumenta & similia. An talia obligent clericos? Posset quidem primâ facie videri, non obligari eos ad eorum observantiam, ex supradicta ratione, quòd sul. desit iurisdictio: & vult id ipsum Navar *cons 3. de constit.* Contrarium tamen dicendum, cùm non dedignentur sacri Canones sequi leges civiles & Pontifices fateantur, pro cursu rerum temporalium se uti legibus Imperatorum, *can quoniam dist 10* Facit ratio, quòd, cùm sit materia communis omnibus, necessaria sit conformitas ad bonam & tranquillam gubernationem & ad justitiæ æquitatem. Sic leges civiles quoad ordinem successionis, ius primogenituræ, exclusionem fœminarū à successionibus, & alia similia, apud Clericos observantur. de quibus Abbas *in c. Ecclesia 10. ṅ de constitut.* Quæ obligatio non potest procedere à laica potestate, propter cessantem jurisdictionem, sed ab approbatione Ecclesiæ, expressâ aut tacita, hoc ipso, quo eas non reprobavit & quatenus sunt favorabiles; quales censentur eo ipso, quo utiles sunt toti communitati & Clericis per se loquendo non nocent. Et hoc in legibus disponentibus universaliter & in communi, ex potestate gubernandi Rempublicam in temporalibus, in quo libertas Ecclesiæ non offenditur: adeò ut etiam teneantur Clerici transgressores, non tamen nisi à suo Judice puniendi. Quòd si leges istæ disponant super rebus & personis Clericorū in specie & directè, non tenent, propter defectum potestatis, etsi favorē eorum concernant, *d. c. 10 & ibid.* Abb. Sylvest. *in summa V. Lex, n. 15*

24 Alia est quæstio, an Princeps teneatur legibus? Non hic est quærendum de lege naturali, gentium multò minùs de divina; nam istis legibus non minùs subiectus Princeps atque quilibet de populo: quo modo contra pietatem, bonos mores naturales nulla lex valet, *l. filius 15. de condit. instit.* Tota quæstio est de lege humana à se aut prædecessoribus suis lata. Distinguendum primò in legislatore, an sit ipsa communitas, an verò singularis persona, Imperator, Rex.* De priore non est dubium, quin lata à

25 communitate singulos de communitate obliget; quod ipsum clarè indicatur *in c. Cùm omnes 6. ṅ de constitut.* ubi statutum capitulare debent omnes de Capitulo æqualiter servare. Ratio est, quia communitas ipsa est superior potestate, cuius mandato singulæ personæ sub ea contentæ parere debent: uti contingit apud Romanos post eiectos Reges, & passim moris est in populo libero.

Tam-

Tantùm dubium est in singulari persona. Ratio dubitandi est, quòd quædam juris loca dicant Principem legibus esse solutum *l. Princeps 31. h. t.* & leges à Deo Principi esse subjectas, *Novel. de consulib. 105. c. 2. in fine*: alibi verò dicatur, nihil esse tam proprium imperii, quàm legibus vivere, *l. ex imperfecto C. de testam.* ac dignam esse vocem majestate regnantis, legibus alligatum se Principem profiteri, *l. digna vox, C. h. t.* Ut distinguendum sit secundò super materia legis, an ea sit universalis & communis ipsi Principi, v. g. taxans omnium rerum pretia, ut in aliquibus provinciis est moris; an verò non tangat Principem, sed tantùm respiciat ipsum populum, aut ejus partem, cujus ordinis est prohibitio venationis ferarum, delationis armorum noctu aut interdiu. Certum est, has non tenere Principem, cui venatio est reservata: uti nec prohibitio armorum, cujus statui minus accomodum non deferre arma. Quoad priorem casum distinguendum. Tertiò inter ipsam vim legis, quæ aut directiva, dirigens in id, quod facere convenit; aut coactiva, quæ pœnam infert contravenienti, aut irritans, quæ actum in contrarium annullat.

26

Ad vim directivam quod attinet, etsi videri posset, ne quidem secundum hanc teneri Princeps suis legibus stare, quòd iis sit solutus *d. l. Princeps h. t.* & quòd obligatio non imponatur nisi per superiorem nemo autem Principe sit superior: communis tamen & constans habet sententia, Legislatorem, sive civilem sive Ecclesiasticum, teneri servare leges in universali & communi materia: idque dictante ratione, quæ vult unumquemque servare id, quod alii præscribit; cùm ex sapientis auctoritate quisque legem pati debeat, quam tulit. Cui convenit edictum Prætoris, quod quisq; juris in alterum statuit, eo ipse utatur: quod habet magnam æquitatem, ut J.C. ait *in l. 1 quod quisque juris, &c.* subjungens: Quis aspernabitur idem jus sibi dici, quod dixit aliis? Quas rationes approbat Pontifex *in c. Cùm omnes 4. de constit.* Cujusmodi axiomata videntur petere principium, & tantùm obtinere in inferioribus: ut magis hanc sententiam adstruat *d. l. digna, & d. l. ex imperfecto*, quæ habet: Licèt lex imperii solemnibus juris Imperatorem solverit, nihil tamen tam proprium esse Imperii, quam legibus vivere. Ut videatur non tantum æquum, secundùm dicta axiomata, Principem leges suas servare, verùm & teneri, & peccare contra justitiam, res, quibus certum pretium constituit, carius vendendo. Vult idipsum bonum commune, ad evitanda scandala, morum deformitatem, legum contemptum, & similia inconvenientia, quæ aliàs suboriri facile est, ut rectè dicat Claudianus:

27

Tunc observantior æqui
Fit populus, nec ferre negat, cum viderit ipsum
Censorem parere sibi.

Quibus optimè accommodatur, quod habet Plinius in Panegyrico ad Trajanum: *Simili religione ipse te legibus subjecisti, Cæsar, quam nemo Principi scripsit, sed vis tibi nihil amplius licere, quàm nobis.* Quæ omnia referenda ad vim legis directivam & discursum rationis; nisi tamen caussa subsit aliud suadẽs. Quò facit, quód Pontifex ne quidem Papæ licere velit, absque necessitate res Ecclesiæ alienare, *can. nec liceat XII. q. 2.* Videatur Covarr. *ad c. Alma mater p. §. 1. n. 3.* Navar. *ad c. Si quando, except. 8. n. 12. de rescript. & cons. 18. de pœnit.* Ubi tradit non sine peccato dispensare Principes super legibus sine caussa: quamvis iis sit licentia tollendi legem, quia per hoc inducitur inæqualitas, cúm omnes æqualiter obligentur, vel liberentur.

28

Quantum ad vim coactivam, communis resolutio est, eatenus lege non teneri Principem, quod pœnam concernat; non tantúm, quando per judicem ea infertur, sed ne quidem, quando ipso jure. Nam ut hæc alterius coercitionem non requirat, pertinet tamen non minus ad vim coactivam, quæ ex genere suo & ratione requirit distinctionem inter agentem & patientem, *arg. c. fin. de instit.* & requirit subditum, qualis non est Princeps respectu sui. Quod iterum non tantum quoad executionem pœnæ procedit, verúm & quoad obligationem ex vi legis: nam & ejusmodi obligatio requirit superiorem, per quem ea imponatur inferiori, qualis similiter non est Princeps respectu sui.

29

Nec rectè quis intulerit, ita neq; Principem teneri vi directivâ; nam est differentia, cúm ista vis ordinetur ad bonos mores, & procedat ex ductu rationis, ut etiam comprehendat Principẽ. Pœna autem per accidens intenta requirit potestatem in superiore, qui hic deest. Neq; rectè iterum quis intulerit ita fore vim directivam inefficacem, Principe eam non amplectente: nam hoc non est nisi mali Principis, cúm Principem bonum deceat etiam servare leges, quibus solutus esse videtur, *l. ex imperfecto 23 de leg. 3.* Et secundúm hæc accipienda *d. l. Princeps*, non etiam Judaicè & ad litteram; aliàs nihil Principe ferocius foret. Non est tamen accipienda tantúm de legibus caducariis quasi illis solúm solutus esset Princeps, ut vult Cuiac. *l. XV Observat. c. XXX.* cum, licèt lex illa sit desumpta ex Ulpiano ad legem Juliam & Papiam, potuerit tamen generale dictum occasione illius legis ibi esse relatum; uti & refertur *in § fin. institut. quibus modis testam. infirm.*

Quod

30 Quod attinet ad vim legis irritantem ipsos actus, ad ejus explicationem opus est distinctione. Nam irritatio ista vel omnino est in pœnam, veluti quòd simoniacus contractus nihil operetur: vel hic effectus est intentus, propter honestatem morum & justitiæ securitatem, quò spectant solemnia, quæ in testamentis & contractibus requiruntur. Priori modo sumpta irritatio non concernit Principem, quòd talis effectus spectet pœnam, quæ non tenet Principem. Unde, etsi per simoniam alicui contulerit beneficium, non ideo collatio est nulla, ut tradit Covarr. *ad c. Peccatum* 3. p. 2. §. 8. *num.* 9. Sic & nuptiæ Principis, intra gradum suâ lege prohibitum, cùm consanguinea, non sunt nullæ. Posteriori modo irritatio & Principem comprehendit: nam iste effectus pertinet ad vim legis directivam, & tendit ad bonum commune, cujus respectu ut Princeps concordet cum toto corpore ratio postulat. Sic solemnia juris in plerisque se concernentibus, servat: ex testamento imperfecto relictum repellit, quia est inverecundum ex tali relicto legata vindicare, *l. ex imperfecto* 23. *de leg.* 3. neque enim ratio fert, ut ipse in se probet, quæ in aliis improbat. In legatis etiam sibi relictis patitur Falcidiam, *l.* 4. *Cod. ad leg. Falcid.* inofficiosi querelam instituturus contra

31 se admittit, *l.* 8. §. 2. *inf. de inoffic. testam.* Actum tamen ipse si gesserit, omissis solemnitatibus scienter, dispensare secum censetur: unde validè, omissis solemnibus, testatur, uti & manumittit solâ voluntate *l. apud eum* 18 *de manumissione.* Testamentum coram se factum facit justum esse, & ex eo succedi per nominatum, *l. omnium* 19. *C. de testament.* Inhabili scienter officium conferens, videtur eumdem habilitare, ut probatur *l.* 3 *de officio Prat.* & *l. quidam consulebat* 57. *de re judic.*

32 Dicta de Principe, legi non subjecto, accipienda. Primò, de tali lege, quæ est inductiva juris novi humani, non etiam de ea, quæ est declarativa juris naturalis: quia certum est, talem legem æquè obligare Principem ac subditos; tunc enim est jus naturale, quod est præcipua caussa obligationis, & illa vis directiva legis humanæ, quatenus est ostensiva juris naturalis, æquè in Principem operatur atque in alios: cedit enim Principatus juri isti, quod est superius, ut rectè tradit Tiraq. *de retractu*, p. 1. §. 1 Glossa 13. *in fine.* Secundò, intelligenda de Principe, qui talis manet; nam si contigerit eum postea in statu subjectionis constitui, legibus a se latis tenetur; veluti quando contingit eum, qui in Magistratu aut dignitate legestulit, redigi in ordinem; tunc enim rectè legem, quam tulit, patitur secundum *c. Cùm omnes* ii. *de constitut.*

33 Ex dictis resolvenda venit quæstio, an Princeps teneatur ex contractu cum subditis inito? Constans est sententia, teneri Principem, nec contractum revocare posse aut infringere. Navarr. *ad cap. Si quando, except* 20. *num.* 9. ii *de rescript.* Peregrinus *de iure Fisci*, *lib.* 1. *titulo* 3. *num.* 44. & *seqq.* Roderic. Suarez *Allegat.* 9. *num.* 1 & *seqq.* & *Allegat.* 10. *num.* 2 & 3. Plures in eam partem allegat Gabriel. *lib.* 3. *commun. opin. tit. de jure quæsito non tollendo concl.* 5. Quam sententiam ratio confirmat: nam contractus sub pactis continentur, tanquam species sub genere; pacta autem jus naturæ & gentium servari jubet, cùm nihil sit tam congruum humanæ fidei, quam quæ semel placuerunt servari, *l.* 1 *D. de pact.* Ut ex vi directiva, quæ in Principem cadit, secundùm jam dicta, teneatur contractus cum subditis initos servare. Quod non tantùm vult naturalis æquitas, verùm & civilis; secundùm quam etiam actio in Principem proponi potest; non quidem ad eum cogendum, secundùm jura, quæ Principem legibus solutum dicunt, sed per Judicis sententiam, declarantis jus creditoris, ut de eo juridicè constet: qui in conscientia tenebitur illam admittere, & secundùm naturalem æquitatem spontè pati executionem: alioqui quotusquisque erit, qui cum Principe contraheret? Peckius *ad c. Decet* 16. *num.* 2. & *c. Quod semel num.* 6. *de R. I. in* 6. Quod

34 & procedit in casu, quo contractui sua deest solemnitas; nam ille nihilominus subsistit, perinde atque si ritè initus esset, Principis præsentiâ reliquam supplente solemnitatem, ut rectè tradit Baldus, *ad l. ex testamento C. de testament. arg. l. omnium* 16. *Cod. eod.* Ubi omnem testamentorum solemnitatem dicitur superare id, quod tenet conscientia Principis; nec de ejus successione tractandum, qui Principe medio & toto jure reste, succedit.

35 Nec est, quòd quis dicta accipiat de ordinaria Principis potestate, quâ legibus suis se subjicit, earúmque ordinationem non prætergreditur: quasi aliud dicendum foret de absoluta, quæ continet arbitrii plenitudinem, nulli necessitati subjectam, nullisque publici juris regulis limitatam, cui nulla exceptio opponi possit, vel dici, cur ita facis? secundùm hoc, *si lubet, licet.* Nam hujusmodi absolutæ potestatis acceptionem pleriq; improbant, tamquam inhumanam, cùm impugnet jus naturale & divinum, cui Princeps se dicit subjectum, dans illi

licentiam suam cuique auferendi sine caussa, ut non tam videatur spectare ad potestatem legitimam, quam ad tyrannidem, cum id solum possit Princeps, quod jure potest. Ut etiam rectè Cicero, de ista absoluta, ut vocant, potestate agens, dicat, pestiferam eam videri, quippe in seditionem natam. Videatur Covarr. 3. *var Resol. cap. 6.* & Pinell. *ad Rubr. p. 2. cap. 2. num. 24. Cod. de rescind. vend.* Ubi ejusmodi potestatem dicit exterminandam, velut juri contrariam. Ut non sit probanda distinctio illa inter ordinariam & absolutam potestatem, 36 * nisi illam absolutam vocemus, quâ super humano jure dispensat Princeps sine caussa: tenet enim talis dispensatio, cùm sit supra jura à se posita, licet videatur peccare contra justam legem, sine caussa dispensans; quâ de re latè Covarruvias *de matrim. p. 2. cap. 8. § 9. num. 15.* & Francisc. Sarmient. *lib. 1. select. Interpret. cap. 8 num. 14. & seq.*

37 Eâdem ratione & Princeps nequit revocare privilegium subditis concessum ex caussa onerosa: quia est concessum per modum contractûs, quem naturalis justitia cum subdito initum vult servari secundùm dicta antè. Idem dicendum de privilegio dato in remunerationem; nam & hoc reducitur ad illud, quod est per modum contractûs concessum. Gabriel. *d. loco concl. 7. num. 2.* Et hæc omnia, quando privilegium est concessum ex debito justitiæ; tunc enim ista donatio non est propriè donatio, uti tradit Tiraquell. *ad l. si unquam, V. donatione num. 11. Cod. de revoc. donat.* 38 * Si verò gratis tantùm, revocari posset sine caussæ, saltèm cogente aut conducente necessitate. Gabriel. *loco citato num. 1.* cùm manserit in pura ratione privilegii, id est, facultatis & licentiæ, præter vel contra 39 jus civile. * Nam si privilegium concessum fuerit per absolutam donationem, per quam transit in dominium subditorum, non potest Princeps illud revocare. Gabriel. *d. concl. 7. num. 3.* Obstante obligatione naturali justitiæ, quæ non permittit, quod alterius est eidem auferri, etiam per principem: nam & illum ista tenet obligatio, ejúsque est servare justitiam, nec auferre rem domino rationabiliter invito, nisi publica caussa aliud suadeat, Gabriel *d. loco concl. 1, num 2.* quæ ut facit rem suam rectè auferri, aut jus alicui diminui per Principem, ita & privilegium.

40 Tenetur itaque Princeps servare contractus & pacta cum suis subditis inita: quia grave nimis fidem fallere *l. 1. in princ. de constitut. Princ.* quæ etiam hosti servanda, *can noli* XXIII. *quest. 1.* Quo faciunt verum exempla, præcipuè Attilii Reguli, majorem instituta & gravissimorum Philosophorum sententiæ, ut eleganter prosequitur Cicero *lib. 3. de offic.* præcipue si juramento firmata: neque enim calida & malitiosa interpretatio est admittenda, ad ejus violationem, etiam in Principe, qui constantiâ & veritate nihil debet habere antiquius. Si tamen justus hostis: nam omnium sententia est, latronibus & piratis fidem datam observare neminem cogi; ut, si pretium iis pro capite pactum non attuleris, fraudi tibi non sit. Ratio est in metu justo, à talibus per injuriam incusso. Quod 41 aliqui extendunt ad fidem etiam juramenti vinculo munitam: à qua opinione recedere tutius, propter juramenti vinculum, quod servandum sine detrimento animæ jurantis, *c. 6.* & *de jurejur.* Potest autem servari in casu præsenti; nisi tamen priùs obtineatur relaxatio, quam facilè dabit injusta coactio.

42 Disputatur de pacto inito per Principem cum rebellibus subditis. De quo dicendum idem, quod jam dictum de latronibus: cùm justus hostis dici nequeat rebellis, atque ita pactum cum eo initum, ut per injustam vim & summam injuriam ac perfidiam extortum, ei non sit servandum. Deinde cùm hoc ipso, quo in Principem exsurgit, fidem violet, frustra sibi eam servari postulat. Vide Gudelin. *de jure pacis, c. 11.*

43 Videamus modò, qui actus ponant legis materiam, an futuri tantùm, an verò & præteriti & præsentes? Distinguendum est inter legem constitutivam, quæ novum jus inducit, & declarativam, quæ novi juris nil inducit, sed tantùm declarat, quid secundum jura hactenus introducta fieri aut non fieri debeat. Quantum ad legem constitutivam, certum est, illam omnino futura comprehendere: cum natura legis sit futuris tantum, non etiam præteritis dare formam negotiis *l. Leges 7. cod. h. t.* intentum enim legis est, obviare hominum cupiditatibus, eorúmque vitam constringere, ut intelligi antè debeant, *l. Leges 9. Cod. eod. t.* Deinde lex est præceptum, quod tantùm futuris rebus datur. Præterea ponitur ut operationis regula, quæ supponi debet ad opus, cum suo modo sit principium actionis, atque ita futuræ actioni tantùm necessaria, non etiam jam factæ. Neque enim præteritis quis rectè medebitur; nec antecedentibus negotiis aut criminibus pœnam Princeps rectè statuet, cùm nemo divinare possit, quod rebus ejusmodi forma daretur, aut permissum aliquando sub pœna prohiberetur. Ut rectè dicat Imperator, *in l. jubemus 29. in fine Cod. de testament. Quid peccavit antiquitas, quæ præsentis legis inscia*

per-

pristinam secuta est obligationem? Et hoc quoad obligationem, quæ non extenditur ad actus præteritos, qui facti sine culpa non possunt reddi culpabiles propter novam legem. 44 * Quoad pœnam & irritationem aliter paulò res se habet. Nam primò effectus pœnæ potest ad actum præteritum extendi, non solùm, quatenus habet tractum successivum, sed & propter actum priùs commissum, propter ejus iniquitatem, quatenus tamen hoc lege cautum, ut exprimitur *d. l. 7. Cod. h. t.* Sic *in c. 5. ii de usur.* usuræ prohibentur, & ante præcepta dicuntur restituendæ, quòd earum retentio contineat peccatum propter injustè ablatum & retentum alienum, quod non remittitur, nisi ablato restituto, *c. Peccatum, de reg. jur. in 6.* 45 * Secundò quoad irritationem actûs, quæ etiam retrotrahitur ad actus factos, quatenus irritari possint ab hominibus. Quod dico, propter matrimonium ritè initum, quod ex natura sua sine Christi institutione est indissolubile, ut per legem humanam irritari nequeat. Sic *in l. penult. & fin. cod de incest nupt.* rescinduntur nuptiæ incestæ, taliter qualiter antè permissæ. Item & contra orthodoxã fidem per tyrannidem antè inducta protinus robore carere jubentur, *l. decernimus 16 sancimus 22. Cod. de sacrosancta Eccles.* Quantum ad actus ante legem validè initos, vix est, ut irritentur. Sic finita per sententiam aut amicabilem compositionem resuscitari non patitur Reipublicæ status, *d. l. 22.* Et caussa appellationis venit terminanda secundum leges, quæ prioris sententiæ tempore erant in vigore. *Novell. ut cùm de appellat. cognosc. 115. § 1.*

46 Quantum ad legem declarativam, illa & præterita comprehendit, quia talis lex non tam est regula actionis, quam etiam præsupponit & interpretatur; non tam inducens novum jus, quàm declarans effectum ejus semper talem fuisse: ut rectè dicat Jurisc *in l. Heredes 21. §. 1 in fine qui testam. fac. poss.* per declarationem verborum testamenti non tam quid dari, quàm datum significari. Quod procedit non tantùm quoad ipsam obligationem, quæ non potest negari ante adfuisse tali legi, verum etiam quoad pœnam, quæ debebitur, si lex declaraverit illam de facto fuisse incursam per actus contra legem priorem; præsupponunt enim culpam. Nisi justa ignorantia excuset, ut, quia à viris doctis aliter lex antiqua fuit intellecta, quam judicat subsequens declaratio. Procedit etiam quoad actuum irritationem, quam non removet ignorantia, qui proinde iterandi sunt, ut valere possint, quia hactenus non valuerunt ob prioris legis irritationem: nisi defectus prodeans ex jure positivo suppleatur per auctorem legis, qui actus priores validos habet, *arg. c. Aqua ii de consecrat. Eccles.*

Ad effectum legis hoc maximè spectat, quòd contra eam factum non teneat, non tantum, si verbis repugnet, verùm etiam si mentem violet: 47 virtus enim legis non tam consistit in verbis, quàm in sententia. Unde in fraudem legis facere videtur, qui, salvis legis verbis, sententiam ejus circumvenit, *l. contra 29. hoc tit.* ita ut etiam pro infectis habeatur contra actum, non tantùm si Princeps irritum & inutile esse jusserit, verùm etsi tantùm prohibuerit, *l. non dubium 5. Cod. hoc tit.* cujus verba ita habent: *Nullum enim pactum nullam conventionem, nullum contractum inter eos volumus videri subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente,* & infrà: *Quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solùm inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licèt legislator fieri prohibuerit tantùm, nec specialiter dixerit, inutile esse debere, quod factum est.* Quod & ab Ulpiano antè responsum, *l. 7. § Et generaliter de pactis.* Quoties pactum à jure communi remotum est, servari hoc non oportet, ne ligat, & quæ contra jus fiunt utique habenda pro infectis, *c. Quæ contra de R. I. in 6.*

Quæ res non est extra difficultatem, cùm multa sint prohibita per leges, quæ tamen facta tenent; ut contingit in legibus, quas imperfectas 48 vocant, de quibus Cujacius 19. *obser. cap. 30.* quæ actum quidem prohibent, non tamen irritant. Sic sententia non est dicenda sub conditione, dicta tamen tenet, *l. 1. §. Biduum quando appellan.* Exhæredatio liberorum sine caussa prohibita, facta tamen facit sustineri testamentum, ut dicetur inferiùs suo loco. 49 * Qua de caussa super intellectu *d. l. non dubium* disputatur. Sunt, qui illam tantùm accipiunt de factis in fraudem juris, propter illa verba: *Qui se contra juris sententiam sæva prærogativa verborum fraudulenter excusat*; quasi alii actus contra legem sustinendi essent. Verum subsequentia verba ejusmodi intellectum non admittunt, quæ sunt generalia, & volunt nullum pactum, nullum contractum, lege prohibente, initum, valere. Quæ non rectè limitantur ad transgressionem violentam & fraudulentam, contra mentem legis: & facit subiuncta ratio, *ut legislatori, quod fieri non vult, tantùm prohibuisse sufficiat.* 50 * Videtur rectiùs aliis, eam legem accipiendam esse de lege prohibente specialiter actum, quoad eius substantiam, sive formam substantialem, vel quoad

ad ejus exercitium. Defectus enim formæ substantiam rei destruit, & ex forma non servata resultat actus nullitas, absque alia declaratione aut sententia judicis Exempla sunt *in l. 2. § Cod. quando provoc. non est necesse* Et hoc ita circa leges purè prohibentes nec adjicientes aliam pœnam: nam, si legislator pœnam specialem adjecerit, videtur eâ contentus a generali recessisse. Et licèt non semper lex irritet actus simpliciter, & in se, quoad obligationem naturalem, seu in foro conscientiæ, sed non rarò tantùm auferat actionem in ordine ad judicium civile & judicis sententiam, potest tamen lex civilis irritationem inducere, eamque inducit, si videatur illum effectum intendere, nam in dubio & in obscuro legem interpretamur in partem mitiorem. * Quòd si formam substantialem prohibitio non concernat, sed tantùm accidentalem vel circumstantiam quamdam, circa modum, tempus, qualitatem, non redditur actus nullus, nisi lex ipsa irritationem inducat. Quæ ita procedunt de jure civili in quo solùm habet locum *d. l. non dubium*; quia est Imperialis, nisi abrogata fuerit per consuetudinem, quæ etiam potest legem irritantem tollere, uti infra *h. tit.* dicetur.

51

Dubium autem est, an decisio *d. l. non dubium* obtineat in foro canonico? Dicendum isto jure non videri actum prohibitum, esse ipso jure irritum, quòd leges canonicæ prohibentes actum directè vel indirectè non irritent ipso facto, nisi ex verbis, vel particularibus signis constet de tali effectu. Sic videmus matrimonia clandestina prohiberi strictè ab Ecclesia, inita tamen taliter tenere, *tit. Decret. de clandest. desponsat.* Professionem ante annũ probationis prohiberi ab Ecclesia, emissam tamen olim tenuisse, *c. Non solùm, de Regular. in 6.* Quò facit, quòd passim in Canonibus videre est, quando prohibitum actum irritum esse volunt, clausulam irritantem esse subjectam, uti *in c. Statutum de rescript. in 6.* Sic Concilium Tridentinum *Sess. 24. c. 1. de reform. matrim.* prohibens matrimonia clandestina, subjecit clausulam irritantem illi parti, quâ requiritur præsentia proprii Parochi, & duorum aut trium testium: quam quia non subjunxit denuntiationibus, quas etiam requirit, istis omissis matrimonium tenebit, ex communi traditione. Sic & idem Trident. *Sess. 25. cap. 15. de Regularib.* prohibens professionem fieri ante completum annum probationis à suscepto habitu, subjicit clausulam irritantem, per quam emissam antè nullam declarat: quâ declaratione opus non foret, si prohibitio sola sufficeret. Ut loca juris Canonici, quæ volunt pro infectis haberi, facta contra juris prohibitionem non sint intelligenda, quasi ipso jure essent irrita; sed per judicem irritanda & retractanda.

52

Nihil facit, quòd Gregor. Pont. videatur canonizasse *d. l. non dubium, in can. Imperiali xxv. quæst. 2.* ubi dicit, Imperiali constitutione apertè definitum esse, ut ea, quæ contrà leges fiunt, sint inutilia, & pro infectis habeantur: nam dictum istud ibi simpliciter est relatum, ut ad Canones non sit trahendum; maximè cum in Epist. vii. agat idem Gregor. de prohibito testari per leges imperatorias in cujus confirmationem adducit illam legem, & consequenter jubet testamentum retractari; ut tes ea non tangat Canones.

53

Alia suboritur quæstio circa *d. l. non dubium*. Quomodo sit intelligendum, quod in ejus fine subjungitur, ne quidem juramentum servandum esse, appositum actui per leges prohibito? Nam posset videri lex ista excessisse suam jurisdictionem & materiam, quæ est juris canonici, adsumere Ne tamen hoc dicamus, rectiùs illam legem accipimus de pactis juramento firmatis, ita per legem prohibitis, ut delictum ponant, & consequenter sint contra leges prohibentes in conscientia: tunc enim juramentum subjunctum est contra bonos mores naturales, & eatenus nullum, *cap. Non est obligatorum, de Rom. Imp. in 6.* Quo modo & accipiendus textus *in l. 7. §. Et generaliter inf. de pactis*, ubi Glossa rectè agi ait de pacto inito contra jus commune & publicum, & consequenter illicito. Bartol *ad l. omnes num. 22. in fin. sup. de justitia & jure.* Alex. *cons. 50. num. 3. in fine volum. 1.* Covarruvias quoque *de pactis p. 2. §. 1. num. 1. in fine.* intelligit istam legem in casu, quo pactum prohibitum principaliter propter bonum commune, quod nunc sit contra bonos mores naturales: & ita Caldas *ad d. l. 3. V. minoribus, num. 5. Cod. de in integ. restitut. minorum*, Suarez *de jurament. lib. 2. cap 41. n. 14. 15. & 16.*

54

Dicta de obligatione legis procedunt, quatenus lex est in observantia, quam sola diuturnitas temporis non aufert, cùm, uti dictum suprà lex de se sit perpetua. Unde alia caussa mutationis superveniat, necesse est vel ab intrinseco vel ab extrinseco. Ab intrinseco contingit defectus, vel ex materia, quæ deficit, aut fit iniqua, impossibilis, ut obligare legem sit iniquum; vel caussæ conservantis cessatione, ut quæ jam facta inutilis, incommoda communitati; uti facilè est evenire in rebus humanis mutationi obnoxiis; quâ cessante meritò cessat & effectus *c. Cùm cessante 60. ii de appellat.* ne inducta in aliquem finem operentur ejus contrarium:

55

num & quidem universaliter, si caussa universaliter cesset. Cum enim legis institutio pendeat ex ratione, quæ est, ejus anima, debet & deficere lex; cùm non possit moveri corpus sine anima. Covarr. *ad c. 10. num. 15. de testam.*

Quæritur, an ratione legis in particulari casu cessante contra legem isto in casu agenti sit impune? 56 Respondetur contingere legem, universaliter latam, aliquando deficere in particulari, cùm secundùm Philosophum, *lib. 5. Ethicor. c. 10.* fieri non possit, ut universalis dispositio legis humanæ in omnibus casibus ita sit certa, quin aliquando deficiat, quòd res humanæ, circa quas leges versantur, multis immutationibus & casibus sint obnoxiæ: quod ipsum legislator nec providere potest, nec, si posset, convenienter in particulari excipere. Unde quorumdam est opinio, cessare etiam eatenus legis obligationem, posseq; aliquem impune contravenire, ex eo, quòd ratio legis adæquata, sit in suo genere adæquata obligationis caussa, ut illâ cessante, in quocumque casu particulari; etiam videatur debere cessare obligatio legis, per regulã: *Cessante caussâ cessat effectus.* Probatur antecedens, ex eo, quòd jam dictum, rationem legis esse animam, sine qua moveri nequit: & deinde legis *justitiam* pendere ex ratione, quâ deficiente & ipsa dicenda deficere, quia non est, in quo subsistat; consequenter & obligandi vis. Denique lex respicit bonum commune, cùm sit commune præceptũ, ut quatenus illud cessat, non debeat operari lex. Quam opinionem videtur tenere Panorm. *in c. Quoniam 12. n. 6. ü de prob.* Et procedet, quando ratio legis in particulari defeceri it contrarie, id est, quando observantia legis in certo casu mala esset, inducens ad peccatum: tunc enim, quia ad impossibile obligaret, cessat lex in tali particulari casu, ne aliàs obliget contra mentem legislatoris: cujus præcepta habent moderationem subintellectam, ut non includant alicui noxium. Nam, ut ait Cicero, *lib. 1. offic.* fundamenta *justitiæ*. ut ne cui noceatur, communi utilitati serviatur, cùm mutẽtur tempore, mutatur & officium; ut non semper sit idem. potest enim accidere, ut promissum aliquid vel conventum fiat inutile, vel ei, cui promissum. vel ei, qui promisit. Sic depositarius liberatur ab obligatione restituendi depositum repetenti, si detrimentum ex eo immineat, vel ipsi deponenti, vel alteri innocenti. Exempla alia videre est *in l. bona fides infrà depositi.* Sic & excusatur à jejunio ægrotus, aut debilitatus, Covarr. *ad 4. decret. p. 2. c. 6. §. 9. n. 8.* Navarr. *in summa c. 17. n. 36.*

Quando verò ratio legis negativè tantùm cessaverit in casu particulari, veriùs est obligationem legis non deficere etiam tali in casu. Nam, licèt ratio in particulari casu cesset quoad particularem utilitatem, non tamen cessat quoad vim obligandi omnes; quod citra omnium injustitiã potuit voluisse legislator. Semper enim manet universalior ratio, ob quam expedit servari legem, tum propter uniformitatem partium; tum propter bonum cõmune. Cui non respondet, propter rationem particularẽ. alicui impune esse, non servare leges. Qua ex re multa sequerentur absurda: sic enim aliqui prætenderent facilè excusationem à *jejunio*. quibus fortè non est necessarium ad macerandam carnem aut satisfaciendum pro peccatis. Dicitur autem cessare negativè, quando, licèt ratio ejus cesset, observantia tamen nihil mali aut injusti includit. Videatur Barbosa alios citans, *inf. soluto matrim. p. 2. Rubr. n. 104.* Ubi docet, quando ratio negativè cessat in casu particulari, posse dispensare Pontificem etiam super jure divino: *& ad l. 1. n. 81. 83. 86. & 87. D. eod. tit. soluto matrim.*

58 Ab extrinseco contingit mutatio per actionem contrarii agentis, principe scil. eius obligationem auferente: cuius ut est legem ponere, ita & tollere, id postulante ratione & bono communi sive legem priorem tantùm destruendo, sive etiam contrariam ferendo: est enim posterior potior, *l. sed & posteriores 38. hoc tit.* Idem & concessũm consuetudini, quæ est altera iuris natura, de qua re paulò inferius. Fit hæc mutatio vel in totum, & dicitur abrogatio: vel pro parte, & dicitur derogatio, *l. derogatur 102. inf. de V. S.* Festus vocat exrogationem. Est & obrogatio, quandò aliquid ex lege priore mutatur: & subrogatio, quando aliquid adiicitur, Ulpian. *tit.* Brisson. *in V. abrogare.* Inferior legi superioris derogare in nullo potest, licet è contrà legem abroget inferioris superior, quia ista ab hoc dependet, tamquam à caussâ magis universali. An autem possit inferior quid statuere contra legem superioris, colligere erit ex iis, quæ dicentur Tit. sequenti.

59 Quæri hic posset, an lex canonica possit abrogare civilẽ? minimè, quòd hæ leges non habeant inter se subordinationẽ: nam, licèt canonica sit dignior, non procedit tamen formaliter à superiori iurisdictione, cùm & Princeps & lex civilis per se sit suprema in suo ordine. Exceptis tamen duobus casibus quibus civilis est subordinata canonicæ. Primò, si agatur de materia spirituali, aut ad eum ordinẽ evecta, ut est caussa matrimonialis, quæ tantum subest legi canonicæ, adeò ut ne quidẽ incidenter videatur tractanda coram laico *c. Lator, & c. caussam ü qui filii sunt legitimi.* Qui quidem textus quamvis nõ videantur expressè id indicare, idem tamen ex iis

colligere est, & usus respondet. Secundò, si subsit periculum animæ; quo modo dispositio juris civilis super usuris & usucapione rejecta est à Canonibus, ut alibi dicetur.

60 Ut autem Princeps abrogat legem suam, sive eidem derogat, ita & super ejus obligatione validè dispensat in particulari, non tantùm, si caussa subsit, sed etsi desit. Covarr. in *de matrim. c. 6. §. 9. num.* 20. Dependet enim lex ex voluntate eam ferentis, quâ revocatâ, sive in totum, sive respectu alicujus, eatenus & cessabit ejus obligatio. Non tamen extra peccatum videtur esse, etiam mortale in suo genere dispensans sine caussa; quia Principi intendendum est in bonum commune, cui detrimentum adfert dispensatio legis sine caussa. Covarr. *de loco n.* 16. Nec rectè objicitur, quòd stante caussa non sit opus dispensatione, ex eo, quòd eatenus cesset lex. Nam cùm illam caussam tantùm contingat cessare negativè, lex nihilominus servanda, donec ejus vinculum auferatur per superiorem.

61 Contingit præterea mutari legem per interpretationem: quæ ut legis vim habeat, non nisi à Principe facienda, de qua videtur agere *l. fin. Cod. hoc tit.* Ubi dicuntur leges ab eo interpretandæ, cui eas condere concessum: quod & habetur *in c. Inter alia* in *de sent. excommun.* Valet & interpretatio ex usu desumpta, cùm dicatur optima legum interpres consuetudo *l. si de interpretatione 37. h. t. c. Cùm dilectus* in *de consuet.* Est & concessa interpretatio prudentibus, ut Professoribus, qui, quatenus eo munere probè funguntur, commendantur, *l. ult. C. de Profess. lib.* 12. Quæ ideo necessaria est, quandoquidem ea sit humana conditio, ut non possit quis tam perspicuis verbis sensum animi explicare, ut non relinquat locum ambiguitati: præsertim in lege ferenda, quæ breviter & in generali concipitur, & in cujus explicatione ad varios casus in particulari oriuntur varia dubia, quæ requirunt judicium & declarationem prudentium. Hæc licet habeat magnam auctoritatem, hodie tamen, propter defectum potestatis non inducit obligationem, nec semper necessitatem, uti dictum *sup. Tit.* 1

62 Est autem in interpretando primariò attendenda legislatoris mens *c. 6.* in *de V. S.* ne, dum verborum attenduntur proprietas, sensus amittatur veritatis *c. 8.* in *d. tit.* Quò facit, quod ait Jurisconsultus, scire leges non esse earum verba tenere, sed vim & potestatem, *l. scire 17. hoc tit.* Et rectè *in l. non dubium, C. h. tit.* ait Imperator, in legem committere eum, qui legis verba amplexus, contra leges nititur voluntatem. * In dubio est interpretatio facienda secundùm verborum proprietatem, prout fert natura rei, de qua agitur & communis loquendi usus, qui proprietati verborum prævalet, ut tradit Alciatus *de verborum significatione lib. 3. num. 27.* & Felinus *in Proœmio decretal. num.* 1.

63 Potest autem lex quoad judicium & sententiam ferendam interpretando extendi ad casum lege non expressum, propter rationis similitudinem, quæ facit casum novum pro comprehenso sub lege haberi, ut tradit Tiraquell. *de retractu, §. 1. gl. 2.* Glos. *1. num. 19.* Everardus *in loco a ratione legis.* Facit textus *in l. non possunt 12. & seqq. h. t.* ubi ex dispositione in uno casu facta procedere licet judici ad casum non expressum, stante eâdem ratione similitudinis & utilitatis, si aliter casus aperto jure decidi nequeat. Fallit ista extensio; Primò, si lex aliter disposuerit; neque enim similitudo legi expressæ prævalet; induceret enim correctionem legis antiquæ, quæ evitanda, nisi expressè inducatur per legem posteriorem, cùm sit stricti juris Secundò, *

64 ut non procedat in lege pœnali extensio ex similitudine rationis. Cujus ratio est, quòd, licet recta ratio crimina punire dictet, non cogat tamen ad hanc vel illam pœnam statuendam, quæ ex sola legislatoris pendet voluntate: & licet aliquam petat congruentem rationem, ea tamen non coget ad statuendam potiùs illam, quàm aliam. Unde rectè dicit Glos. *in c. In pœnis 48. de R. I. in 6.* in pœnis non argui ad similia, quòd non excedant proprium casum. Facit & *c. Odia, de R. I. in 6.* ubi in odiosis mitior interpretatio sumenda, quæ rigorosa foret, si extensio admitteretur. Nec faciunt dicta modò de exceptione facienda ex ipsa ratione, ut ubi hæc repetitur, extensio sit admittenda; cùm pœnæ non pendeant omnino ab ipsa ratione, sed præcipuè à voluntate legislatoris, eas indicentis. Menoch. 2. *Arbitr. casu* 276 Si tamen identitas rationis in casu non expresso militet, volunt extendi legem pœnalem, eò quod iste casus contineatur sub necessaria vi & ratione legis. Abbas *in c. fin. num 10. & 11. de rescript.* Covarr. *ad c. Alma p. 2. §. 4. n. 7.* Tiraq *in tract. cessante caussa p. 1. n. 42.*

65 Quod & videtur dicendum in lege correctoria, quatenus ratio est intrinseca ad omnes casus, qui ex vi illius comprehendi dicuntur, ut in ea habeant connexionem necessariam in ordine ad justitiam & prudentiam legis: tunc enim ex vi illius rationis intelliguntur comprehensa etiam omissa; quia aliàs lex non videretur justa, si non foret adæquata suæ rationi. Quod non tantùm procedit, si ratio sit in lege expressa, verùm & non expressa, modò certò constet, eam esse rationem legis, quæ non

non habet effectum, quia scripta, sed quia in se talis. Videatur Navarr. *in can. Pœna, num 11. de pœnit. dist. 1.* Barbosa *ad l. si constante, num 105. inf. soluto matrim.* Suarez *de legib. lib. 6. c. 3. & 4.* Non rectè dictis objiciuntur regulæ, quæ habent pœnas mitigandas non extendendas; nam sunt accipiendæ de extensione, per interpretationem non necessariam sive voluntariam, sine qua prudens dispositio & justitia legis conservari potest, & benignè accipi lex pœnalis. Secùs est, quando ad justitiam legis istius extensio est necessaria, quæ non tam propriè dicenda extensio, quàm adæquata interpretatio legis, etiam servanda in pœnalibus, licet contra videatur velle Glossa. *in Clem. 2. V in 11. de ætate & qual. præficien.* Posset tamen illa videri loqui potiùs in casu priori, quàm posteriori.

66 Ut autem extensio legis admittitur ex caussa secundùm dicta, ita & restrictio facienda ex ratione, ad evitandam injustitiam, & alia incommoda: ut rectè tradat Panorm. *in c. Suggestum 16 n. 2.* ¶ *De appellat.* legem rectè restringi secundùm naturalem rationem, licèt non expressam, si alias foveret injustitiam. Si ratio expressa non sit adæquata verbis legis, ut quæ sunt generaliora, restringenda nihilominus lex ad terminos subjunctæ rationis, si adæquata fuerit, & intrinseca ac constitutiva proximi legis objecti, per quam meritò verba generaliora limitantur, cùm legislator aliud nihil videatur voluisse, quam quod sub tali ratione complectitur. Si lex contineat rationem adæquatam, non poterit verborum ejus generalitas restringi: multò minùs, si nullam habeat adjunctam; quo casu satis erit, quòd legislator ita decreverit, cui quod placuit legis habet vigorem. * Quò spectat quòd Julianus

67 ait, *in l. non omnium 20. h. t.* Non omnium, quæ à majoribus constituta sunt, rationem reddi posse: uti subjungitur ex Neratio, ideo rationes eorum inquiri non oportere: alioquin multa ex his, quæ certa sunt, subvertentur. Quod non ita accipiendum, quasi deesset ratio, quæ statuentem movit; sed quòd de ea inquirenda Jurisconsulti parum fuerint solliciti, quorum responsa etiam non reddità ratione valerent, ut ait Seneca *Epist. 94.* vel quòd talia sæpe negotia incidant, in quibus legislatoris voluntas debeat esse pro ratione, & ab illo quid certi definiendum, quod sequamur in negotiis, etiam altero non æqualibus: ut videre est in septem testibus requisitis in testamentis, quinque in codicilis; cum potuerint requiri plures aut pauciores. Habet tamen & illa res suam rationem. Sic videmus in consuetudinibus contrarium ejus, quod uno loco receptum, alibi placuisse, non tamen sine ratione. Abutuntur istâ *l. non omnium* sæpe imperiti plerique, qui de ratione juris interrogati in iis etiam rebus, quibus ratio bona reddi potest, & est obvia, statim ad hanc legem confugiunt, ut proponendæ rationis incommodo se eximant.

De Consuetudine.

Ad L. de quibus 32. hoc tit.

68 Altera Juris species est jus non scriptum, quod ponit consuetudo. Quod nomen vel accipitur pro usu & frequentibus moribus, vel pro ipso jure, quod ex diuturno usu moribúsque nascitur. Quo modo hic accipitur, definitúrque Jus non scriptum tacitis utentium moribus introductum, *§. Ex non scripto, inst. de jure natur. & d. l. de quibus 32. h. t.* Aliam faciunt particularem, aliam universalem. Aliam item contra legem, cui contrarium inducit: aliam præter legem, quæ disponit super casu per legem omisso: aliam secundùm legem ei consonantem. Quæ postrema species non inducit jus non scriptum, aut novum vinculum, cùm sit tantùm quædam observantia legis præsentis ejúsve executio: ut rectè dixerit Bald. *ad l. fin. C. quæ sit longa consuet.* consuetudinem secundùm jus non esse dispositivam, sed tantùm juris imitativam.

69 Ad justitiam consuetudinis requiritur primò, ut inducta sit a communitate, non quavis, sed ea, quæ sit capax potestatis legislativæ pro seipsa, vel saltem sufficiens, ut lex ei imponi possit, cujusmodi est civitas. Unde adserunt, solum populum, qui habet potestatem condendi leges, posse inducere consuetudinem, Bart. Jason & alii *in d. l. 32.* Ubi non requiritur actu habeat potestatem, sed sufficit passiva capacitas. Necesse autem est, ut à majori parte communitatis observetur, aut ejus habeatur notitia, cùm in omni communitate, ad valorem actuum ejus, soleat sufficere consensus majoris partis ¶ *de his quæ fiunt à majori parte cap.* nam quod major pars curiæ efficit, pro eo habetur, ac si omnes egissent, *l. quod major 19. inf. ad municip.*

70 Ubi hic consensus habeatur, oportet, adsit actuum frequentia & temporis diuturnitas: Actuum frequentiam requiri, patet ex definitione, quâ dicitur inducta moribus utentium; mores autem non sunt sine actuum frequentia: & ex nomine, quia consuetudo dicitur, quòd sit in usu communi, qui actus supponit.

quò ampliori tempore in usu fuerit. Bart. *ad d. l. 32 num. 14.*

78 Oportet autem tempus istud sit continuum; cùm *in d. c. fin.* ad valorem consuetudinis requiratur, sit legitimè præscripta: qualis dici non potest, si antequam sit perfecta, intervenerit actus contrarius, qui populi consensum facit vacillare, argumento præscriptionis, quæ interrumpitur actu contrario.

79 Secundò requiritur, sit rationabilis & bona. Talis est, quæ non contradicit juri divino vel naturali, *d. c. fin. §. fin.* quæ non præbet occasionem peccandi, & communitati est utilis: aliàs irrationabilis erit judicanda, & rejicienda ut impossibilis, quæ non obligat. Qua in re cùm certa regula dari nequeat, judicis arbitrio res ea relinquenda. Glos. *c. 1. V. rationabilis de constitut. in 6.* Menochius 2. *Arbitr. casu 82.*

Tertiò, ut non sit abrogata, aut prohibita, aut reprobata. Abrogatur, quando præexistens revo-

80 catur per legem supervenientem, vel expresè vel per clausulam generalem, *non obstante &c.* quæ frequenter adjicitur, & abrogat tantùm consuetudinem stantem, non etiam prohibet futuram, Gl. *Clem. statutum, V. consuetudine de elect.* Odiosa enim est ista abrogatio, ut non debeat extendi ultra verba, & contraria consuetudo postea introducta teneat, si ratio eam commendet. Prohibetur consuetudo, quando impeditur, ne inducatur: quo non obstante induci poterit, si subsit ratio. Reprobatur, quando judicatur, irrationabilis, qualis non est toleranda.

81 Quæritur, an consuetudo abrogata, reprobata, postea inducta valeat? Abrogata validè postea inducitur: uti & legem abrogatam de novo rogari non implicat, si ita videatur expedire. Idem dicendum de prohibita, quòd videatur tantùm pro isto tempore impediri: ut ex nova caussa introducta possit sustineri, ut *in l. 3. §. divus inf. de sepulchro viol.* Ubi prohibetur, ne quis in urbe sepeliatur, prohibitis una contrariis statutis municipalibus, quod eo tempore ita judicabatur expedire: cujus tamen hodie contrarium inductum passim servatur consuetudinem, cùm ideò sit reprobata, quia irrationabilis, dicendum eam induci non posse, quatenus caussa est perpetua. Qua de caussa improbatur consuetudo dandi quid pro ingressu, per *Extravag. 1. de simonia*, cùm non possit dari justa ratio, quâ nitatur, & possit valida esse. Dico, perpetua, quia aliàs per novam causam supervenientē posset tolli iniquitas, quæ ei videbatur adesse eo tempore, quo lex eam ut iniquam reprobabat. Covarr. *lib. 3. var. resol. c. 13. num. 4.*

Quæri hic posset, an consuetudo irrationabilis excuset à pœna? Non videtur, saltem per modum abrogationis; nam cùm ejusmodi consuetudo non possit abrogare legem, *d. c. fin.* non potest etiā eam tollere quoad pœnam, quia & eatenus ei est contraria, & irrationabilis nihil operatur. Per modum tamen circumstantiæ videri posset facere cessare pœnam, saltem fori exterioris, in quo aliqua ratio esse potest. Nam ex publica peccandi consuetudine tolerata resultat ordinariè aliqua ignorantia, quâ tale delictum minùs grave vel deforme existimatur, ut reatum pœnæ minuat. Dat & multitudo peccantium occasionem non exsequendi pœnam, *c. 2. de temp. ordin.* Aliud in foro interiori, quòd eo in foro non sit minus peccatum, imò potius aggravetur per temporis diuturnitatem, *c. fin. hoc tit.* Covarruvias *ad c. quamvis de pactis in 6. §. 7. num. 24.*

83 Item, an ad consuetudinem requiratur scientia Principis? Neutiquam desideratur specialis ejus scientia, per *d. c. fin.* in quo tantum duæ requiruntur conditiones, scilicet sit rationabilis, & legitimè præscripta. Ut ex eo capite satis intelligatur, ignorantiā principis non obstare, quò minus consuetudo teneat & sine fundamento specialem ejus sententiam aut consensum desiderari, cùm sufficiat non contradicat, Abbas *in d. c. fin num. 1.* Quod & satis patet ex *c. 1 de constitut. in 6.* ubi dicitur, Pontificem probabiliter ignorare locorum consuetudines & statuta, ut citra ejus sententiam præsupponantur valere. Joann. Faber *in § ex non scripto n. 8. instit. de jure natur.*

84 Titulus ad eam non desideratur, cùm inter conditiones, *d. cap. fin.* requisitas, non sit titulus; & præterea fundetur in consensu populi, qui ex permissione principis saltem tacitā eam inducere potuit. Non obstat, quòd præscriptio sine titulo & bona fide non procedat, cùm currat contra invitū, Gl. Abb. *d. c. fin.* Promulgari consuetudinē non esse necesse, ex eo patet, quòd præsupponatur publica & notoria, ut aliā promulgatione non indigeat, cū quæ certa sunt non indigeant aliā certioratione.

Sed quæritur, an consuetudo sit probanda? In scriptis redactam publicā auctoritate non indigere aliā probatione certum est, cùm scriptura ista ponat perfectam probationem. Gail. *lib. 2. Obs. c. 31. n. 17.* Idem est, si fuerit notoria. Aliàs, cùm in facto consistat, probanda est ab eo, qui eam allegat; ex communi regula, quā allegantì incumbit probādi onus: idque per testes, qui deponant de usu & frequentia actuum, & quidem per duos, *l. ubi num inf. de testib.* cum in ore duorum aut trium consi-

E stat

stat omne verbum, Bart. *ad l. 2. n. 30. Cod. Quæ sit longa consuet.* In multis tamen curiis harum Provinciarum, & aliorum locorum, consuetudo est probanda per testes decem, & per turbam, ut loquuntur Pragmatici, non examinatis singulis, sed omnibus simul, uno eorum referente.

85 Quæritur item, an unius Doctoris assertio sufficienter probet consuetudinem? Quod vult Bart. *ad d. l. de quibus, h. t. Lect. 2. n. 21* quia peritis in arte sua sit credendum; quem & alii sequuntur. Non caret tamen dictum ejus dubio, quòd ea quæ facti sunt prudentissimos quosque fallant, *l. 2. inf. de juris & facti ignor.* Quo modo à Bartolo optimè recedit Jason. *d. l. de quibus n. 8.* unius assertione non contentus; quâ de re videatur Mascard. *de probat. concl. 426. & concl. 528. n. 6.* Cravet. *consil. 166. n. 9.* & Gabriel. *lib. 1. comm. opin. tit. de probat. concl. 4.* Mynsi. *cent. 5. obser. 96.* ubi plures citat, & secundum sententiam Bart. ut communem scribit judicatum in Camera. Aliquibus tamen probata Bartoli opinio in casu, quo nulli contradicant, vel dictum unius gravioribus conjecturis adjuvetur.

86 Quæritur denique, an sit de consuetudinis substantia non scribi? Ut substantia legis non consistit in scriptura, sed in expressa sanctione, ita & consuetudinis in tacita inductione: quomodo in scripturam redacta manet nihilominus jus non scriptum, cùm scriptura ejusmodi tantum deserviat ad memoriam & probationem faciliorem. Unde Feudorum usus, licet scripti, jus scriptum non ponunt sed manent in terminis consuetudinis, ut tenet Bart. *in d. l. de quibus, n. 8.* Redacta in scriptis ab habente potestatem condendi legem, posset videri desinere esse consuetudo, & fieri jus scriptum, modò ea fuerit mens mandantis in scriptum redigi: nam alias retinebit vim consuetudinis. Quamvis etiam

87 dici posset, eo casu manere nihilominus consuetudinē inspecta origine, propterea quòd non repugnet, esse quid inductum tacito populi consensu, & lege simul probatū, ut patet *ex c. 3. qui matrim. accus. poss. & c. 2. de prob. in 6.* ubi Pont. consuetudinē approbat, & vult nihilominus eam servari: atque ita unum & idem firmatur duobus vinculis, quæ tendunt ad eumdem finem, ut superveniens compatiatur prius *argumento §. Ex contrario, instit. de legat. & l. 5. inf. ad l. Falcid.* quatenus tamen consuetudo erat perfecta: nam si per legem ejus introducatur observantia, pertinebit potiùs ad jus scriptū.

88 Positis prædictis requisitis consuetudo erit justa, & consequenter eumdem consequetur effectum, quem habet lex, scilicet, obligare ad sui observantiam, ut patet *ex d. l. de quibus, & toto tit. de consuet. & in 6.* Ratio & vis hujus ponitur in consensu populi; qui an suffragio declaretur, an rebus ipsis & factis, nihil interest. Facit, quòd consuetudo sit quædam lex, ab eadem potestate & jurisdictione procedens, scilicet Principe & populo, licèt in modo inducendi differat, qui non variat rationem obligandi.

89 Nec rectè quis objecerit, quòd populo desit potestas ad istum effectum, ex eo, quòd omnem auctoritatem in principem transtulerit: nam firmat hoc populi factum tacitus principis consensus, quem sufficit non contradicere, uti suprà dictum.

90 Non obstat etiam, quòd dicatur consuetudo in facto consistere, & probanda esse; ut non videatur ponere jus, quod notorium est, & probatione non indiget: nam hoc verum est quoad ipsum fundamentum, & modum eam inducendi, qui est facti, quo perfecto ponitur jus *l. pen. hoc tit.*

91 Et hoc quantum ad subditos: nam, ut lex extra territorium non extenditur, ita nec consuetudo; atque ita regiæ civitatis consuetudo non obligabit reliqua oppida, quia respectu illorum non gerit se ut superior: quando saltem illa suam legem aut consuetudinem habent, nam si ea careant, sequen-

92 tur eam, quæ est urbis regiæ.* Quo modo intelligendus *§. finalis instit. de satisdat.* quatenus civitas potest vicina loca, quæ sunt de ejus districtu, obligare, Bart. *ad d. l. 2. q. 36.* ubi tradit, quid juris, quando locus aliquis postea unitur civitati vel provinciæ, an debeat sequi ejus consuetudinem? Et resolvit, translationem factam à Principe facere, ut sequatur ejus loci, cui unita est, consuetudinem, quòd translatio videatur perfectè facta, ut quod est juris in principali, idem & sit in accessorio, *l. non tamen 17. inf. de excusat.* Secus vult, si translatio non sit facta per Principem, nisi tamen transiverit in districtum & jurisdictionem loci alterius. Vid. Losæus *de jure univers. p. 3. cap. 14 n. ult. & cap. 15. n. 28* Quantum ad forenses, obligantur eo modo servare consuetudinem, quo legem.

93 Obtinet & effectus consuetudinis in conscientia, ut habetur *can. de his, dist. 11.* ad instar legis, sub peccato etiam mortali, pro materiæ gravitate.

94 Habet etiam consuetudo vim legi non tantùm derogandi, sed & eam abrogandi, sive sit civilis *d. l. de quib.* sive etiam canonica, *c. fin. & de consuet.* cùm nec desit populo ea potestas, nec voluntas. Prius patet, quia, ut habet potestatem eam inducendi, connivente principe, ita & abrogandi ejus legem, ne jura sint in incerto. Posterius patet ex actibus, qui indicant voluntarium consensum, positis tamen requisitis, de quibus suprà.

Non

95 Non obstat huic decisioni primò, quod habet Isidorus *can. 5. dist. 1.* scilicet, consuetudinem esse pro lege, ubi lex deficit; quasi, quando lex est super aliqua materia, consuetudo induci super eadem nequeat. Sed dicendum, illum locum accipiendum esse de consuetudine, quæ præviæ legi consonat, qualis non statuit ius novum. Quando autem legi est contraria, facit eam deficere, quia non versatur circa idem, sed circa oppositum: vel, ut tradit Bart. *ad d. l. de quibus Lect. 2. n. 6.* illa verba accipienda de consuetudine per legem reprobata, quæ legem non vincit: quòd faceret, si non esset reprobata.

96 Non obstat etiam, quòd non possit consuetudo dici rationabilis, quæ est legi contraria; quasi hoc ipso videatur esse contra rationem, cùm lex sit bona & rationabilis: ut actus ei contrarii non possint nō esse mali. Dicendum enim, contrarios actus videri malos, tamquam prohibitos; non tamen eos concurrere, ut caussam sed ut indicium voluntatis populi resilientis à lege priori, & iudicantis eam sibi minùs convenire. Unde tandem resultat id, quod non est malum, scilicet, ut sublatâ lege per actus sequentes inducatur consuetudo, in modo quidem peccans, non etiam in substantia. Castrens. *ad d. l. de quibus, n. 17.* Vel dici potest legem esse rationabilem, non tanquam necessariam, sed tamquam convenientem propter aliquos respectus; quibus non obstantibus abrogatio eius per consuetudinem potest esse rationabilis, propter alios respectus honestos & convenientes: quo modo & abrogatio legis prioris, licèt utilis & rationabilis, per posteriorem non tamen ideo dicenda irrationabilis.

97 Negotium videtur facessere *l. 2 Cod. quæ sit longa consuet.* ubi consuetudo dicitur non prævalere legi aut rationi. Verùm dicendum, Imp. ibi loqui de consuetudine non habente conditiones requisitas: ut sensus sit, consuetudo non est tantæ auctoritatis, ut legem tollat, nisi sit rationabilis & legitimè præscripta: quæ exceptio colligitur *ex d. l. 2.* in verbis, *non usque adeò sui valitura momento*, hoc est, vi suâ & potestate: & clarius *ex c. fin. ꝟ. de consuet.* ubi videtur Pontifex *d. l. 2.* interpretari subiectâ exceptione, nisi sit rationabilis, & legitimè præscripta. Cuius interpretatio videtur potius amplectenda, quàm aliorum Interpretum, adsignantium alium dictæ legi sensum Vid. Duaren *D. h. t. c. 12. ad d. l. 2,* Gregor. Lopez *animad. jur. lib. 1. cap. 5. & 8.*

98 Non obest denique *l. 3. §. Divus, inf. de sepulchro viol.* ubi non valet statutum contra legem iam positam: quia ibi agitur de statutis, quæ fiunt ab inferioribus, quos oportet superioris legi parère, nil autem contra eam statuere. Aliud est in consuetudine, cui rationabili, licèt contra suam legem, videtur tamen deferre legislator: per quàm, cùm tacitè inducatur, minus peccatur; quàm per statutum, quod expressam continet legis abrogationem; non sine contumacia, quam non habet tacita inductio. Contingit enim expressa improbari, quæ non expressa admittuntur, *l. nonnumquam 52. de condit. & demonstrat.*

99 Ad hunc effectū spectat præterea, quòd per consuetudinem induci possit, ut lex, quæ non obligabat ad mortale, ad illud obliget, & contrà: potest enim legem ampliare, & ei derogare, quod minus est, cùm possit abrogare; fūdatur enim in humano præcepto.

Ubi quæritur, quantum temporis requiratur ad istum effectum? Sunt, qui requirunt immemoriale; sine ullo tamen fundamento: ut verius sit idem sufficere, quod ad inducendam, cùm iura civilia nusquam distinguant, sed simpliciter ad valorem consuetudinis requirant tempus congruum *d. l. de quibus.* Et hoc ita in lege civili; nam, quid in ecclesiastica obtineat, traditur *tit. decretal. ꝟ. de consuet.*

100 Quæri hîc posset, an consuetudo extendi possit ad actus similes? Si quæramus de consuetudine præter ius, inducente ius novum, non minùs ea extenditur, quàm lex, *arg. l. nam ut ait Pedius 13. h. t.* ex ratione *l. non possunt 12. eod.* Si verò de abrogante legem scriptam, neutiquam ea extendenda est ad casum similem, ad corrigendum ius commune: nam uti legis correctoriæ extensio non admittitur ad casum similem, quòd sit odiosa, & sic stricti iuris strictéque intelligenda, ita & consuetudinis correctoriæ extensio minimè admittenda in correctionem iuris communis per subauditos intellectus, ut rectè tradit Jason. *in d. l. de quibus n. 14.*

Est & consuetudinis effectus, irritare contractus, inhabilitare personas, impedimenta matrimonii inducere, & contrà illa tollere, ut traditur lib. IV. Decretalium.

Spectat denique ad effectum consuetudinis, interpretari legem; cùm & tollere eam possit, & de novo inducere. Hinc *in l. si de interpretatione 37. h. t.* consuetudo dicitur optima legum interpres: & *in l. nam Imperator 38. eod.* JC. in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem ait vim legis obtinere.

Dicta de effectu consuetudinis vera sunt, quatenus consuetudo est in vigore, non abolita per desuetudinem, non revocata per legem posteriorem: ut enim lex prior revocatur per posteriorem, ita & consuetudo per legem *l. 3. §. Divus de sepul. violato.* * Istam potestatem revocandi consuetudinem

esse in principe, non est dubium: & vult manifesta ratio, cùm consuetudo vires non habeat, nisi ex voluntate principis, saltem tacita; atque ut in eius potestate fuit non consentire, ita & postquam tacitè consensit, dissentire. Deinde cùm possit legem, expressâ voluntate positam, revocare, quidni & consuetudinem, tacitâ voluntate introductam.

104 Sed obiicitur *c. 1. De feudi cognit. lib. 2.* ubi dicitur, legum Romanarum non esse vilem auctoritatem, sed non adeò vires suas extendere, ut usum vincant aut mores. Quem textum videtur Cuiac. ibi accipere de consuetudine firmata iudicio contradicto: verum minùs rectè, cùm & talem consuetudinem revocari per legem supervenientem nihil implicet, propterea quòd lex etiam tali consuetudine sit potentior, nixa scilicet expressâ voluntate principis, quæ potior est tacitâ, secundùm iam dicta. Imò etsi consuetudo per Principem approbata fuerit, nihilominus obrogationi est obnoxia, uti lex ab eodem lata. Neutiquam autem textus ille intelligendus est de legibus, quæ postea possent ferri à superiori potestate, super materia feudali; nam tales non minùs tollerent consuetudinem priorem in ista materia, quàm in communi. Rectiùs itaque cum Cuiacio *d. loco* textum istum feudalem acceperis de legibus generalibus, quæ licet aliter disposuerint in materia communi, non habent tamen locum in feudali, in qua propriæ suæ sunt consuetudines, eæque servandæ. Sic licet jure communi parentes succedant liberis, filiæ unà cum filiis, frater fratri, non tamen ita in ista materia, ut tradidimus aliàs *in tract. de Feudis c. 10.*

105 Quod dictum de revocatione consuetudinis per legem posteriorem, verum est non tantum si lex contineat clausulam expressam, quâ aboletur consuetudo, verum etiamsi non contineat, si tamen talis, quæ non compatiatur consuetudinem ex voluntate legislatoris. Quo modo universalis lex subsequens faciet revocari universalem consuetudinem, ut patet ex *c. 1. de constitut. in 6.* ubi dum præsupponit Pont. se ignorare particulares consuetudines, indicat se scire universales, easque contraria lege tollere. Ubi nihil faciet, quòd consuetudo sit immemorialis, quia ut talis non videtur habere majorem vim, quàm habet lex posita; quæ ut tollitur contrariâ lege, ita & consuetudo.

107 Disputatur autem hîc, an lex generalis subsequens tollat specialem loci consuetudinem, cui est contraria? Affirmant aliqui id procedere jure civili, ut videre est apud Bartolum, *d. l. de quibus Lect. 1. n. 5. in fine*: & probatur per *d. l. 3. §. divus de sepult. viol.* quæ dicit principalia rescripta generalia esse, & in omni loco debere valere; ut per ea recedatur etiam à statuto municipali, quod legi contrarium disponit. Postea tamen idem Bart. *in Lect. 2. ejusdem l. n. 5.* generaliter resolvit, consuetudinem priorem specialem non tolli per legem generalem subsequentem: allegans ad hoc *d. c. 1.* per quod patet, jure canonico per constitutionem generalem subsequentem non tolli specialem loci consuetudinem: & subjungitur ibi ratio, quòd scilicet legislator non censeatur scire facta particularia, ad quæ spectant particulares locorum consuetudines: cùm, ut ait Imp. *l. 2. si quid autem C. de vet. jure enucl.* omnium habere memoriam divinitatis magis sit quàm humanitatis. Ut non censeatur eas revocare velle, nisi earum factâ expressâ mentione. Ubi volunt etiam sufficere subnexam clausulam, *non obstante contraria consuetudine*, vel *nulla in contrarium valente consuetudine*, per text. *in Auth. Navigia C. de furt.* in verb. *Sublatâ penitus omnium locorum consuetudine.* Supradicta ratio cùm & jure civili obtineat, eadem decisio etiam obtinere in eo dicenda. Nihil obstante *d. §. divus*, quia primò non loquitur de consuetudine, sed de statuto. Deinde admisso, idem obtinere in consuetudine, dicendum ibi agi, vel de ea, quam scit Princeps obtinere, vel potius de ea, quam expressè princeps voluit tollere, ut ibi ex textu patet. Vide Covarr. *lib. 3. Var. Resol. c. 13. n. 4. circa finem.*

108 Quod dictum de lege abrogante consuetudinem, idem dandum contrariæ consuetudini supervenienti, quòd scilicet priorem tollat: legi enim comparatur, modò suas habeat conditiones. Ubi videtur sufficere tempus decem annorum, quod satis esse dicimus ad abrogandam civilem legem. Restaret aliquid dicendum de statutis, sed de iis agemus in Tit. sequenti.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 3. de Legibus.

IMperator an recessibus Imperii solutus sit? vid. Carpz. *v. in Capit. Imp. c. 12. n. 9. & seqq.* quem allegat Besold. *in thes. pract. verb.* Reichs Abschied.

Ad n. LIX. Regulæ quam supra ad n. 6. d. J. & J. posui, addantur sequentes Reg. 1. Quando aliquid est jure

est jure civili definitum, & non jure canonico, standum est juri civili, etiam in foro canonico. Menoch. *lib. 2. arb. Cas. 185. n. 12. Reg. 2.* Cùm jus canonicum & civile inter se pugnant, jus civile servari debet, in foro Imperii ius canonicum verò in terris Ecclesiæ. Philip. Dec. *in c. Clerici in princ. de Iud.* & Idem *consil. 452. n. 6.* sed hanc regulam tantùm de iis causis & rebus intelligere oportet, quæ non concernunt animam: Item de eo casu, quando utrumque ius est rationabile, & sine periculo animæ servari potest, ut notat Modest. Pist *Conf. 41. n. 6. vol.* Aliud enim est, si tractetur de peccato vitando & de casibus conscientiæ. Tunc enim quando est discrepantia inter Jus canonicum & civile, potiùs stabimus constitutionibus Juris canonici, non solùm in terris Ecclesiæ, sed etiam in universo terrarum orbe: quasi hic cedant LL. Imperii sacris canonibus, ut probat Modest. Pist. *conf. 49. n. 11. vol. 1.* Quanquam Petro Ferraris *in Pract. Papiens.* in forma Respons. rei conventi, verb. præscriptionis *n. 28. pag. Edit. Lugdun. 99.* hæc ratio, quod ideo secundùm Jus canonicum sit iudicandum, quia agatur de peccato vitando, non placeat, dicit enim: In contractibus, si intervenit deceptio, in re vel in pretio, etiam vertitur animæ periculum, nec tamen ideo in iis semper est sequendum Jus canonicum, *&c Reg. 3.* Si diversum Jus statuatur, in foro seculari & canonico, Judex secularis servat suum Jus, & Spiritualis quoque suum. Sed si in altero foro Jus illud sit æquius, tunc etiam ad forum deducendum est Ioh. Sichard. *ad l. placuit n. 3. c. de Iudic.*

Ad n. LXII. LXIII. Quomodo lex sit interpretanda? Et quid statuendum de antinomiis, tum in Iure civili tum vid. aliis? cleg. Schot. *in exam. Iurid. pag. 26. & 27.*

Ad l. ex quibus 32. h. t. hæc addo: statuta & consuetudines locorum, **heylsame Ordnungen/ gute erbare Gebräuch vnd redliche wolhergebrachte Gewonheiten** (ad unguem sunt observandæ & ad litteram quod ajunt Pd. & Bart. *in l. omnes populi de I. & I.* Bald. *in l. maximum vitium n. 15. C. de liber.* præter. Alex *Consil 32. n. 5. & consil. 41. n. 3. vol 7. & consil. 196. n. 2. lib. 6.* Et Iudices, secundùm cujusque regionis, Ducatus, Comitatus, civitatis aut loci, singulares consuetudines & statuta iudicare debent, ne contra faciendo, litem faciant suam & in Syndicatu teneantur. **darauff auch des Kays. Cammergerichts Assessores schweren müssen.** *Auth. Iubemus C. de Iud.* Guil *1. obs. 36 n. 12. & 2. obs. 31. n. 2.* Adsessores enim Cameræ Imperialis, quando in numerum Assessorum recipiuntur, in specie iurare tenentur, quod secundùm Imperii constitutiones, secundùm Ius commune, & landabiles locorum consuetudines, **nach redlichen/ erbaren vnd landischen Ordnungen Statuten vnd Gewonheiten** / iudicare velint, prout expressè habetur, in forma Juramenti Adsessorum *l. 1. Ord. Cam. tit. 57.* quia consuetudines & statuta locorum pro Iure communi habentur, in illis locis, in quibus vigent Gail. *d. lib 1. obs. 36. n. 13.*

Consuetudinis malæ ac reprobatæ varia exempla collegit Weh, *in obs. Pract. verb.* **Gewonheit** *p. 23. & seqq.* ubi vide.

TITULUS IV.

De constitutionibus Principum.

SUMMARIUM.

1. *Lex regia quæ, & quando lata.*
2. *Legem condere solius est Principis.*
3. *Constitutionum principalium divisio.*
4. *Epistola quid?*
5. *Decretum Principis est sententia sive definitiva, sive interlocutoria.*
6. *Intellectus* l. 2. cod. de Legib.
7. *Sententia interlocutoria Principis facit jus generale.*
8. *Quod intelligendum de quolibet Principe non recognoscente superiorem.*
9. *Requisita ad effectum sententia principalis.*
10. 11. *Edicta & mandata Principum quæ dicantur.*
12. *Legem interpretari quatenus dicatur esse solius Principis.*
13. *Constitutiones personales quæ dicantur.*
14. *Ad earum sive privilegii substantiam, an requiratur scriptura.*
15. *Privilegia à quibus concedantur.*
16. *Privilegium dat consuetudo.*
17. *Privilegium aliud Reale, aliud Personale.*
18. *Privilegium in dubio quale.*
19. *Privilegium item aliud perpetuum, aliud temporale.*
20. *Effectus constitutionum temporalium, sive privilegiorum.*
21. *Privilegia strictè interpretanda.*
22. *Intellectus* l. Beneficium 3. h. t.
23. *Privilegia personalia non egrediuntur personam.*
24. *Extinguuntur deficiente persona.*
25. *Nisi concedens comprehendat & liberos.*

SUb populo libero legibus ejus erat sua vis ac majestas; quod enim is jusserat, ratum erat: verùm ubi rebus sic dictantibus, per partes, id est factiones, quæ aliquibus Reip. invadendæ locum dederunt, *l. 2. §. Novissimè de orig. juris.* in unius ditionem imperiúmque concessit, in usu cœpit esse hæc pars, quæ constitutiones Principum appellantur, penes quos solos erat potestas disponendi res urbis, ut quod constituissent, jus ratúmque esse deberet.

1 Translata hæc potestas in Principem dicitur lege regiâ, quæ de imperio ejus lata *l. 1. h. t.* de qua satis incertum, quænam illa fuerit, & quo tempore lata. Nam sunt qui conceptam legem volunt, non etiam latam. Alii opinantur, numquam populum sponte, & expressè in Cæsares suam istam potestatem transtulisse; sed illos partim armis, partim astutiâ Romanum Imperium invasisse. Uti & incertum, an ab initio lex una lata fuerit, quæ omnem deinceps Imperatorum potestatem generaliter firmarit, & Imperium à populo Romano perpetuò in Principes transtulerit, quam sententiam adseruisse videtur Coras. *lib. 6. Miscell. c. 8.* Cui videntur respondere tradita à Justiniano *Inst. de jure natur. §. Sed & quod Princip. & d. l. 2. §. Novissimè sup. de origin. juris, item l. 2. §. Sed & hoc Cod. de jure veteri enucl.* Historiæ tamen veritati videtur magis congruere, consuevisse ejusmodi legem in singulos Principes, mox ut ab exercitu consalutati Imperatores, & à Senatu probati essent, ferri: non quidem pristino more, per tribus aut per rogationem populi (nam studiis tribuum aliquid fieri jam desitum erat) sed per Senatum ipsum, uti apparet ex Tacito *lib. 12. Annal. in fine*, ubi de Nerone consalutato Imperatore agens subjungit: *Et sententiam militum secuta Patrum consulta:* & *lib. 8. Hist.* de Othone agens. *Accurrunt*, inquit, *Patres, decernitur Othoni tribunitia potestas & nomen Augusti, & omnes Principum honores.* Maximè hanc sententiam promovet Senatusconsultum de Imperio Vespasiani factum, cujus fragmentum adservari in æde Lateranensi notat Ant. Augustinus *lib. de Legib.* Quò facit etiam, quòd ex Senatûs sententia legantur plerique Principes constituisse, & sua decreta à Senatu approbari curasse Nec faciunt quidquam loca in contrarium allata: nam ea videntur accipienda, quòd institutum fuerit legestâ, ut Imperatores perpetuò quidem crearentur, qui Reip. curam gererent; non tamen per eandem in singulos Imperatores jus potestasque tota collata, quia non fuisset aliàs opus novâ lege in singulorum lectione.

2 Ut ut sit, solius est Principis legem condere, &, quod ei placuit legis habet vigorem, uti habet *l. 1. h tit.* Quod accipiendum de tali Principe, qui sic animum suum instituit, ut nihil velit, nisi quod honestum est, & è re Reipublicæ futurum; cui nihil lubeat nisi quod liceat, & qui nihil præter jus aut fas edicat. Placitum etiam tale accipe, quod cum summa deliberatione conseptum: exemplo Alexandri Severi, quem tradit Lampridius *in ejus vita*, constitutionem nullam sanxisse, nisi adhibitis in consilium viginti Jurisconsultis, & aliis plurimis sapientibus disertissimis; quod justum, rationabile ipsi populo utile videretur, secundùm requisita ad legis justitiam, de quibus Tit. superiori. Nam ut nudæ voluntati Principis attribuatur vis legis secundùm illud vulgatum: *Sit pro ratione voluntas*, non tam est boni Principis quàm Tyranni; cui ut non est jus imperandi, ita nec ejus placitis est vis, sed tantùm placitis justis, ut quas constitutiones vocamus: quod nomen generale est significans jus omne, quod à Principe statuitur.

3 Constitutiones istæ principales, aut generales sunt, aut particulares. Generalium tria sunt genera: Epistola, Decretum, Edictum, ut colligitur ex Ulpiano *d. l. 1.* dum ait: *Quodcumque Imperator per epistolam & subscriptionem statuit, vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est, vel edicto præcepit, legem esse constat.*

4 Epistolæ sunt rescripta ad privatorum vel Magistratuum relationem consultationémve, quibus interpretatur legem, vel suam, vel naturalem; aut statuit, quid in negotio aliquo aut dubio sit servandũ hujus

hujus ordinis sunt vetustissimæ quæque constitutiones, à Justiniano in codicem relatæ. Habent autem eatenus Epistolæ seu Rescripta Principis vigorem legis universalis, quatenus directè decidit dubium aliquod Princeps, constituens illud rescriptum, tanquam regulam operationis. Unde oportet, non sit conceptum in peculiarem alicujus favorem, quia foret instar privilegii; vel ob particularem aliquam circumstantiam, quia nec tale rescriptum constitueret jus generale.

5 Decretum est sententia, in alicujus caussæ cognitione lata, sive ea sit definitiva, sive interlocutoria *d. l. 1.* De sententia definitiva non est dubium, quin habeat vim legis generalis, etsi in caussa particulari sit lata. Cujus ratio in eo consistit, quòd sententia Principis sit veluti regula, ad quam omnes inferiores judices teneantur se conformare. Neque enim exemplum & præjudicium principalis sententiæ debet leve haberi; nec à judicibus negligi, si per obreptionem extortum esse dici non possit: quæ suspicio tunc subesse posset, cùm absente altera parte quid est decretum. Vis ista sufficienter indicatur *l. finali cod. de legib.*

6 Obstare tamen videtur *l. 2. cod. d. tit.* ubi dicitur, statutum sive decretum à Principe generale jus non facere. Sed dicendum, ibi agi tantum de statutis ab Imperatore per modum privilegii, vel in gratiam alicuius personæ, propter peculiarem respectum aut specialem occasionem, ratione temporis aut loci, ut clarè insinuatur in verbis, *sed legem faciant his dumtaxat negotiis & personis, pro quibus fuerunt promulgata.* Et hæc ita, sive sententia sit iuris dispositiva, sive declarativa.

7 An sententiæ interlocutoriæ prolatæ per Principem eadem sit vis, ut faciat ius generale, dubitant aliqui per *l. 3. cod. de legib.* quæ habet, interlocutiones in uno negotio prolatas in commune nihil præiudicare. Idem tamen interlocutoriæ attribuendum esse, quod diximus definitivæ competere, patet ex *l. h. t.* in verbis, *vel de plano interlocutus,* cognitione scilicet præmissâ. Nam, licèt talis sententia sit interlocutoria respectu principalis, de qua agitur; non est tamen minor illi vis, quoad id, quod Princeps per eam proximè statuit ac declarat, ex cuius voluntate procedit utriusque sententiæ effectus; licèt faciliùs de mente Principis possit constare per definitivam, quàm per interlocutoriam. Nihil facit *d. l. 3.* cùm loquatur in negotiis, in quibus ex speciali caussa specialiter quid est statutum.

8 Dicta habent locum non tantùm in Imperatore aut Rege, verùm & in quolibet alio Principe, non recognoscente superiorem: nam ratio effectûs illius sententiæ non fundatur in Imperatoris aut regia dignitate, sed in legislativa iurisdictione suprema, ad quam spectat leges condere; quales etiam est aliis supremis Principibus. Imò & idem competere potest Principibus inferioribus, qui alium superiorem recognoscunt, si illis ex concessione superioris liceat leges ferre salvâ tamen semper lege superioris, & iure communi. Sententia enim à tali lata ponet vim legis, aut etiam interpretationem legis prioris, modò non tangat legem superioris, quam non potest tollere aut lædere per suam sententiam.

9 Atque hæc de effectu sententiæ faciliùs procedent; Primò, si ex verbis eius constet, voluntatem Principis esse dicendi & stabiliendi certum ius; præcipuè quando per sententiam condit novum ius: quia sententia de se non est constitutiva iuris, sed declarativa, cùm de se cadat in factum præteritum aut ius acquisitum. Secundò, si talis sententia sit sufficienter proposita, sive publicata, tamquam communis regula decidendi similes caussas. Ubi videtur sufficere, ut per publicam famam sit vulgata. Extra omne dubium est sententiæ principali adesse vim legis, si corpori Iuris fuerit inserta, *l. 1. §. pen. in fine de novo cod. faciendo.*

10 Edictum ab edicendo dictum est, quod Princeps suo motu ad honestatem & utilitatem subditorum, more solemni, ut omnibus innotescere queat, observandum ponit: cuius appellatione Orationes in Senatu haberi solitæ contineri videntur. Differt à Rescripto, quòd illud legem generalem ponat, hoc non semper, sed plerumque sit personale. * Posset his addi quarta species, scilicet Mandata Principum, quæ præsidibus Provinciarum dabantur, secundùm quæ provincias gubernarent. Horum in Iure frequens est mentio, & Tit. *in cod. de mandatis Principum*, & *Novella 17.*

11

12 Itaque, quod Principi placuit legis habet vigorem, eiúsque solius est legem ferre: uti & illius esse dicitur, si quid fortasse obscurius in legibus positum est, patefacere *l. 9. cod. de legib.* & solo Imperatore dignum esse, interpretari legem, habet *l. fin. in fine cod. eod. tit.* Quod non ita accipiendum, quasi non liceat iudicibus aut Iurisconsultis legem interpretari, aut hoc faciendo in legislatorem, aut eius maiestatem quidpiam attentatent; cùm verba legum plerumq; nisi commodā interpretationē ex æquo bono recipiant, aut, si minùs strictè accipiantur, iniustitiam generent, iuxta illud: *Summum jus summa injuria*: sed accipiendum

de

de tali interpretatione, quæ sit authentica, & habeat vim obligandi, ac necessitatem inducat ita intelligendi legem, etsi legis latæ mentem egrediatur. Vide Gudel. *de jure novis. lib. 5. c 2.* & Franc. Suarez *lib 6. de legib. c. 8. in fine.*

13 Personales constitutiones nihil aliud sunt, quàm jus quoddam singulare, in certæ personæ, aut certæ caussæ gratiam à superiore constitutum: aut est lex privata speciale quid concedens, unde & privile-

14 gium dicitur.* Ad cuius substantiam non desideratur scriptura, cùm sit lex, quæ scripturâ non indiget, & nullum sit jus positivum, requirens scripturam, sufficit enim voluntas concedentis. Ad cujus tamen probationem scriptura, requiritur *c. Porrò 7. de privil.* cùm non credatur iis, qui privilegium sibi concessum adserunt, tamquam in propria caussa, licèt verbo tantùm concessum, certò sciens, secundùm illud agens, tutus sit in foro conscientiæ.

15 Conceduntur personales illæ constitutiones per eos, qui leges ferre possunt. Nam cùm sint privatæ leges (unde & Privilegia dicta) non possunt concedi nisi per eum, qui potest legem condere universalem, & ab illa recedere; quod solius est Principis, non etiam alterius, nisi ex Principis commissione. Hinc certum est, summum Pontificem & supremum loci cujusque Principem posse indulgere privilegia, contra leges à se statutas & contra jus commune; uti & alia beneficia concedere: cujus ordinis sunt induciæ solvendi, sive litteræ usu frequentes, quibus datur egenis debitoribus dilatio solvendi ad annum, biennium: quinquennium, quas moratoria rescripta vocant, de quibus plura dicentur infrà *tit. de except.* Similiter & licitum Principi relaxare crimina, condonare pœnas, *l. 7. cod. de precip. Imp. offeren.* Est & potestas concedendi privilegia Principibus inferioribus, proportionata suis legibus, si quas ferre possunt.

16 Consuetudini idem rectè attribueris, per tex. *in c. Novit. de privil.* in verbis, *Nisi fortè juri communi vel per speciale privilegium, vel contrariam consuetudinem quid sit decretum*: ubi æquiparatur consuetudo speciali privilegio, & per text. *in can. conquestus* 12. *q. 3.* Alex. *cons. 6. vol. 1.* Facit ratio, quòd consuetudo legem abroget: ut multò magis possit ei in parte prævalere, & dare licentiam agendi quid contra jus positivum, etiam sine sciētia Principis: quam ne quidem ad consuetudinem legi contrariam requiri dictum est antè Præscriptioni idem dari posse videtur, ut per eam privilegia acquirantur, postquā & alia hâc viâ acquiruntur, ut jurisdictio, *&c.*

17 Sunt autem privilegia alia Realia, alia Personalia, ut apertè colligitur ex *l. Privilegia 197. al. 117. de R. I.* ubi Privilegia alia dicuntur esse Caussæ, alia Personæ. Quæ divisio sufficiens est, non obstante, quòd principaliter omne privilegium referatur ad personæ alicujus usum atque utilitatem. Neque enim semper i ediatè datur vel competit personæ, sed non tatò ac primariò rei vel caussæ, vel ejus tantùm intu personæ. Ut Reale privilegium sit, quod immediatè & directè alicui caussæ, rei, loco, muneri, conditioni distinctè à persona, est concessum, uti castro, oppido, Ecclesiæ, dignitati, officio. Personale verò, quod immediatè datum personæ ratione sui, eique cohæret: cujus ordinis est beneficium competentiæ, quod habet maritus, patronus, parens, donator. Et hoc ita, si verba privilegii sint absoluta, specialiter directa ad personā aut rem. Nam si quid addatur, per quod distrahatur verborum significatio, poterit ea mutari; veluti si detur Petro Episcopo, & successoribus ejus, erit reale privilegium, competens Sedi; è contra si Episcopo alicujus loci detur facultas aliqua, ratione eminentis scientiæ aut prudentiæ, non reale (licèt concedens nomine dignitatis sit usus) sed personale erit privilegium propter adjuncta, ut rectè tradit Abbas *in c. Mandata 6. n. 1. de præsumpt.* * Si dubium fuerit, 18 reale, an personale sit videndum, an sit odiosum, contra jus commune, aut tendat in alterius præjudicium: & censendum personale, quia odia sunt restringenda, ut scilicet non excedat personam, *l. 2. §. si quis à Principe inf. ne quid in loco publ.* Si verò favorabile fuerit, continens beneficium, nullius jus lædens, censendum erit reale, & permanens.

19 Est & privilegium aliud Perpetuum, quod adhæret rei de se perpetuæ, vel sine temporis limitatione conceditur: dictum ita, non quòd amitti non possit, sed quòd de se duret, quamdiu non revocatur. Aliud Temporale, quod vel personæ conceditur, cui tantùm competit, & cum ea extinguitur, uti mox dicemus: vel datur ad certum definitumque tempus, quo lapso finitur, *l. Quoties 2. C. de precib. Imp. offer.* aut ad conditionem, in ejus eventum aut defectū. Sic concessum à Principe, quamdiu vivit, ejus morte revocatur, quòd voluntas ejus ultra se non extendat. Idem est in clausula *Usque ad beneplacitum meum*: nam & hæc virtute includit conditionem, dependentem à voluntate concedentis; quo mortuo ut voluntas non est, ita & cessat dependentia, atque ita & privilegium. Aliter se res habet, si concedatur ad beneplacitum Sedis: quia cùm Sedes sit perpetua, dicendum etiam perpetuum esse privilegium, donec revocetur, *c. Si gratiosè de rescript. in 6.*

20 Effectus constitutionum personalium, quas Privilegia vocamus, sive beneficia, est, quòd secundùm

dum formam eorum procedatur, etiam cum derogatione juris, si aliàs forent inutilia, etiamsi illius derogationis non faciunt mentionem facienda enim interpretatio, ut constitutio potiùs operetur, quàm sit elusoria *l. 1. in fine inf. ad municip.* Nisi tamen jus commune resistat, cujus juris tum facienda mentio, vel in specie, vel sub clausula generali sufficiente ad derogandum isti juri. Card. *in Clem. 1. quæst. 3. de censib.* Et hoc, ne præsumatur privilegium per inadvertentiam indultum, aut per importunitatem extortum.

21 Ad interpretationem Privilegii quod attinet, ea strictè facienda: ut soli illi personæ aut caussæ competat, cui concessum, & ne quidem ex rationis identitate extendi possit ad alias personas aut caussas; nec prosit etiam quidquam ad extensionem ratio correlativorum: propterea quòd efficacia privilegii non sit posita in ratione, sed præcipuè in voluntate concedentis, si aliud non pateat, vel ex caussa, vel ex verbis, vel ex juris dispositione.

22 Cui rei videtur obstare *l. Beneficium 3. h. t.* quæ habet, Beneficium Imp. quòd à divina ejus indulgentia proficiscitur, quàm plenissimè interpretandū esse. Verum ista lex procedit, quando privilegium spectat ad purum beneficium, quod cùm sit favorabile, venit latè interpretandum, maximè Principum, cùm idipsum congruat eorum liberalitati, & nemo per ejusmodi interpretationem lædatur. Eò facit communis regula, favores esse amplandos, non tantùm in Principibus, verùm in omnibus, qui beneficia largiuntur. Neutiquam *d. l. 3.* accipienda de privilegio derogante juri communi, quòd illud regulariter odiosum reputetur, ut interpretationem strictam sortiatur: uti & illud, quod continet tertii præjudicium, cujus juri non præjudicat Princeps, nisi ex magna & urgente caussa. Costal. *& Dd. ad d. l. 3.* Bald. *in l. si quando 35. num. 1. cod. de inoffic. testam.*

23 Sortiuntur itaque Privilegia strictam interpretationem, secundum quam personas comprehensas non egreditur; adeò ut ne quidem ad hæredes aut successores transeant. Quod omnino procedit in privilegiis illis, quæ sunt personalia *d. l. Privilegia 196. de Rom. imp.* In omnibus enim caussis, ut Paulus ait, id observandum, ut, ubi personæ conditio locum facit beneficio, eâ deficiente beneficium quoque deficiat *l. in omnibus 68. d. t.*

24 Personalia enim extinguuntur, deficiente personâ *l. 7. inf. de except.* Sive privilegium pupilli nec hæredi ejus datur, nec procuratori in rem suam *l. ex plurib. 42. inf. de administ. tut.* quod non caussæ, sed personæ, quæ privilegium meruit, succurratur. Similiter, quamvis patronus, ex debita parte institutus à liberto, fideicommissum à se relictum præstare non cogatur, ne pars ex legibus verecundiæ patroni debita minuatur *l. si patronus 20. de donat.* eo tamen institutionem omittente, is qui partem illam vindicat, fideicommissum præstare cogendus *l. cùm patronus 28. de legat. 2.* quoniam, ut ait Marcellus, quod illius personæ præstatur, nequaquam hoc ad alium debet pertinere:

25 nisi tamen imperialis benignitas liberos comprehendat, ut factum *in l. 1. cod. de privil. eorum qui in sacris palat. lib. 12.* ubi patri data immunitas extenditur ad liberos & nepotes: uti ad uxores ac filios Medicorum & Professorum vocatio à muneribus extenditur *l. 3. cod. Theodos. de Medicis & Profess.* Similiter beneficium competentiæ patrem concernens, licèt ad hæredem non transeat *l. Maritum 12. inf. soluto matrim.* aliis tamen competit ex alio matrimonio *l. & filios 18. d. t.* Et prærogativa concessa mulieri in bonis mariti, ante alios creditores hypothecarios, etsi hæredi non competat, filiis tamen est concessa *l. assiduis cod. qui pot. in pign. hab.* Eâdem ratione, quâ ad hæredem non transit privilegium personale, ita nec fidejussor eo utitur *d. l. 7. de except. l. etsi 24. cum l. seq. cod.* quia personam transiret *contra d. l. 196.* Et hæc ita in iis, quæ personæ intuitu dantur.

26 Aliud juris est in Privilegiis, quæ locis aut civitatibus sunt data generaliter, quia ea sic dantur, ut ad posteros transmittantur *l. 3. in fine, & l. 4. §. Quamquam in fin. de censib.* cùm loca non extinguantur. Idem dicendum de privilegiis datis alicui dignitati aut officio: uti & in iis, quæ data sunt rei aut caussæ; nam hæc ad hæredem transeunt *d. l. 196.* cùm, ut rectè ait Paulus *d. l. 68.* ubi genus actionis beneficium desiderat, ibi ad quemvis persecutio ejus devenerit, non deficit ratio auxilii. Hujus ordinis est beneficium S. C. Velleiani, quod mulieris gratiâ introductum hæredibus ejus adversùs creditores datur *l. Heredes cod. ad S. C. Vellejan.* Cujus etiam ordinis est S. C. Macedoniani beneficium, & quod datur minori circumscripto *d. l. 7. de except.* ubi & fidejussoribus ejus illud accommodari dicitur. Sic & tempus, quod judicato, id est condemnato, datur, cùm caussæ magis quàm personæ præstituatur id beneficium, hæredibus, & cæteris, qui in locum ejus succedunt, tribuitur *l. Tempus 29. inf. de re judic.*

27 Dicta de effectu Privilegii obtinent, donec integrum fuerit, non amissum. Amittitur variis modis, *de quibus latè* Felin. *ad c. Cùm accessissent, de constit.*

colligere est, & usus respondet. Secundò, si subsit periculum animæ; quo modo dispositio juris civilis super usuris & usucapione rejecta est a Canonibus, ut alibi dicetur.

60 Ut autem Princeps abrogat legem suam, sive eidem derogat, ita & super ejus obligatione valide dispensat in particulari, non tantùm, si caussa subsit, sed etsi desit. Covarr. *ii de matrim. c. 6. §. 9. num. 20.* Dependet enim lex ex voluntate eam ferentis, quâ revocatâ, sive in totum, sive respectu alicujus, eatenus & cessabit ejus obligatio. Non tamen extra peccatum videtur esse, etiam mortale in suo genere dispensans sine caussa; quia Principi intendendum est in bonum commune, cui detrimentum adfert dispensatio legis sine caussa. Covarr. *de loco n. 16.* Nec rectè objicitur, quòd stante caussa non sit opus dispensatione, ex eo, quòd eatenus cesset lex. Nam cùm illam caussam tantùm contingat cessare negative, lex nihilominus servanda, donec ejus vinculum auferatur per superiorem.

61 Contingit præterea mutari legem per interpretationem: quæ ut legis vim habeat, non nisi à Principe facienda, de qua videtur agere *l. fin. Cod. hoc tit.* Ubi dicuntur leges ab eo interpretandæ, cui eas condere concessum: quod & habetur *in c. Inter alia ii de sent. excommun.* Valet & interpretatio ex usu desumpta, cùm dicatur optima legum interpres consuetudo *l. si de interpretatione 37. h. t. c. Cùm dilectus ii de consuet.* Est & concessa interpretatio prudentibus, ut Professoribus, qui, quatenus eo munere probe funguntur, commendantur, *l. ult. C. de Profess. lib. 12.* Quæ ideo necessaria est, quandoquidem ea sit humana conditio, ut non possit quis tam perspicuis verbis sensum animi explicare, ut non relinquat locum ambiguitati: præsertim in lege ferenda, quæ breviter & in generali concipitur, & in cujus explicatione ad varios casus in particulari oriuntur varia dubia, quæ requirunt judicium & declarationem prudentium. Hæc licet habeat magnam auctoritatem, hodie tamen, propter defectum potestatis non inducit obligationem, nec semper necessitatem, uti dictum *sup. Tit. 1.*

62 Est autem in interpretando primariò attendenda legislatoris mens *c. 6. ii de V. S.* ne, dum verborum attenditur proprietas, sensus amittatur veritatis *c. 8. ii d. tit.* Quò facit, quod ait Jurisconsultus, scire leges non esse earum verba tenere, sed vim & potestatem, *l. scire 17. hoc tit.* Et rectè *in l. non dubium, C. h. tit.* ait Imperator, in legem committere eum, qui legis verba amplexus, contra leges nititur voluntatem. * In dubio est interpretatio facienda secundùm verborum proprietatem, prout fert natura rei, de qua agitur & communis loquendi usus, qui proprietati verborum prævalet, ut tradit Alciatus *de verborum significatione lib. 3. num. 27.* & Felinus *in Proœmio decretal. num. 5.*

63 Potest autem lex quoad judicium & sententiam ferendam interpretando extendi ad casum lege non expressum, propter rationis similitudinem, quæ facit casum novum pro comprehenso suo lege haberi, ut tradit Tiraquell. *de retractu, p. 1 §. 2.* Glos. *1. num. 10.* Everardus *in loco a ratione legis.* Facit textus *in l. non possunt 12. & seqq. h. t.* ubi ex dispositione in uno casu facta procedere licet judici ad casum non expressum, stante eâdem ratione similitudinis & utilitatis, si aliter casus aperto jure decidi nequeat. Fallit ista extensio; Primò, si lex aliter disposuerit, neque enim similitudo legi expressæ prævalet, induceret enim correctionem legis antiquæ, quæ evitanda, nisi expresse inducatur per legem posteriorem, cùm sit stricti juris. Secundò, *

64 ut non procedat in lege pœnali extensio ex similitudine rationis. Cujus ratio est, quòd, licet recta ratio crimina puniri dictet, non cogat tamen ad hanc vel illam pœnam statuendam, quæ ex sola legislatoris pendet voluntate: & licet aliquam petat congruentem rationem, ea tamen non coget ad statuendam poriùs illam, quàm aliam. Unde rectè dicit Glos. *in c. In pœnis 49. de R. I. in 6.* in pœnis non argui ad similia, quòd non excedant proprium casum. Facit & *c. Odia, de R. I in 6.* ubi in odiosis mitior interpretatio sumenda, quæ rigorosa foret, si extensio admitteretur. Nec faciunt dicta modò de exceptione facienda ex ipsa ratione, ut ubi hæc reperitur, extensio sit admittenda; cùm pœnæ non pendeant omnino ab ipsa ratione, sed præcipuè à voluntate legislatoris, eas indicentis. Menoch. *2. Arbitr. casu 276.* Si tamen identitas rationis in casu non expresso militet, volunt extendi legem pœnalem, eò quod iste casus contineatur sub necessaria vi & ratione legis. Abbas *in c. fin. num 20 & ii. de rescript.* Covarr. *ad c. Alma p. 2. §. 4. n 7.* Tiraq *in tract. cessante caussa p. 1. n. 42.*

65 Quod & videtur dicendum in lege correctoria, quatenus ratio est intrinseca ad omnes casus, qui ex vi illius comprehendi dicuntur, ut in ea habeant connexionem necessariam in ordine ad justitiam & prudentiam legis: tunc enim ex vi illius rationis intelliguntur comprehensa etiam omissa; quia aliàs lex non videretur justa, si non foret adæquata suæ rationi. Quod non tantùm procedit, si ratio sit in lege expressa, verùm & non expressa, modò certò constet, eam esse rationem legis, quæ non

non habet effectum, quia scripta, sed quia in se talis. Videatur Navarr. *in can. Pœna, num 11. de pœnit. dist. 1.* Barbosa *ad l. si constante, num. 105. inf. soluto matrim.* Suarez *de legib. lib. 6. c. 3. & 4.* Non rectè dictis objiciuntur regulæ, quæ habent pœnas mitigandas non extendendas; nam sunt accipiendæ de extensione, per interpretationem non necessariam sive voluntariam, sine qua prudens dispositio & justitia legis conservari potest, & benigne accipi lex pœnalis. Secus est, quando ad justitiam legis istius extensio est necessaria, quæ non tam propriè dicenda extensio, quàm adæquata interpretatio legis, etiam servanda in pœnalibus; licet contra videatur velle Glossa, *in Clem. 2. V in ut. de ætate & qual. præficien.* Posset tamen illa videri loqui potius in casu priori, quàm posteriori.

66 Ut autem extensio legis admittitur ex caussa secundum dicta, ita & restrictio facienda ex ratione, ad evitandam injustitiam, & alia incommoda: ut rectè tradat Panorm. *in c. Suggestum 16 n. 2.* ꝟ *De appellat.* legem rectè restringi secundùm naturalem rationem, licèt non expressam, si aliàs foveret injustitiam. Si ratio expressa non sit adæquata verbis legis, ut quæ sunt generaliora, restringenda nihilominus lex ad terminos subjunctæ rationis, si adæquata fuerit, & intrinseca ac constitutiva proximi legis objecti, per quam meritò verba generaliora limitantur, cùm legislator aliud nihil videatur voluisse, quàm quod sub tali ratione complectitur. Si lex contineat rationem adæquatam, non poterit verborum ejus generalitas restringi: multò minùs, si nullam habeat adjunctam; quo casu satis erit, quòd legislator ita decreverit, cui quod placuit legis habet vigorem. * Quò spectat quòd Julianus

67 ait, *in l. non omnium 20. h. t.* Non omnium, quæ à majoribus constituta sunt, rationem reddi posse: uti subjungitur ex Neratio, ideo rationes eorum inquiri non oportere: alioquin multa ex his, quæ certa sunt, subvertentur. Quod non ita accipiendum, quasi deesset ratio, quæ statuentem movit; sed quòd de ea inquirenda Jurisconsulti parum fuerint solliciti, quorum responsa etiam non reddità ratio ne valerent, ut ait Seneca *Epist. 94* vel quòd talia sæpe negotia incidant, in quibus legislatoris voluntas debeat esse pro ratione, & ab illo quid certi definiendum, quod sequamur in negotiis, etiam alteroqui non æqualibus: ut videre est in septem testibus requisitis in testamentis, quinque in codicilis; cum potuerint requiri plures aut pauciores. Habet tamen & illa res suam rationem. Sic videmus in consuetudinibus contrarium ejus, quod uno loco receptum, alibi placuisse, non tamen sine ratione. Abutuntur istâ *l. non omnium* sæpe imperiti plerique, qui de ratione juris interrogati in iis etiam rebus, quibus ratio bona reddi potest, & est obvia, statim ad hanc legem confugiunt, ut proponendæ rationis incommodo se eximant.

De Consuetudine.

Ad L. de quibus 32. hoc tit.

68 Altera Juris species est jus non scriptum, quod ponit consuetudo. Quod nomen vel accipitur pro usu & frequentibus moribus, vel pro ipso jure, quod ex diuturno usu moribúsque nascitur. Quo modo hic accipitur, definitúrque Jus non scriptum tacitis utentium moribus introductum, *§. Ex non scripto, inst. de jure natur. & d. l. de quibus 32. h. t.* Aliam faciunt particularem, aliam universalem. Aliam item contra legem, cui contrarium inducit: aliam præter legem, quæ disponit super casu per legem omisso: aliam secundùm legem ei consonantem. Quæ postrema species non inducit jus non scriptum, aut novum vinculum, cùm sit tantum quædam observantia legis præsentis ejúsve executio: ut rectè dixerit Bald. *ad l. fin. C. quæ sit longa consuet.* consuetudinem secundùm jus non esse dispositivam, sed tantùm juris imitativam.

69 Ad justitiam consuetudinis requiritur primò, ut inducta sit à communitate, non quavis, sed ea, quæ sit capax potestatis legislativæ pro seipsa, vel saltem sufficiens, ut lex ei imponi possit, cujusmodi est civitas. Unde adserunt, solum populum, qui habet potestatem condendi leges, posse inducere consuetudinem, Bart. Jason. & alii *in d. l. 32.* Ubi non requiritur actu habeat potestatem, sed sufficit passiva capacitas. Necesse autem est, ut à majori parte communitatis observetur, aut ejus habeatur notitia, cùm in omni communitate, ad valorem actuum ejus, soleat sufficere consensus majoris partis ꝟ *de his quæ fiunt à majori parte cap.* nam quod major pars curiæ efficit, pro eo habetur, ac si omnes egissent, *l. quod major 19. inf. ad municip.*

70 Ubi hic consensus habeatur, oportet, adsit actuum frequentia & temporis diuturnitas. Actuum frequentiam requiri, patet ex definitione, quâ dicitur inducta moribus utentium; mores autem non sunt sine actuum frequentia: & ex nomine, quia consuetudo dicitur, quòd sit in usu communi, qui actus supponit.

Ubi

juò ampliori tempore in uſu fuerit. Bart *ad d. l. 32 um. 14.* * Oportet autem tempus iſtud ſit conti-uum; cùm *in d. c. fin.* ad valorem conſuetudinis quiratur, ſit legitimè præſcripta: qualis dici non oteſt, ſi antequam ſit perfecta, intervenerit actus rarius, qui populi conſenſum facit vacillare, gumento præſcriptionis, quæ interrumpitur a-u contrario.

Secundò requiritur, ſit rationabilis & bona. Ta-eſt, quæ non contradicit juri divino vel natura-*d. c. fin. §. fin.* quæ non præbet occaſionem pec-ndi, & communitati eſt utilis: aliàs irrationabilis t judicanda, & rejicienda ut impoſſibilis, quæ n obligat. Qua in re cùm certa regula dari ne-eat, judicis arbitrio res ea relinquenda. Gloſ. *c. 1. rationabilis de conſtitut. in 6.* Menochius 2. *Ar-r. caſu 82.*

Tertiò, ut non ſit abrogata, aut prohibita, aut probata. Abrogatur, quando præexiſtens revo-tur per legem ſupervenientem, vel expreſsè vel clauſulam generalem, *non obſtante &c.* quæ fre-enter adjicitur, & abrogat tantùm conſuetudi-m ſtantem, non etiam prohibet futuram, Gl. *m. ſtatutum, V. conſuetudine de elect.* Odioſa enim iſta abrogatio, ut non debeat extendi ultra ver-, & contraria conſuetudo poſtea introducta te-ur, ſi ratio eam commendet. Prohibetur conſue-o, quando impeditur, ne inducatur: quo non ſtante induci poterit, ſi ſubſit ratio. Reproba-quando judicatur, irrationabilis, qualis non tolcranda.

Quæritur, an conſuetudo abrogata, reprobata, ſtea inducta valeat? Abrogata validè poſtea in-itur: uti & legem abrogatam de novo rogari implicat, ſi ita videatur expedire. Idem dicen-n de prohibita, quòd videatur tantùm pro iſto pore impediri: ut ex nova cauſſa introducta ſit ſuſtineri, ut *in l. 3. §. divus inf. de ſepulchro* Ubi prohibetur, ne quis in urbe ſepeliatur, hibitis unà contrariis ſtatutis municipalibus, d eo tempore ita judicabatur expedire: cujus en hodie contrarium inductum paſſim ſervatur ſuetudinem, cùm ideò ſit reprobata, quia irra-abilis, dicendum eam induci non poſſe, qua-s cauſſa eſt perpetua. Qua de cauſſa improba-conſuetudo dandi quid pro ingreſſu, per *Extra-r. de ſimonia*, cùm non poſſit dari juſta ratio, nitatur, & poſſit valida eſſe. Dico, perpetua, aliàs per novam cauſam ſupervenientē poſſet iniquitas, quæ ei videbatur adeſſe eo tempo-quo lex eam ut iniquam reprobabat. Covarr. *var. reſol. c. 13. num. 4.*

Quæri hic poſſet, an conſuetudo irrationabilis excuſet à pœna? Non videtur, ſaltem per modum abrogationis: nam cùm ejuſmodi conſuetudo non poſſit abrogare legem, *d. c. fin.* non poteſt etiā eam tollere quoad pœnam, quia & eatenus ei eſt contraria, & irrationabilis nihil operatur. Per mo-dum tamen circumſtantiæ videri poſſet facere ceſ-ſare pœnam, ſaltem fori exterioris, in quo aliqua ratio eſſe poteſt. Nam ex publica peccandi conſue-tudine tolerata reſultat ordinariè aliqua ignoran-tia, quā tale delictum minùs grave vel deforme ex-iſtimatur, ut reatum pœnæ minuat. Dat & mul-titudo peccantium occaſionem non exſequendi pœnam, *c. 2. de temp. ordin.* Aliud in foro interio-ri, quòd eo in foro non ſit minus peccatum, imò potiùs aggravetur per temporis diuturnitatem, *c. fin. hoc tit.* Covarruvias *ad c. quamvis de pactis in 6. §. 7. num. 24.*

83 Item, an ad conſuetudinem requiratur ſcientia Principis? Neutiquam deſideratur ſpecialis ejus ſcientia, per *d. c. fin.* in quo tantum duæ requirun-tur conditiones, ſcilicet ſit rationabilis, & legiti-mè præſcripta. Ut ex eo capite ſatis intelligatur, ignorantiā principis non obſtare, quò minus con-ſuetudo teneat & ſine fundamento ſpecialem ejus ſententiam aut conſenſum deſiderari, cùm ſufficiat non contradicat, Abbas *in d. c. fin. num. 1.* Quod & ſatis patet ex *c. 1 de conſtitut. in 6.* ubi dicitur, Pontificem probabiliter ignorare locorum conſue-tudines & ſtatuta, ut citra ejus ſententiam præ-ſupponantur valere. Joann. Faber *in § ex non ſcri-pto n. 8. inſtit. de jure natur.*

84 Titulus ad eam non deſideratur, cùm inter con-ditiones, *d. cap. fin.* requiſitas, non ſit titulus; & præterea fundetur in conſenſu populi, qui ex per-miſſione principis ſaltem tacitâ eam inducere po-tuit. Non obſtat, quòd præſcriptio ſine titulo & bona fide non procedat, cùm currat contra invitū, Gl. Abb. *d. c. fin.* Promulgari conſuetudinē non eſſe neceſſe, ex eo patet, quòd præſupponatur publica & notoria, ut aliâ promulgatione non indigeat, cū quæ certa ſunt non indigeant aliâ certioratione.

Sed quæritur, an conſuetudo ſit probanda? In ſcriptis redactam publicâ auctoritate non indigere aliâ probatione certum eſt, cùm ſcriptura iſta po-nat perfectam probationem. Gail. *lib. 2. Obſ. c. 31. n. 17.* Idem eſt, ſi fuerit notoria. Aliàs, cùm in facto conſiſtat, probanda eſt ab eo, qui eam allegat; ex communi regula, quâ allegantι incumbit probādi onus: idque per teſtes, qui deponant de uſu & fre-quentia actuum, & quidem per duos, *l. ubi num inf. de teſtib.* cum in ore duorum aut trium conſi-

stat omne verbum, Bart. *ad l. 2. n. 30. Cod. Quae sit longa consuet.* In multis tamen curiis harum Provinciarum, & aliorum locorum, consuetudo est probanda per testes decem, & per turbam, ut loquuntur Pragmatici, non examinatis singulis, sed omnibus simul, uno eorum referente.

85 Quaeritur item, an unius Doctoris assertio sufficienter probet consuetudinem? Quod vult Bart. *ad d. l. de quibus, h. t. Lect. 2. n. 21* quia peritis in arte sua sit credendum; quem & alii sequuntur. Non caret tamen dictum ejus dubio, quòd ea quae facti sunt prudentissimos quosque fallant, *l. 2. inf. de juris & facti ignor.* Quo modo à Bartolo optimè recedit Jason. *d. l. de quibus n.* 8. unius assertione non contentus; quâ de re videatur Mascard. *de probat. concl. 426. & concl. 528. n. 6.* Cravet. *consil. 166. n. 9.* & Gabriel. *lib. 1. comm. opin. tit. de probat. concl. 4.* Mynsi. *cent. 5. obser. 96.* ubi plures citat, & secundum sententiam Bart. ut communem scribit judicatum in Camera. Aliquibus tamen probata Bartoli opinio in casu, quo nulli contradicant, vel dictum unius gravibus conjecturis adjuvetur.

86 Quaeritur denique, an sit de consuetudinis substantia non scribi? Ut substantia legis non consistit in scriptura, sed in expressa sanctione, ita & consuetudinis in tacita inductione: quomodo in scripturam redacta manet nihilominus jus non scriptum, cùm scriptura ejusmodi tantum deserviat ad memoriam & probationem faciliorem. Unde Feudorum usus, licet scripti, jus scriptum non ponunt sed manet in terminis consuetudinis, ut tenet Bart. *in d. l. de quibus, n. 8.* Redacta in scriptis ab habente potestatem condendi legem, posset videri desinere esse consuetudo, & fieri jus scriptum, modò ea fuerit mens mandantis in scriptum redigi: nam alias retinebit vim consuetudinis. Quamvis etiam

87 dici posset, eo casu manere nihilominus consuetudinē inspecta origine, propterea quòd non repugnet, esse quid inductum tacito populi consensu, & lege simul probatū, ut patet *ex c. 3. qui matrim. accus. poss. & c. 2 de prab. in 6.* ubi Pont. consuetudinē approbat, & vult nihilominus eam servari: atque ita unum & idem firmatur duobus vinculis, quae tendunt ad eundem finem, ut superveniens compatiatur prius *argumento §. Ex contrario, instit. de legat. & l. 5. inf. ad l. Falcid.* quatenus tamen consuetudo erat perfecta: nam si per legem ejus introducatur observantia, pertinebit potius ad jus scriptū.

88 Positis praedictis requisitis consuetudo erit justa, & consequenter eumdem consequetur effectum, quem habet lex, scilicet, obligare ad sui observantiam, ut patet *ex d. l. de quibus, & toto tit. de consuet.* *& in 6.* Ratio & vis hujus ponitur in consensu populi; qui an suffragio declaretur, an rebus ipsis & factis, nihil interest. Facit, quòd consuetudo sit quaedam lex, ab eadem potestate & jurisdictione procedens, scilicet Principe & populo, licèt in modo inducendi differat, qui non variat rationem obligandi.

89 Nec rectè quis objecerit, quòd populo desit potestas ad istum effectum, ex eo, quòd omnem auctoritatem in principem transtulerit: nam firmat hoc populi factum tacitus principis consensus, quem sufficit non contradicere, uti supra dictum.

90 Non obstat etiam, quòd dicatur consuetudo in facto consistere, & probanda esse; ut non videatur ponere jus, quod notorium est, & probatione non indiget: nam hoc verum est quoad ipsum fundamentum, & modum eam inducendi, qui est facti, quo perfecto ponitur jus *l. pen. hoc tit.*

91 Et hoc quantum ad subditos: nam, ut lex extra territorium non extenditur, ita nec consuetudo; atque ita regiae civitatis consuetudo non obligabit reliqua oppida, quia respectu illorum non gerit se ut superior: quando saltem illa suam legem aut consuetudinem habent, nam si ea careant, sequen-

92 tur eam, quae est urbis regiae.* Quo modo intelligendus *§. finalis instit. de satisdat.* quatenus civitas potest vicina loca, quae sunt de ejus districtu, obligare, Bart. *ad d. l. 2. q. 36.* ubi tradit, quid juris, quando locus aliquis postea unitur civitati vel provinciae, an debeat sequi ejus consuetudinem? Et resolvit, translationem factam à Principe facere, ut sequatur ejus loci, cui unita est, consuetudinem, quòd translatio videatur perfectè facta, ut quod est juris in principali, idem & sit in accessorio, *l. non tamen 17. inf. de excusat.* Secus vult, si translatio non sit facta per Principem, nisi tamen transiverit in districtum & jurisdictionem loci alterius. Vid. Losaeus *de jure univers. p. 3. cap. 14 n. ult. & cap. 15. n. 28.* Quantum ad forenses, obligantur eo modo servare consuetudinem, quo legem.

93 Obtinet & effectus consuetudinis in conscientia, ut habetur *can. de his, dist. 11.* ad instar legis, sub peccato etiam mortali, pro materiae gravitate.

94 Habet etiam consuetudo vim legi non tantùm derogandi, sed & eam abrogandi, sive sit civilis *d. l. de quib.* sive etiam canonica, *c. fin.* *& de consuet.* cùm nec desit populo ea potestas, nec voluntas. Prius patet, quia, ut habet potestatem eam inducendi, conivente principe, ita & abrogandi ejus legem, ne jura sint in incerto. Posterius patet ex actibus, qui indicant voluntarium consensum, positis tamen requisitis, de quibus suprà.

Non-

Non obstat huic decisioni primò, quod habet Isidorus *can. 5. dist. 1:* scilicet, consuetudinem esse pro lege, ubi lex deficit; quasi, quando lex est super aliqua materia, consuetudo induci super eadem nequeat. Sed dicendum, illum locum accipiendum esse de consuetudine, quæ præviæ legi consonat, qualis non statuit ius novum. Quando autem legi est contraria, facit eam deficere, quia non versatur circa idem, sed circa oppositum: vel, ut tradit Bart. *ad d. l. de quibus Lect. 2. n. 6.* illa verba accipienda de consuetudine per legem reprobata, quæ legem non vincit: quòd faceret, si non esset reprobata.

Non obstat etiam, quòd non possit consuetudo dici rationabilis, quæ est legi contraria; quasi hoc ipso videatur esse contra rationem, cùm lex sit bona & rationabilis: ut actus ei contrarii non possint nō esse mali. Dicendum enim, contrarios actus videri malos, tamquam prohibitos; non tamen eos concurrere, ut caussam sed ut indicium voluntatis populi resilientis à lege priori, & iudicantis eam sibi minus convenire. Unde tandem resultat id, quod non est malum, scilicet, ut sublatâ lege per actus sequentes inducatur consuetudo, in modo quidem peccans, non etiam in substantia. Castrens. *ad d. l. de quibus, n. 17.* Vel dici potest legem esse rationabilem, non tanquam necessariam, sed tamquam convenientem propter aliquos respectus; quibus non obstantibus abrogatio eius per consuetudinem potest esse rationabilis, propter alios respectus honestos & convenientes: quo modo & abrogatio legis prioris, licèt utilis & rationabilis, per posteriorem non tamen ideo dicenda irrationabilis.

Negotium videtur facessere *l. 2 Cod. quæ sit longa consuet.* ubi consuetudo dicitur non prævalere legi aut rationi. Verùm dicendum, Imp. ibi loqui de consuetudine non habente conditiones requisitas: ut sensus sit, consuetudo non est tantæ auctoritatis, ut legem tollat, nisi sit rationabilis & legitimè præscripta: quæ exceptio colligitur *ex d. l. 2.* in verbis, *non usque adeò sui valitura momento*, hoc est, vi suâ & potestate: & clarius *ex c. fin. X de consuet.* ubi videtur Pontifex *d. l. 2.* interpretari subiectâ exceptione, nisi sit rationabilis, & legitimè præscripta. Cuius interpretatio videtur potius amplectenda, quàm aliorum Interpretum, adsignantium alium dictæ legi sensum. Vid. Duaren *D. h. t. c. 12. ad d. l. 2.* Gregor. Lopez *animad. jur. lib. 1. cap. 5. & 8.*

Non obest denique *l. 3. §. Divus, inf. de sepulchro viol.* ubi non valet statutum contra legem iam positam: quia ibi agitur de statutis, quæ fiunt ab inferioribus, quos oportet superioris legi parêre, nil autem contra eam statuere. Aliud est in consuetudine, cui rationabili, licèt contra suam legem, videtur tamen deferre legislator: per quàm, cùm tacitè inducatur, minus peccatur; quàm per statutum, quod expressam continet legis abrogationem; non sine contumacia, quam non habet tacita inductio. Contingit enim expressa improbari, quæ non expressa admittuntur, *l. nonnumquam 52. de condit. & demonstrat.*

9 Ad hunc effectū spectat præterea, quòd per consuetudinem induci possit, ut lex, quæ non obligabat ad mortale, ad illud obliget, & contrà: potest enim legem ampliare, & ei derogare, quod minus est, cùm possit abrogare; fūdatur enim in humano præcepto.

Ubi quæritur, quantum temporis requiratur ad istum effectum? Sunt, qui requirunt immemoriale; sine ullo tamen fundamento: ut verius sit idem sufficere, quod ad inducendam, cùm iura civilia nusquam distinguant, sed simpliciter ad valorem consuetudinis requirant tempus congruum *d. l. de quibus.* Et hoc ita in lege civili; nam, quid in ecclesiastica obtineat, traditur *tit. decretal. X de consuet.*

10 Quæri hìc posset, an consuetudo extendi possit ad actus similes? Si quæramus de consuetudine præter ius, inducente ius novum, non minùs ea extenditur, quàm lex, *arg. l. nam ut ait Pedius 13. h. t.* ex ratione *l. non possunt 12. eod.* Si verò de abrogante legem scriptam, neutiquam ea extendenda est ad casum similem, ad corrigendum ius commune: nam uti legis correctoriæ extensio non admittitur ad casum similem, quòd sit odiosa, & sic stricti iuris strictéque intelligenda, ita & consuetudinis correctoriæ extensio minimè admittenda in correctionem iuris communis per subauditos intellectus, ut rectè tradit Jason. *in d. l. de quibus n. 14.*

Est & consuetudinis effectus, irritare contractus, inhabilitare personas, impedimenta matrimonii inducere, & contrà illa tollere, ut traditur lib. IV. Decretalium.

10 Spectat denique ad effectum consuetudinis, interpretari legem; cùm & tollere eam possit, & de novo inducere. Hinc *in l. si de interpretatione 37. h. t.* consuetudo dicitur optima legum interpres: & *in l. nam Imperator 38. eod.* JC. in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem ait vim legis obtinere.

11 Dicta de effectu consuetudinis vera sunt, quatenus consuetudo est in vigore, non abolita per desuetudinem, non revocata per legem posteriorem: ut enim lex prior revocatur per posteriorem, ita & consuetudo per legem *l. 3. §. Divus de sepul. violato.* * Istam potestatem revocandi consuetudinem

esse in principe, non est dubium: & vult manifesta ratio, cùm consuetudo vires non habeat, nisi ex voluntate principis, saltem tacita; atque ut in eius potestate fuit non consentire, ita & postquam tacitè consensit, dissentire. Deinde cùm possit legem, expressâ voluntate positam, revocare, quidni & consuetudinem, tacitâ voluntate introductam.

104 Sed obiicitur *c. 1. De feudi cognit. lib. 2.* ubi dicitur, legum Romanarum non esse vilem auctoritatem, sed non adeò vires suas extendere, ut usum vincant aut mores. Quem textum videtur Cuiac. ibi accipere de consuetudine firmata iudicio contradicto: verum minùs rectè, cùm & talem consuetudinem revocari per legem supervenientem nihil impliceat, propterea quòd lex etiam tali consuetudine sit potentior, nixa scilicet expressâ voluntate principis, quæ potior est tacitâ, secundùm iam dicta. Imò etsi consuetudo per Principem approbata fuerit, nihilominus obrogationi est obnoxia, uti lex ab eodem lata. Neutiquam autem textus ille intelligendus est de legibus, quæ postea possent ferri à superiori potestate, super materia feudali; nam tales non minùs tollerent consuetudinem priorem in ista materia, quàm in communi. Rectiùs itaque cum Cuiacio *d. loco* textum istum feudalem acceperis de legibus generalibus, quæ licet aliter disposuerint in materia communi, non habent tamen locum in feudali, in qua propriæ suæ sunt consuetudines, eæque servandæ. Sic licet jure communi parentes succedant liberis, filiæ unà cum filiis, frater fratri, non tamen ita in ista materia, ut tradidimus aliàs *in tract. de Feudis c. 10.*

106 Quod dictum de revocatione consuetudinis per legem posteriorem, verum est non tantum si lex contineat clausulam expressam, quâ aboletur consuetudo, verum etiamsi non contineat, si tamen talis, quæ non compatiatur consuetudinem ex voluntate legislatoris. Quo modo universalis lex subsequens faciet revocari universalem consuetudinem, ut patet ex *c. 1. de constitut. in 6.* ubi dum præsupponit Pont. se ignorare particulares consuetudines, indicat se scire universales, easque contraria lege tollere. Ubi nihil faciet, quòd consuetudo sit immemorialis, quia ut talis non videtur habere majorem vim, quàm habet lex posita; quæ ut tollitur contrariâ lege, ita & consuetudo.

107 Disputatur autem hìc, an lex generalis subsequens tollat specialem loci consuetudinem, cui est contraria? Affirmant aliqui id procedere jure civili, ut videre est apud Bartolum, *d. l. de quibus Lect. 1. n. 5. in fine*: & probatur per *d. l. 3. §. divus de sepult. viol.* quæ dicit principalia rescripta generalia esse, & in omni loco debere valere; ut per ea recedatur etiam à statuto municipali, quod legi contrarium disponit. Postea tamen idem Bart. *in Lect. 2. ejusdem l. n. 5.* generaliter resolvit, consuetudinem priorem specialem non tolli per legem generalem subsequentem: allegans ad hoc *d. c. 1.* per quod patet, jure canonico per constitutionem generalem subsequentem non tolli specialem loci consuetudinem: & subjungitur ibi ratio, quòd scilicet legislator non censeatur scire facta particularia, ad quæ spectant particulares locorum consuetudines: cùm, ut ait Imp. *l. 2. si quid autem C. de vet. jure enucl.* omnium habere memoriam divinitatis magis sit quam humanitatis. Ut non censeatur eas revocare velle, nisi earum factâ expressâ mentione. Ubi volunt etiam sufficere subnexam clausulam, *non obstante contraria consuetudine,* vel *nulla in contrarium valente consuetudine,* per text. *in Auth. Navigia C. de furt.* in verb. *Sublatâ penitus omnium locorum consuetudine.* Supradicta ratio cùm & jure civili obtineat, eadem decisio etiam obtinere in eo dicenda. Nihil obstante *d. §. divus*, quia primò non loquitur de consuetudine, sed de statuto. Deinde admisso, idem obtinere in consuetudine, dicendum ibi agi, vel de ea, quam scit Princeps obtinere, vel potius de ea, quam expressè princeps voluit tollere, ut ibi ex textu patet. Vide Covarr. *lib. 3. Var. Resol. c. 13. n. 4. circa finem.*

108 Quod dictum de lege abrogante consuetudinem, idem dandum contrariæ consuetudini supervenienti, quòd scilicet priorem tollat: legi enim comparatur, modò suas habeat conditiones. Ubi videtur sufficere tempus decem annorum, quod satis esse diximus ad abrogandam civilem legem. Restaret aliquid dicendum de statutis, sed de iis agemus in Tit. sequenti.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 3. de Legibus.

Imperator an recessibus Imperii solutus sit? vid. Carpz. *r. in Capit. Imp. c. 12. n. 9. & seqq.* quem allegat Besold. *in thes. pract. verb.* Reichs Abschied.

Ad n. LIX. Regulæ quas supra ad n. 6. d. J. & J. posui, addantur sequentes: Reg. 1. Quando aliquid est jure

est jure civili definitum, & non jure canonico, standum est juri civili, etiam in foro canonico. Menoch. *lib. 2. arb. Cas. 185. n. 12. Reg. 2.* Cùm jus canonicum & civile inter se pugnant, jus civile servari debet, in foro Imperii ius canonicum verò in terris Ecclesiæ. Philip. Dec. *in c. Clerici in princ. de Iud.* & Idem *consil. 412. n. 6.* sed hanc regulam tantùm de iis causis & rebus intelligere oportet, quæ non concernunt animam: Item de eo casu, quando utrumque ius est rationabile, & sine periculo animæ servari potest, ut notat Modest. Pist *Cons. 41. n. 6. vol.* Aliud enim est, si tractetur de peccato vitando & de casibus conscientiæ. Tunc enim quando est discrepantia inter Jus canonicum & civile, potiùs stabimus constitutionibus Juris canonici, non solùm in terris Ecclesiæ, sed etiam in universo terrarum orbe: quasi hic cedant LL. Imperii sacris canonibus, ut probat Modest. Pist. *cons. 49. n. 11. vol. 1.* Quanquam Petro Ferrariis *in Pract. Papiens.* in forma Respons. rei conventi, verb. præscriptionis *n. 28. pag. Edit. Lugdun. 99.* hæc ratio, quod ideo secundùm Jus canonicum sit iudicandum, quia agatur de peccato vitando, non placeat, dicit enim: In contractibus, si intervenit deceptio, in re vel in pretio, etiam vertitur animæ periculum, nec tamen ideo in iis semper est sequendum Jus canonicum, *&c Reg. 3.* Si diversum Jus statuatur, in foro seculari & canonico, Judex secularis servat suum Jus, & Spiritualis quoque suum. Sed si in altero foro Jus illud sit æquius, tunc etiam ad forum deducendum est Ioh Sichard *ad l. placuit n. 3. c. de Iudic.*

Ad n. LXII. LXIII. Quomodo lex sit interpretanda? Et quid statuendum de antinomiis, cum in Iure civili tum vid. aliis? eleg. Schot. *in exam. Iurid. pag. 26. & 27.*

Ad l. ex quibus 32. h. t. hæc addo: statuta & consuetudines locorum, heylsame Ordnungen/ gute erbare Gebräuch vnd redliche wolhergebrachte Gewonheiten (ad unguem sunt observandæ & ad litteram quod ajunt Pd. & Bart. *in l. omnes populi de I. & I.* Bald. *in l. maximum vitium n. 15. C. de liber.* præter. Alci *Consil 32. n. 5.* & *cons. 41. n. 3. vol. 7.* & *consil. 196. n. 2. lib. 6.* Et Iudices, secundùm cuiusque regionis, Ducatus, Comitatus, civitatis aut loci, singulares consuetudines & statuta iudicare debent, ne contra faciendo, litem faciant suam & in Syndicatu teneantur. darauff auch des Käys. Cammergerichts Assessores schweren müssen. *Auth. Iubemus C. de Iud.* Guil *1. obs. 36 n. 12. & 2. obs. 31. n. 2.* Adsessores enim Cameræ Imperialis, quando in numerum Assessorum recipiuntur, in specie iurare tenentur, quod secundùm Imperii constitutiones, secundùm Ius commune, & laudabiles locorum consuetudines, nach redlichen/ erbaren vnd Landischen Ordnungen Statuten vnd Gewonheiten / iudicare velint, prout expressè habetur, in forma Juramenti Adsessorum *l. 1. Ord. Cam. tit. 57.* quia consuetudines & statuta locorum pro Iure communi habentur, in illis locis, in quibus vigent Gail. *d lib 2. obs. 36. n. 13.*

Consuetudinis malæ ac reprobatæ varia exempla collegit Weh, *in obs. Pract. verb.* Gewonheit *p. 23. &* *seqq.* ubi vide.

TITULUS IV.

De constitutionibus Principum.

SUMMARIUM.

1. *Lex regia quæ, & quando lata.*
2. *Legem condere solius est Principis.*
3. *Constitutionum principalium divisio.*
4. *Epistolæ quid?*
5. *Decretum Principis est sententia sive definitiva, sive interlocutoria.*
6. *Intellectus* l. 2. cod. de Legib.
7. *Sententia interlocutoria Principis facit jus generale.*
8. *Quod intelligendum de quolibet Principe non recognoscente superiorem.*
9. *Requisita ad effectum sententiæ principalis.*
10. 11. *Edicta & mandata Principum quæ dicantur.*
12. *Legem interpretari quatenus dicatur esse solius Principis.*
13. *Constitutiones personales quæ dicantur.*
14. *Ad earum sive privilegii substantiam, an requiratur scriptura.*
15. *Privilegia à quibus concedantur.*
16. *Privilegium dat consuetudo.*
17. *Privilegium aliud Reale, aliud Personale.*
18. *Privilegium in dubio quale.*
19. *Privilegium item aliud perpetuum, aliud temporale.*
20. *Effectus constitutionum temporalium, sive privilegiorum.*
21. *Privilegia strictè interpretanda.*
22. *Intellectus* l. Beneficium 3. h. t.
23. *Privilegia personalia non egrediuntur personam.*
24. *Extinguuntur deficiente persona.*
25. *Nisi concedens comprehendat & liberos.*

SUb populo libero legibus ejus erat sua vis ac majestas; quod enim is jusserat, ratum erat: verùm ubi rebus sic dictantibus, per partes, id est factiones, quæ aliquibus Reip. invadendæ locum dederunt, *l. 2. §. Novissimè de orig. juris*, in unius ditionem imperiumque concessit, in usu cœpit esse hæc pars, quæ constitutiones Principum appellantur, penes quos solos erat potestas disponendi res urbis, ut quod constituissent, jus ratúmque esse deberet.

1 Translata hæc potestas in Principem dicitur lege regiâ, quæ de imperio ejus lata *l. 1. h. t.* de qua satis incertum, quænam illa fuerit, & quo tempore lata. Nam sunt qui conceptam legem volunt, non etiam latam. Alii opinantur, numquam populum spontè, & expressè in Cæsares suam istam potestatem transtulisse; sed illos partim armis, partim astutiâ Romanum Imperium invasisse. Uti & incertum, an ab initio lex una lata fuerit, quæ omnem deinceps Imperatorum potestatem generaliter firmarit, & Imperium a populo Romano perpetuò in Principes transtulerit, quam sententiam adstruisse videtur Coras. *lib. 6. Miscell. c. 8.* Cui videntur respondere tradita à Justiniano *Inst. de jure natur. §. Sed & quod Principi & d. l. 2. §. Novissimè sup. de origin. juris, item l. 2. §. Sed & hoc Cod. de jure veteri enucl.* Historiæ tamen veritati videtur magis congruere, consuevisse ejusmodi legem in singulos Principes, mox ut ab exercitu consalutati Imperatores, & à Senatu probati essent, ferri: non quidem pristino more, per tribus aut per rogationem populi (nam studiis tribuum aliquid fieri jam desitum erat) sed per Senatum ipsum, uti apparet ex Tacito *lib. 12. Annal. in fine*, ubi de Nerone consalutato Imperatore agens subjungit: *Et sententiam militum secuta Patrum consulta*: & *lib. 8. Hist.* de Othone agens, *Accurrunt*, inquit, *Patres, decernitur Othoni tribunitia potestas & nomen Augusti, & omnes Principum honores.* Maximè hanc sententiam promovet Senatusconsultum de Imperio Vespasiani factum, cujus fragmentum adservari in æde Lateranensi notat Ant. Augustinus *lib. de Legib.* Quò facit etiam, quòd ex Senatûs sententia legantur plerique Principes constituisse, & sua decreta à Senatu approbari curasse Nec faciunt quidquam loca in contrarium allata: nam ea videntur accipienda, quòd institutum fuerit lege istâ, ut Imperatores perpetuò quidem crearentur, qui Reip. curam gererent; non tamen per eandem in singulos Imperatores jus potestasque tota collata, quia non fuisset aliàs opus novâ lege in singulorum lectione.

2 Ut ut sit, solius est Principis legem condere, &, quod ei placuit legis habet vigorem, uti habet *l. 1. h. tit.* Quod accipiendum de tali Principe, qui sic animum suum instituit, ut nihil velit, nisi quod honestum est, & è re Reipublicæ futurum; cui nihil lubeat nisi quod liceat, & qui nihil præter jus aut fas edicat. Placitum etiam tale accipe, quod cum summa deliberatione conceptum: exemplo Alexandri Severi, quem tradit Lampridius *in ejus vita*, constitutionem nullam sanxisse, nisi adhibitis in consilium viginti Jurisconsultis, & aliis plurimis sapientibus discertissimis; quod justum, rationabile ipsi populo utile videretur, secundùm requisita ad legis justitiam, de quibus Tit. superiori. Nam ut nudæ voluntati Principis attribuatur vis legis secundùm illud vulgatum: *Sit pro ratione voluntas*, non tam est boni Principis quàm Tyrannis cui ut non est jus imperandi, ita nec ejus placitis est vis, sed tantùm placitis justis, ut quas constitutiones vocamus: quod nomen generale est significans jus omne, quod à Principe statuitur.

3 Constitutiones istæ principales, aut generales sunt, aut particulares. Generalium tria sunt genera: Epistola, Decretum, Edictum, ut colligitur ex Ulpiano *d. l. 1.* dum ait: *Quodcumque Imperator per epistolam & subscriptionem statuit, vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est, vel edicto præcepit, legem esse constat.*

4 Epistolæ sunt rescripta ad privatorum vel Magistratuum relationem consultationémve, quibus interpretatur legem, vel suam, vel naturalem; aut statuit, quid in negotio aliquo aut dubio sit servandũ hujus

hujus ordinis sunt vetustissimæ quæque constitutiones, à Justiniano in codicem relatæ. Habent autem eatenus Epistolæ seu Rescripta Principis vigorem legis universalis, quatenus directè decidit dubium aliquod Princeps, constituens illud rescriptum, tanquam regulam operationis. Unde oportet, non sit conceptum in peculiarem alicujus favorem, quia foret instar privilegii; vel ob particularem aliquam circumstantiam, quia nec tale rescriptum constitueret jus generale.

5 Decretum est sententia, in alicujus caussæ cognitione lata, sive ea sit definitiva, sive interlocutoria *d. l. 1.* De sententia definitiva non est dubium, quin habeat vim legis generalis, etsi in caussa particulari sit lata. Cujus ratio in eo consistit, quòd sententia Principis sit veluti regula, ad quam omnes inferiores judices tenentur se conformare. Neque enim exemplum & præjudicium principalis sententiæ debet leve haberi; nec à judicibus negligi, si per obreptionem extortum esse dici non possit: quæ suspicio tunc subesse posset, cùm absente alterâ parte quid est decretum. Vis ista sufficienter indicatur *l. finali cod. de legib.*

6 Obstare tamen videtur *l. 2. cod. d. tit.* ubi dicitur, statutum sive decretum à Principe generale jus non facere. Sed dicendum, ibi agi tantum de statutis ab Imperatore per modum privilegii, vel in gratiam alicuius personæ, propter peculiarem respectum aut specialem occasionem, ratione temporis aut loci, ut clarè insinuatur in verbis, *sed legem faciant his dumtaxat negotiis & personis, pro quibus fuerunt promulgata.* Et hæc ita, sive sententia sit iuris dispositiva, sive declarativa.

7 An sententiæ interlocutoriæ prolatæ per Principem eadem sit vis, ut faciat ius generale, dubitant aliqui per *l. 9. cod. de legib.* quæ habet, interlocutiones in uno negotio prolatas in commune nihil præiudicare. Idem tamen interlocutoriæ attribuendum esse, quod diximus definitivæ competere, patet ex *l. h. t.* in verbis, *vel de plano interlocutus*, cognitione scilicet præmissâ. Nam, licèt talis sententia sit interlocutoria respectu principalis, de qua agitur; non est tamen minor illi vis, quoad id, quod Princeps per eam proximè statuit ac declarat, ex cuius voluntate procedit utriusque sententiæ effectus; licèt faciliùs de mente Principis possit constare per definitivam, quàm per interlocutoriam. Nihil facit *d. l. 9.* cùm loquatur in negotiis, in quibus ex speciali caussa specialiter quid est statutum.

8 Dicta habent locum non tantùm in Imperatore aut Rege, verùm & in quolibet alio Principe, non recognoscente superiorem: nam ratio effectûs illius sententiæ non fundatur in Imperatoris aut regia dignitate, sed in legislativa iurisdictione suprema, ad quam spectat leges condere; quales etiam est aliis supremis Principibus Imò & idem competere potest Principibus inferioribus, qui alium superiorem recognoscunt, si illis ex concessione superioris liceat leges ferre salvâ tamen semper lege superioris, & iure communi. Sententia enim à tali lata ponet vim legis, aut etiam interpretationem legis prioris, modò non tangat legem superioris, quam non potest tollere aut lædere per suam sententiam.

9 Atque hæc de effectu sententiæ faciliùs procedent; Primò, si ex verbis eius constet, voluntatem Principis esse dicendi & stabiliendi certum ius; præcipuè quando per sententiam condit novum ius: quia sententia de se non est constitutiva iuris, sed declarativa, cùm de se cadat in factum præteritum aut ius acquisitum. Secundò, si talis sententia sit sufficienter proposita, sive publicata, tamquam communis regula decidendi similes caussas. Ubi videtur sufficere, ut per publicam famam sit vulgata. Extra omne dubium est sententiæ principali adesse vim legis, si corpori Iuris fuerit inserta, *l. 1. §. pen. in fine de novo cod. faciendo.*

10 Edictum ab edicendo dictum est, quod Princeps suo motu ad honestatem & utilitatem subditorum, more solemni, ut omnibus innotescere queat, observandum ponit: cuius appellatione Orationes in Senatu haberi solitæ contineri videntur. Differt à Rescripto, quòd illud legem generalem ponat, hoc non semper, sed plerumque sit personale. * Posset his addi quarta species, scilicet Mandata Principum, quæ præsidibus Provinciarum dabantur, secundùm quæ provincias gubernarent. Horum in Iure frequens est mentio, & Tit. *in cod. de mandatis Principum*, & *Novella 17.*

12 Itaque, quod Principi placuit legis habet vigorem, eiúsque solius est legem ferre: uti & illius esse dicitur, si quid fortasse obscurius in legibus positum est, patefacere *l. 9. cod. de legib.* & solo Imperatore dignum esse, interpretari legem, habet *l. fin. in fine cod. eod. tit.* Quod non ita accipiendum, quasi non liceat iudicibus aut Iurisconsultis legem interpretari, aut hoc faciendo in legislatorem, aut eius maiestatem quidpiam attentarent; cùm verba legum plerumq; nisi commodâ interpretatione ex æquo bono recipiant, aut, si minus strictè accipiantur, iniustitiam generent, iuxta illud: *Summum jus summa injuria*: sed accipiendum de

de tali interpretatione, quæ sit authentica, & habeat vim obligandi, ac necessitatem inducat ita intelligendi legem, etsi legis laræ mentem egrediatur. Vide Gudel. *de jure novis. lib. 5. c. 2.* & Franc. Suarez *lib. 6. de legib. c. 8. in fine.*

13 Personales constitutiones nihil aliud sunt, quàm jus quoddam singulare, in certæ personæ, aut certæ caussæ gratiam à superiore constitutum: aut est lex privata speciale quid concedens, unde & privilegium dicitur.* Ad cujus substantiam non desideratur scriptura, cùm sit lex, quæ scripturâ non indiget, & nullum sit jus positivum, requirens scripturam, sufficit enim voluntas concedentis. Ad cujus tamen probationem scriptura requiritur *c. Porrò 7. de privil.* cùm non credatur iis, qui privilegium sibi concessum adserunt, tamquam in propria caussa, secundùm illud agens, tutus sit in foro conscientiæ.

15 Conceduntur personales illæ constitutiones per eos, qui leges ferre possunt. Nam cùm sint privatæ leges (unde & Privilegia dicta) non possunt concedi nisi per eum, qui potest legem condere universalem, & ab illa recedere; quod solius est Principis, non etiam alterius, nisi ex Principis commissione. Hinc certum est, summum Pontificem & supremum loci cujusque Principem posse indulgere privilegia, contra leges á se statutas & contra jus commune; uti & alia beneficia concedere: cujus ordinis sunt induciæ solvendi, sive litteræ usu frequentes, quibus datur egenis debitoribus dilatio solvendi ad annum, biennium: quinquennium, quas moratoria rescripta vocant, de quibus plura dicentur infrà *tit. de except.* Similiter & licitum Principi relaxare crimina, condonare pœnas, *l. 7. cod. de precip. Imp. offeren.* Est & potestas concedendi privilegia Principibus inferioribus, proportionata suis legibus, si quas ferre possunt.

16 Consuetudini idem rectè attribueris, per tex. *in c. Novit. de privil.* in verbis, *Nisi fortè juri communi vel per speciale privilegium, vel contrariam consuetudinem quid sit decretum:* ubi æquiparatur consuetudo speciali privilegio, & per text. *in can. conquestus* ix. *q. 3.* Alex. *cons. 6. vol. 1.* Facit ratio, quòd consuetudo legem abroget: ut multò magis possit ei in parte prævalere, & dare licentiam agendi quid contra jus positivum, etiam sine sciëtia Principis: quam ne quidem ad consuetudinem legi contrariam tequiri dictum est antè Præscriptioni idem dari posse videtur, ut per eam privilegia acquirantur, postquà & alia hac viâ acquiruntur, ut jurisdictio, *&c.*

17 Sunt autem privilegia alia Realia, alia Personalia, ut apertè colligitur ex *l. Privilegia 197. al. 157. de R. I.* ubi Privilegia alia dicuntur esse Caussæ, alia Personæ. Quæ divisio sufficiens est, non obstante, quòd principaliter omne privilegium referatur ad personæ alicujus usum atque utilitatem. Neque enim semper i[mm]ediatè datur vel competit personæ, sed non rarò ac primariò rei vel caussæ, vel ejus tantùm intuitu personæ. Ut Reale privilegium sit, quod immediatè & directè alicui caussæ, rei, loco, muneri, conditioni distinctè à persona, est concessum, uti castro, oppido, Ecclesiæ, dignitati, officio. Personale verò, quod immediatè datum personæ ratione sui, eique cohæret: cujus ordinis est beneficium competentiæ, quod habet maritus, patronus, parens, donator. Et hoc ita, si verba privilegii sint absoluta, specialiter directa ad personá aut rem. Nam si quid addatur, per quod distrahatur verborum significatio, poterit ea mutari; veluti si detur Petro Episcopo, & successoribus ejus, erit reale privilegium, competens Sedi; è contra si Episcopo alicujus loci detur facultas aliqua, ratione eminentis scientiæ aut prudentiæ, non reale (licèt concedens nomine dignitatis sit usus) sed personale erit privilegium propter adjuncta, ut rectè tradit Abbas *in c. Mandata 6. n. 1. k de præsumpt.* * Si dubium fuerit, reale, an personale sit videndum, an sit odiosum, contra jus commune, aut tendat in alterius præjudicium: & censendum personale, quia odia sunt restringenda, ut scilicet non excedat personam, *l. 2. §. si quis à Principe inf. ne quid in loco publ.* Si verò favorabile fuerit, continens beneficium, nullius jus lædens, censendum erit reale, & permanens. 18

Est & privilegium aliud Perpetuum, quod adhæret rei de se perpetuæ, vel sine temporis limitatione conceditur: dictum ita, non quòd amitti non possit, sed quòd de se duret, quamdiu non revocatur Aliud Temporale, quod vel personæ conceditur, cui tantùm competit, & cum ea extinguitur, uti mox dicemus: vel datur ad certum definitumque tempus, quo lapso finitur, *l. Quoties 2. C. de precib. Imp. offer.* aut ad conditionem, in ejus eventum aut defectû. Sic concessum à Principe, quamdiu vivit, ejus morte revocatur, quòd voluntas ejus ultra se non extendat. Idem est in clausula *Usque ad beneplacitum meum*: nam & hæc virtute includit conditionem, dependentem à voluntate concedentis; quo mortuo ut voluntas non est, ita & cessat dependentia, atque ita & privilegium. Aliter se res habet, si concedatur ad beneplacitum Sedis: quia cùm Sedes sit perpetua, dicendum etiam perpetuum esse privilegium, donec revocetur, *c. Si gratiosè de rescript. in 6.* 19

Effectus constitutionum personalium, quas Privilegia vocamus, sive beneficia, est, quòd secundùm 20

dùm formam eorum procedatur, etiam cum derogatione juris, si aliàs forent inutilia, etiamsi illius derogationis non faciunt mentionem facienda enim interpretatio, ut constitutio potiùs operetur, quàm sit elusoria *l. 1. in fine inf. ad municip.* Nisi tamen jus commune resistat, cujus juris tum facienda mentio, vel in specie, vel sub clausula generali sufficiente ad derogandum isti juri. Card. *in Clem. 1. quæst. 3. de censib.* Et hoc, ne præsumatur privilegium per inadvertentiam indultum, aut per importunitatem extortum.

21 Ad interpretationem Privilegii quod attinet, ea strictè facienda: ut soli illi personæ aut caussæ competat, cui concessum, & ne quidem ex rationis identitate extendi possit ad alias personas aut caussas; nec prosit etiam quidquam ad extensionem rario correlativorum: propterea quòd efficacia privilegii non sit posita in ratione, sed præcipuè in voluntate concedentis, si aliud non pateat, vel ex caussa, vel ex verbis, vel ex juris dispositione.* 22 Cui rei videtur obstare *l. Beneficium 3. h. t.* quæ habet, Beneficium Imp. quòd à divina ejus indulgentia proficiscitur, quàm plenissimè interpretandū esse. Verùm ista lex procedit, quando privilegium spectat ad purum beneficium, quod cùm sit favorabile, venit latè interpretandum, maximè Principum, cùm idipsum congruat eorum liberalitati, & nemo per ejusmodi interpretationem lædatur. Eò facit communis regula, favores esse ampliandos, non tantùm in Principibus, verum in omnibus, qui beneficia largiuntur. Neutiquam *d. l. 3.* accipienda de privilegio derogante juri communi, quòd illud regulariter odiosum reputetur, ut interpretationem strictam sortiatur: uti & illud, quod continet tertii præjudicium, cujus juri non præjudicat Princeps, nisi ex magna & urgente caussa. Costal. *& Dd. ad d. l. 3.* Bald. *in l. si quando 35. num. 1. cod. de inoffic. testam.*

23 Sortiuntur itaque Privilegia strictam interpretationem, secundum quam personas comprehensas non egreditur; adeò ut ne quidem ad hæredes aut successores transeant. Quod omnino procedit in privilegiis illis, quæ sunt personalia *d. l. Privilegia 196. de R. Jur.* In omnibus enim caussis, ut Paulus ait, id observandum, ut, ubi personæ conditio locum facit beneficio, eâ deficiente beneficium quoque deficiat *l. in omnibus 68. d. t.* * 24 Personalia enim extinguuntur, deficiente personâ *l. 7. inf. de except.* Sive privilegium pupilli nec hæredi ejus datur, nec procuratori in remsuam *l. ex plurib. 42. inf. de administ. tut.* quod non caussæ, sed personæ, quæ privilegium meruit, succurratur. Similiter, quamvis patronus, ex debita parte institutus à liberto, fideicommissum à se relictum præstare non cogatur, ne pars ex legibus verecundiæ patroni debita minuatur *l. si patronus 20. de donat.* eo tamen institutionem omittente, is qui partem illam vindicat, fideicommissum præstare cogendus *l. cùm patronus 28. de legat. 2.* quoniam, ut ait Marcellus, quod illius personæ præstatur, nequaquam hoc ad alium debet pertinere:* 25 nisi tamen imperialis benignitas liberos comprehendat, ut factum in *l. 1. cod. de privil. eorum qui in sacris palat. lib. 12.* ubi patri data immunitas extenditur ad liberos & nepotes: uti ad uxores ac filios Medicorum & Professorum vocatio à muneribus extenditur *l. 3. cod. Theodos. de Medicis & Profess.* Similiter beneficium competentiæ patrem concernens, licèt ad hæredem non transeat *l. Maritum 12. inf. soluto matrim.* aliis tamen competit ex alio matrimonio *l. & filios 18. d. t.* Et prærogativa concessa mulieri in bonis mariti, ante alios creditores hypothecarios, etsi hæredi non competat, filiis tamen est concessa *l. assiduis cod. qui pot. in pign. hab.* Eâdem ratione, quâ ad hæredem non transit privilegium personale, ita nec fidejussor eo utitur *d. l. 7. de except. l. etsi 24. cum l. seq. eod.* quia personam transisset *contra d. l. 196.* Et hæc ita in iis, quæ personæ intuitu dantur.

26 Aliud juris est in Privilegiis, quæ locis aut civitatibus sunt data generaliter, quia ea sic dantur, ut ad posteros transmittantur *l. 3. in fine, & l. 4. §. Quamquam in fin. de censib.* cùm loca non extinguantur. Idem dicendum de privilegiis datis alicui dignitati aut officio: uti & in iis, quæ data sunt rei aut caussæ; nam hæc ad hæredem transeunt *d. l. 196.* cùm, ut rectè ait Paulus *d. l. 68.* ubi genus actionis beneficium desiderat, ibi ad quemvis persecutio ejus devenerit, non deficit ratio auxilii. Hujus ordinis est beneficium S. C. Velleiani, quod mulieris gratiâ introductum hæredibus ejus adversùs creditores datur *l. Hæredes cod. ad S. C. Vellejan.* Cujus etiam ordinis est S. C. Macedoniani beneficium, & quod datur minori circumscripto *d. l. 7. de except.* ubi & fidejussoribus ejus illud accommodari dicitur. Sic & tempus, quod judicato, id est condemnato, datur, cùm caussæ magis quàm personæ præstituatur id beneficium, hæredibus, & cæteris, qui in locum ejus succedunt, tribuitur *l. Tempus 29. inf. de re judic.*

27 Dicta de effectu Privilegii obtinent, donec integrum fuerit, non amissum. Amittitur variis modis, *de quibus latè* Felin. *ad c. Cùm accessissent, de const.*

stit. & Sebast. Medices *de conserv. possess.* Gl. 2. *p.* 3. *n.* 31. *& seqq.* Veluti in primis extinctâ personâ ejus, cui concessum: quod verum est in privilegio personæ dato; neque enim hoc personam egreditur. Quod datum est rei vel caussæ, obtinet, donec res vel caussa superest. Idem dicendum de loco, cui concessum privilegium; durat enim, donec locus

28 stat. * Quòd si locus fuerit destructus per habentem potestatem ex proposito, sublatâ spe restitutionis, salvum esse nequit privilegium, utpote sublato eius fundamento. Aliud erit, si hostili manu destructus fuerit, aut casu corruerit; cum spe restitutionis, quæ ei salvum facit privilegium *l. ade sacrâ* 93. *de contrah. empt.* Losæus *de jure universit. parte* 1. *cap.* 2. *num.* 33. *&* 35. Tiraqu. *tract. cessante caussa p.* 3. *num.* 112. Per mortem concedentis non videtur extingui, quia per eam semel gratiæ obtenta non cessat, *c. Si cui nulla* 36. *de praeben. in* 6. Peregrin. *cons.* 77. *num.* 41. *volum.* 5. Carol. Tapia *ad l. fin. de constitut. princ. p.* 2. *c.* 3. *num* 1. *& aliquot seqq.*

29 * Extinguitur & per lapsum temporis, ad quod restrictum, *c.* 4. *de offic. deleg.* nam ad tempus concessa, eo lapso, videntur denegata & revocata. Idem de modo & conditione adjecta deficiente. Per renuntiationem, sive expressam, id est, voluntariam abdicationem juris concessi; sive tacitam, quæ colligitur ex non usu & usu contrario: per abusum enim privilegium meretur amittere, qui concessâ sibi abutitur potestate, *can. Privilegium* 11. *q.* 3 *l.* 1. *D de nundin* Gl. *in c. Abbati* §. *Silvani & ibi* Abbas *circa fin. de V S* Decius *cons.* 271. *num.* 17. *vol.* 2.

30 Denique per revocationem ejus, qui concessit, sive is sit supremus Princeps, sive inferior, cui eadem potestas circa privilegia à se concessa, atque est superiori. Et hoc, quando privilegium omnino gratis est concessum; nam ista concessio dependet à mera voluntate, Felin. *ad c. Novit. num.* 10. *de judic.* Quando item concessum subdito: nam cum manet in pura ratione privilegii, id est, facultatis & licentiæ, præter vel contra jus commune; quale cùm non transeat in dominium subditi, semper pendet à voluntate Principis, quæ potest mutari. Ut secus dicendum sit, si transierit in contractum, quando scilicet pretio accepto est concessum, quia per illud acquisitum est jus subdito, quod illi non est auferendum; cùm Princeps adstringatur observare suos contractus, etiam cum subditis initos, *uti dictum titulo superiori.* Idem dicendum de concesso in remunerationem meritorum, vel obsequii: nam & hoc censetur concessum per modum contractûs. Franc. Marcus *quæst.* 152. *p.* 1. *& quæst.* 920. *p.* 2. Afflict. *decis.* 128. Menoch. *cons.* 112. Tapia *latè ad d l. fin. c.* 9. *num.* 1. *& seqq.* Non revocatur etiam privilegium concessum non subdito, cujus acquisitum non potest auferri per alienum Principem. Peregrin. *de jure fisci, lib.* 1. *tit* 3. *num.* 28 29. 30. Et hæc ita, nisi caussa subsit, uti publica utilitas, quæ facit, ut Princeps aliquem suo jure privare possit, ut etiam iustam faciat privilegii revocationem, uti tradit Felin. *in c. Quæ in Eccl. siarum num.* 17. *de constitut.* Quo tamen casu Princeps teneri videtur compensare ius, quod aufert, per æquivalens cùm bonum publicum non postulet, ut quis gratis cedat suo juri. Felin, *d. loco, numero* 28.

De Statutis.

NOn erit abs re, post Leges, constitutiones & consuetudines, subiungere aliquid de Statutis locorum, quam materiam plerique tractant ad *l. omnes populi* 9. *sup. de justitia & jure:* alieno certè loco, * cùm quòd *d l omnes* habet, omnes populos partim proprio, partim communi omnium iure uti; ipsi trahunt ad populum alieno iuri subiectum, quasi & illi per legem istam permissum foret statuta pro lubitu facere: cùm lex ista tantùm agat, & sit intelligenda de populo libero, cui est auctoritas faciendi leges, non etiam populo subiecto, qui iurisdictione caret (propter imperium omne translatum in Principem, non cumulativè, id est, retentâ etiam sibi potestate, sed privativè, id est, nullâ sibi retentâ) sine qua ut nulla est lex, ita nullum statutum. Neque pro istorum sententia quidquam facit, quòd non pauca sint loca iuris nostri, quæ lege municipali diversum, & contrarium iuri communi observari tradunt, uti *in l.* 3. *§. planè inf. Quod vi aut clam. l. Lucius in fine ad municip. l. semper* 5 *§. Legem de jure immunit & similibus:* nam accipienda eiusmodi loca de tali lege, quâ salvâ municipes ab initio in populi Romani ditionem venerunt, vel quam Princeps specialiter approbavit, aut municipio indulsit. 31

32 Receptum tamen communiter, posse municipia & communitates statuta sibi facere, adæquatæ suæ communitati, quæ suum habeant vigorem, & sint instar legis, si ipsi communitati adsit iurisdictio, vel à Principe concessa, vel consuetudine adquisita, favente tacito superiores consensu. Si verò eâ careat, valeant tamen hæc inter eos, qui sunt de communitate, ex vi pacti & promissionis super rebus suis & nego-

negotiis: quo modo Pontifex *in c. 4. x litteris, ✠ de consuet.* communitatis constitutum ex fide præstita probat.

Sunt autem Statuta leges loci, eos, qui in loco 33 sunt, obligantes; etiam peregrinos, qui se debent conformare legibus loci, cui primò & per se sunt positæ. Expedit enim ad bonum commune & tranquillitatem, ut quisque se accommodet moribus ejus regionis, in qua degit; præsertim in rebus, quæ ad omnes spectant, & ad rectitudinem vitæ necessariæ ibi existimantur. Extra territorium non ligant, ne quidem subditos, eo modo, quo dictum suprà de legibus *ad tit. 3 num. 27.* Vid. Sebast Medices *tract. de leg. statut. p. 4. q. 11. & 12.*

Debent autem statuta esse rationabilia, nec repugnare juri communi aut legi superioris; quia 34 inferiori in superiorem non est auctoritas. Non obstante *d. l. omnes*, cum, uti dictum, tantùm loquatur de populo libero: vel si eam etiam accommodemus populo alterius jurisdictioni subjecto, intelligenda erit de licentia ferendi leges proprias, moribus suis accommodatas, diversas licèt à jure communi, non tantùm contrarias ei aut derogantes, propter defectum potestatis. Qui defectus non impedit, quò minùs statutum subsistat in casu, quo jus commune se habet negativè; eo modo, quo introducta quædam jure gentium contra jus naturæ, uti servitus, dominiorum distinctio, & similia. Aliàs, si contrarium fuerit juri communi, aut legi superioris, nulla ei vis erit, *Clem. ne Romani de elect.* nisi Princeps id confirmarit, & pro lege servari voluerit isto in loco, quòd ita illi expedire videatur.

Ubi quæritur, an, posito, quòd statutum sive lex municipalis sit confirmata per Principem, pos- 35 sit à Magistratu municipali revocari, non exspectato superioris placito? Pro negativa facit, quòd confirmatio faciat statutum tale esse, quasi legem Principis, ut ait Imp. *in l. 1 §. Sed neque 6 cod. de veteri jure enucl.* Omnia nostra facimus, quibus auctoritatem nostram impertimur Ut nequeat revocari, utpote jam factum jus publicum, cui non derogat inferior. Pro affirmativa est *c. Cùm accessissent ✠ de constitut.* ubi contra statutum Capituli, à Sede apostolica confirmatum, factum Capituli contrarium valet: & *c. Dilecto ✠ de præb.* ubi non aliter confirmatio apostolica dicitur tollere facultatem mutandi, quàm si additam clausulam habeat, *quidquid in contrarium actum fuerit, irritum sit*

Ad dubii hujus resolutionem utendum distinctione, quam insinuat. Bart. *ad d. l omnes, num, 33,* Nam ista confirmatio aut est necessaria, quando scilicet veluti forma dat esse statuto; ut in casu, quo inferiores non habent potestatem statuendi: aut non est necessaria, sed accidentalis tantum, quando scilicet municipes habent potestatem ferendi legem, vel statuendi super rebus suis; ad majorem tamen auctoritatem, & robur, confirmationem à superiore petunt. Confirmatio primi generis videtur statutum facere irrevocabile sine auctoritate Principis, Felin. *in d. c Cùm accessissent num. 5.* quia tunc ista confirmatio addidit statuto vim legis, quæ eâdem auctoritate destruenda, quâ constructâ: etiam si posset videri confirmatio indulta in favorem municipum; cùm omnis lex in favorem populi feratur, non tamen ideo liceat populo eam pro lubitu retractare: nisi de mente confirmantis aliter constet, ut qui tantùm favori municipum hoc dedit, non auferens illis facultatem à statuto suo recedendi, & ad jus commune redeundi. Et ita procedit argumentum, pro parte negativa adductum. Confirmatio posterioris generis non videtur ullatenus impedire revocationem, eò quòd non impediat, quin statutum maneat in propria statuti specie, id est, legis municipalis. Deinde talis confirmatio non est constitutiva novi juris, sed potiùs illud præsupponit constitutum; addens quamdam solemnitatem accidentalem & auctoritatem, per quam statuentes non impediuntur à statuto per se posito recedere, & vel reverti ad jus commune, vel etiam novum statuere, *arg. l. omnium cod. de test.* ubi testamenta coram Principe condita non ideo sunt immutabilia, cùm dicat ibi Imp. se audire voluntates hominum, non jubere, nec post sententiam ejus inhibitum esse commutationis arbitrium. Vide Nicolaum ab Alto *Singul. 5.*

Quantum ad statutorum interpretationem, ea 36 facienda, ut quàm minimùm detrahatur juri communi: Spectant enim potiùs ad futura negotia adinstar legum: nisi declaratoria sint juris prioris; aut verba sint de præterito; aut caussa, quæ subest, extensionem ad priora admittat, secundùm Bart. *ad d. l. omnes, n. 44* & Angel. Aretin *ad §. jus autem civile instit. de jure nat. gent. & civ n 18 & seqq.*

Quantum ad obligationem, posset videri illa 37 continuò induci, ut facta est statuti promulgatio, ex eo, quòd facilior sit ejus scientia isto in loco. Verùm cùm ad legis, si non obligationem, saltem ad ignorantiæ ejus oppositionem, requirantur duo menses, ultra quos opponi non potest *Novel. ut factæ nova. constit. 66. §. 1.* ita & in statutis dici potest eorum ignorantiam ante bimestre prodesse, non eti-

am postea, ex eadem ratione, licèt priorem opinionem probet Menochius 2. *de arbitrar. casu 183. num. 3. & 6.* Vide Tessau. *decis. Pedemont 244. & late* Coler. *de Process. execut. p. 1. cap. 3. num. 159 & multis seqq.*

38 Quæritur hic, an Princeps teneatur servare statuta sui municipii, in quo degit? Quod quamvis videatur requirere morum conformitas ad vitanda scandala; verius tamen est, non teneri, quia talia statuta cùm sint ab inferiori potestate, non habent vim obligandi eum, penes quem est superior jurisdictio, etiamsi ea approbaverit: cùm non approbaverit pro tota sua Republica, sed tantùm pro loco determinato, cui ita expediret. Et hoc ita quoad vim coactivam: nam quoad directivam aliud dicendum, secundùm dicta suprà de legib. præcipuè si talis sit locus, in quo Principis est habitatio.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 4. de constitutionibus Principum.

AD *num. I.* Generalia & specialia de L. regia vid. ap. Limn. *de jure publico. lib. 1 cap. 12. num. 40. 41 42. & seqq.* & *num. 120* adducit differentiam L. regiæ veteris & nostræ. Aliàs de L. regia an unquam sit lata, vid. eleg. Bacc. *ad §. 9. Instit. de I. N. G. & C.* Sutholt *tract. de jurisdict. pag. 487. 488. 489. & seqq.*

Ad num. XXIII. Privilegium fori vel immunitatis concessum Dominis, an & quando comprehendat vel extendatur ad eorum servos, famulos, colonos & similes, docet Menochius *de Arbitr. Iud. quæst. 2. casu 562.* Chopp. *de privil. Rustic. lib. 1. c. 12.*

Immunitas in dubio concessa, censetur etiam pro bonis postea quæsitis & quærendis concessa. Carpzov. *jurisp. forens. parte 4. constit. 6. def. 8. num. 8.* vid. etiam, quos in hanc rem allegat Tabor *in thes. loc. commun. lib. 9 & 11. axiom 12.*

Immunitas generalis concessa, casus insolitos & publicam utilitatem concernentes non comprehendit, Cacheran. *decis. 91. num. 1.* Capell. Tholos. *decis. 349.* Cæpolla *caut. 69.* Vivius *in commun. opin. verbo Immunitas.* Gilman. *volum. 30. num. 201* Nisi quando concedatur sub ejusmodi verbis geminatis OMNI QUOCUMQUE, *&c.* tunc enim & casus improvisi, veluti bellorum, pestis & similes includentur licèt non exprimantur. Cacheran. *decis. 39. num. 21.* Gilman. *dict. loc. 202.*

Arbitrariè plectendi sunt, qui aliquem in loco privilegiato vulnerant aut percutiunt. Vid. Carpzov. *jurispr. forens. part. 4. constit 19. defin. 9.*

Quæ sit potestas Principis in tollendo Jure tertii, & an contra Jus divinum, naturale, gentium & civile statuere possit? vid. Mynsing. *cent. 5 observat. 97.* Gailius 2. *observat. 56.*

Ad num. XXXII. & seqq. In bene constitutis rebus publicis Leges habentur vestiariæ: Si ergo statutum esset, quod mulieres gestantes margaritas, Perlen/ Kleynodien oder Edelgestein / etc. punirentur aliquâ pœnâ; intelligendum est in casu naturali & vero, h. e. si veras margaritas, rechte gute Perlen vnd Stein gestent: nam si fictitias gestarent, non punirentur istâ pœnâ, ne statutum pœnale ad casum fictum extendatur. Bart. *per text. in l. 3. C. de secund. nupt.* Sichard *ibid. num. 7. fol. 568.*

An & quatenus status Imperii suis statutis provincialibus, durch Ihr landt Recht / Jus Cæsareum tollere possint? Item, an certas & à legibus definitas pœnas capitales in alias convertendi potestatem habeant; *ad l. 9. ff. de L. & I.*

Statuta Urbium rem afficientia extenduntur etiam ad Professores, Canonicos, Scholares, bona ibid. possidentes, vid. Coler. *in proces. execut. p. 1. c. num. 215. 216. 217. 218. & seqq.* Menochius *consil. 80. per tot.* Gailius 2. *observat. 124.* Petrus Peckius *de Testamentis conjugum lib. 4. cap. 28. & c. 35. 36.*

TITUL.

TITULUS V.

De statu hominum.

SUMMARIUM

Commodissimè principiis Juris subjunguntur ejus objecta: nimirũ personæ, quibus jus redditur, Res, super quibus & actiones, per quas redditur. De personis autem primò agitur, quia, ut Imp. ait *Instit. de jure natur. in fine*, parum est jus nôsse, si personæ, quarum causâ constitutum est, ignorentur: quod idem tradit Jurisconsultus, *in l. 1. & 2. h. t* quo de statu hominum, id est, personis agens.* Ubi *statum* non acceperis pro conditione naturali, quia secundùm eam omnes homines ejusdem sunt ordinis: sed pro tali, quam jus gentium vel civile dedit: ut *status* hic denotet personalem capitis qualitatem, secundùm quam quisque hominum stat in hac civili societate.

Quæ res aliquot divisionibus explicatur, quarum summa & generalis est, quod hominũ alii sint Liberi, alii Servi, *l. 3. h. t* Liberi dicti à Libertate, in qua versantur, quæ est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi, si quid vi aut jure prohibetur, *l. 4. h. t.* Quæ definitio respondit ei, quam ex Zenone inventore Stoicæ disciplinæ tradit Cicero *in Paradox.* qui libertatem definivit potestatem vivendi, ut velis, insitam à natura inditamque. Vis cùm sit facti non impedit libertatem, quæ juris est: & quod jure facere prohibemur, cùm honestè ac licitè fieri nequeat, pro impossibili est, *l. Filius 15. de condit. instit.* Ut non possit dici libertatem minuere, cum, ut rectè ait Cicero pro Cluentio, idcirco servi legum simus, ut liberi esse possimus: & Aristot. *Politic. lib. 5.* nemo, inquit, existimare debet servitutem, sed salutem potius, & sui conservationem esse, si quis legibus sit obsequens. *Servi sunt qui libertate amissâ dominio alterius sunt subjecti: est enim servitus constitutio juris gentium, quâ quis dominio alieno contra naturam subjicitur, *d. l. 4. §. 1.* Natura enim omnes liberos produxit, & tales esse permisit; propter malitiam tamen hominum, propter quos in pace vivere non licebat, bella exorta caussarunt captivitatem: cedebant enim capti capientibus, eorumq; potestati, amissa libertate, subdebantur; adeò ut occidi potuerint ad lubitum victorum, quibus tamen ex humaniore & benigniore ratione placuit eos servare: unde servorum nomen deductum, *d. l. 4. §. 2* non etiam à serviendo: nam mercenariis, quibus hodie utimur, etsi præstent servitia, non tamen sunt dicendi servi. Ad hanc speciem potiùs retuleris statu liberos, quàm cum aliquibus partitionem hominũ in liberos & servos temere carpseris; cùm statu liberi sint, qui statutam & destinatam in certum tempus aut conditionem habent libertatem, *l. 1. inf de statu liberis*; ante cujus eventum habentur loco servorum, *l. 9 eod. tit.*

Servi aut nascuntur ex ancillis nostris: quales certum est nostros esse, cùm ex re nostra natum sit nostrum, & partus ventrem sequatur *l. 5. §. 1 hoc tit. & l. 2. § 2. inf. de rei vind.* aut fiunt, idque vel jure gentium, per captivitatem in bello justo; quale habetur ad effectus juris gentium, quod publicè legitimeque geritur ab iis, qui bellum gerendi jus habent *l. hostes inf. de capt. & postlim. revers.* Vel jure civili, quando aliquis major viginti annis, non ignarus suæ conditionis, ad pretium participandum se venumdari patitur *d. l 5. §. 1. ubi Gl. hoc tit.* qualis ita fit servus ejus, à quo emitur, ut ad libertatem proclamans non audiatur, & postea manumissus non repetat libertatem, denegatâ restitutione. Constitutum hoc ita in odium degeneris animi, rem inæstimabilem pretio subjicientis: utilitatis causâ etiam receptum ad sustinenda commercia & excludendas fraudes, quæ in venditionibus liberorum hominum erant frequentes, dum passim liberi pro servis venum irent, & post liberali manu adsererentur Quod procedit etiam in filiofam qui inscio patre se vendi passus, ex mente legis, tantùm inspicientis prædictas conditiones: quas oportet concurrere, quia aliàs non teneret venditio. Quo tamen casu, ad obviandum fraudi, data est emptori actio in factum in taliter venditum *l. rectissimè 14 inf de liberali caussa.* Modus hic sublatus est per Leonem *Novellâ sua 59.*

In servorum conditione nulla est differentia, quoad

quoad ipsum statum: omnes enim eamdem servitutem serviunt *d. l. 5. in princ.* Si spectemus officia, artificia & munera servorum, invenientur & inter eos differentiæ, cùm alii aliis sint digniores & lautiores: neque enim eodem loco habebantur atriensis, dispensator, ordinarius cum vicario, mulione, agasone, qui mulos, equos, asinos agebant, & abjectissimæ erant conditionis. Plura de his videre licebit talium curiosis apud Franc. Connanum 2. *Comment. jur. civ. c. 2.* & Jac. Rævard. 5. *var. c. 20*

6 Liberorum conditio diversa est: alii enim sunt ingenui, alii libertini. Ingenui describuntur à Jurisconsulto, qui ex matre libera nati sunt *d. l. 5. §. 2.* à Justiniano, qui statim ut nati sunt, liberi sunt *instit. de ingen. in princ.* Ubi supplendum, ratione ventris, qui liber esse debet ad ingenuitatem partûs, sufficitq; liberum esse vel tempore conceptionis, vel partûs, vel medio *d. l. 5. §. 2 & 3.* cùm per libertatem ventri semel quæsitam quæratur partui suus status: quem superveniens matris calamitas non minuit, cùm habeatur alia à ventre persona, & partus in ventre habeatur pro nato in casibus, quibus agitur ejus commodum *l. 6. h. t.* Quo modo, quæ libera concepit, deportata civem parit *d. l. 5.* sicuti & libera, quæ prægnans ultimo supplicio damnata *l. Imperator 18. h. t.* Dico supplendum, ratione ventris, per *l. 5. hoc tit.* ubi dicitur ingenuus, natus ex libera matre, ne obstet *l. cum inter 14. Cod. de fideicom. libert.* Ubi in ventre manumissus directò, statim quidem ut natus liber est; non potest tamen dici ingenuus, cùm nascatur ex matre serva, & per manumissionem sit consecutus libertatem.

7 Non obest autem ingenuitati, si quis ignarus sui status tamquam servus in servitute extiterit, & postea manumissus fuerit, ne justa ignorantia alicui sit detrimento *instit. de tit. in fine:* & hoc olim, si intra quinquennium ad ingenuitatem proclamasset, hodie sine præscriptione temporis procedit *l. fin. C. ubi caussa status agi opert.*

8 Ingenuorum loco habentur natalibus restituti per Principem, & quos sententia ingenuos pronuntiavit *l. ingenuum 25 h. t.* quia res judicata habetur pro veritate. Habentur & ingenui donati jure aureorum annulorum, salvo jure patronatus *l. 5. inf. de jure aur. annul. Auth. sed hodie C. eod. tit.* Ingenuis enim tantum illos ferre licuit, unde & ingenuitatis signa annulos aureos appellat Asconius.

9 Libertini sunt, qui ex justa servitute manumissi sunt *l. 6. h. t.* Justa, id est, legitima, vera & jure cognita: nam nisi talis fuerit manumissio libertinum non faciet, sed ingenuum. Neque enim officit manumissio natalibus ejus, qui pro servo possessus, cùm liber esset *inst. de ingen. in fine.* Notandum autem, olim libertinos dictos fuisse, non ipsos, qui manumitterentur, sed ex his procreatos; ingenuos autem, quorum nemo majorum servitutem servisset. Posteriorem verò ætatem aliter accepisse, ut libertini sint iidē, qui liberti: nisi quòd illud verbum denotet conditionem, hoc verò relationem ad patronum.

10 Libertinorum varia fuit conditio: alii enim Dedititii, alii Latini, alii cives Romani dicebantur *instit. de libertinis, §. 3.* de ratione appellationis, cur dicti *Dedititii*, vide Hieron. Elenum *Diatrib. lib 2. c. 6.* Quam differentiam Justinianus sustulit, volens omnes libertinos inter cives Romanos connumerari, *Cod. de dedit. libert. toll, & de Lat. libert. tollen.* Tandem omnem libertinitatem sustulit, & ingenuos omnes homines sub orbe Romano esse voluit, concesso libertinis jure aureorum annulorum, ut ejus impetratione non indigeant *Novell. ut liberti de cætero, &c.* Quæ constitutio Justiniani non potest videri frustranea, propter *L. in orbe 17. h. tit.* nam accipienda de iis, qui solâ patria impediebantur, non etiam de iis, qui conditione, de quibus agit Justiniani constitutio.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 5. de statu hominum.

AD l. in multis 9. h. t. Quot casibus mulieres melioris & deterioris conditionis sint, quàm viri, vid. eleg. ap. Dec. *ad l. 2. ff. de Reg jur. Et an sec. l. 4. C. de liber prater.* naturæ accusatores sint, qui distinguunt inter maris & fœminæ Jura? vid. Schot. *in exam. jurid. p. 46.* de varietate temporis, humani partûs, ex Medicis & Philosophis; & quid leges civiles ea in re statuant? vid. Mynf *cent. 6 obser. 40.* Gail. *2. obs 97 n. fin.* Alciat. *de præsumpt. Reg. 3. præsumpt 37. n. 7.*

De nato in 8 Mense, an quoad jus successionis pro nato habeatur, vid mult. ap. Joseph. Ludovic. *comm. concl. 37. per tot.* & eleg. Dan Moller. *lib. 3 semest. c 28.* Ubi etiam tractat: An mater propterea suspecta esse possit? Item, an maritus ejusmodi uxorem, talem partum edentem, possit repudiare?

TITU-

TITULUS VI.

De his qui sui vel alieni juris sunt.

SUMMARIUM.

1. *Personæ quædam sui juris sunt, quædam alieno juri subjectæ.*
2. *Dominica potestatis effectus.*
3. *Patria potestatis origo & effectus.*
4. *Filii & ex iis nati sunt in potestate.*
5. *Patria potestas quibus modis acquiratur.*

1 ALtera divisio personarum hic traditur, quòd scilicet aliæ sint sui iuris, quales dicuntur Patresfamilias & Matresfam. *l. 4 h. t.* etiamsi si infantes nullius potestatem agnoscentes, aliæ alieno iuri subiectæ Atque hæ subdividuntur in eas, quæ subiectæ sunt dominicæ potestati, & in eas, quæ 2 patriæ *Dominica potestas est iuris gentium, quod dabat dominis liberum disponendi arbitrium, non tantùm de rebus servorum, quæ dominis cedebant, sed & de corpore, cùm vitæ & necis ius isto iure iis esset concessum. Verùm ex constitutione Antonini diminuta fuit ea potestas quod ius vitæ & necis: inhibitum enim sine caussa legibus cognita servum occidere; imò & castigatio asperior adempta, permissa tantùm moderata *l. 1. h. t.* adeò ut, si servus ex immoderata castigatione moriatur, non sit extra reatum homicidii dominus *l 1. C de emendat. servor.* Quòd si atrociùs servi habiti ad Ecclesias aut statuas Imperatorum confugissent, denegata dominis fuit licentia eos inde abstrahendi: sed priùs cognoscendum, an sævitia domini in caussa fuisset; quæ si apparuisset, cogendus erat servum vendere *l. 2. h. t.* Quia in re recessum à iure communi, quod non vult aliquem cogi ad rei suæ venditionem. Verùm ita utilitas Reip. pastulabat, cuius interest, ne quis re suâ abutatur *inst. eod. in fine,* præcipuè hac in parte, quæ non rarò caussavit magnum Reip. detrimentum, ut patet ex bellis servilibus. Interest & ipsorum dominorum, ne auxilium contra sævitiam iis, qui iustè deprecantur, denegetur *d. l. 2.*

3 Patriæ potestatis iura ex iure civili Romano prodierunt, ut ei rectè adscribatur illa potestas, cùm ut ait Imp. *Inst. de patria potest.* nullæ aliæ gentes tale ius in filios habuerint Rectè, *tale*; quia etiam apud alias gentes aliqua auctoritas data parentibus in liberos, non etiam ius vitæ & necis, uti nostrum, id est, Romanum, ius dedit. Verùm ea potestas hodie coarctata, ut castigatio quidem moderata sit permissa parentibus, nihil tamen gravius in eos liceat statuere, sine Præsidis auctoritate: quia patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere *l. 3. & 4. C. de patria potest.* 4 * Non tantùm filii sunt in potestate, sed & nati ex iis, eorúmque nepotibus *l. 4. h. t.* non etiam ex filiabus *§ fin inst. d. tit.* Ratio differentiæ est, quòd patrem sequatur filius quoad potestatem, non etiam matrem: proinde cujus potestati subest filius, eidem & subjacet nepos ex eo, & deinceps, cùm in potestatate existens, alium in potestate habere nequeat *l. sic eveniet 21. inf. ad leg. Iul. de adult.*

5 Acquiritur patria potestas justis nuptiis, *l. 3. h. t.* Legitimatione & adoptione. Sequuntur autem liberi ex legitimo matrimonio patrem, quoad nobilitatem, dignitatem, originem *l. cùm legitime 19. sup. de statu hom.* nisi ex privilegio, vel lege municipali origo materna veniat inspicienda *l. 2. §. 2. inf. ad municip.* vulgò quæsiti matrem *d. l. 19.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 6. de his qui sui vel alieni juris sunt.

DE origine hominum propriorum (der leibeygenschafft) vid. Husan, *tract. de serv. famul. & hominibus propriis.* Besold. *de trib. domest. societ. spec. c. 6.*

Et si Germania nostra teste tacito de morib. German. nunquam veros servos habuit, extat tamen apud nos non absimile genus mortalium, quos leibeigene leut/ proprios homines vocamus: qui licèt adscriptitiis aliqua ratione adnumerari Vigil. Zuichem. *in §. Testes, n. 1. verb. neque servus just. de testam. ordin.* vel potiùs hominibus, per longissimum tempus, colonaria conditione detentis adscribi *l. cum satis §. cùm autem D. de agric. & censit. l. 11.* vel etiam libertis comparari queant. Sich *in l. 11. n. 4. C. de testib. f. 371.* & *in l. 12. n. 3. C. de contrah vel comm. stipul.* Tamen in omnibus & per omnia, neque servi, neque adscriptitii, neque Coloni, neque capite Censi, neque Liberti, neque Statu liberi sunt, sed novam quandam speciem faciunt, de omnium illorum natura ac conditione aliquid participante. Zas. *sing. Resp. l. 2. c. 7. n. 8.* Gail. *de pign. obs. 8.* Treutl. *vol. 1. disp 2. th. 2. lit. e, ibique alleg.*

An magistratus vel dominus possit prohibere, quo minùs servus proprius (der leibeigene) in alieno territorio uxorem ducat? vid, Besold. *in thes. pract, verb. leibeigene leut.* TITU-

TITULUS VII.

De adoptionibus, & emancipationibus, & aliis modis, quibus potestas solvitur.

SUMMARIUM.

1. Adoptio quid & quotuplex.
2. Adoptionis & adrogationis effectus.
3. Adoptatus hodie non transit in potestatem adoptantis.
4. Adoptare qui possint.
5. Castratus adoptare non potest; spado potest.
6. Non adoptat fœmina.
7. Non etiam monachus: Sacerdos adoptat.
8. Adoptare prohibetur minor 60. annis.
9. Impubes an & qualiter adrogari possit.
10. Impuberi adrogato relinquenda quarta ex constitutione divi Pii.
11. Quarta hac an sit omnium bonorum.
12. Adoptare licet in locum nepotis.
13. Servi adoptio liberum facit, non filium.
14. Patria potestas solvitur emancipatione.
15.16. Item morte naturali vel civili.
17. Dignitate filii.
18. Captivitate sive patris, sive filii.
19. Datione in adoptionem.
20. An & expositione infantis?
21. Denique prescriptione.

1 ADoptioni occasionem dedit liberorum orbitas: estque legis sive legitimus actus, quo, qui natura filii non sunt, efficiuntur; sive est legitima liberi hominis in filium adsumptio. Duæ ejus sunt species, scilicet adoptio specifica & adrogatio. Illa est liberi hominis, qui subest potestati alterius, hæc ejus, qui sui est juris *l. 1. h. t.* Illa coram magistratu, penes quem est legis actio, expeditur, in hac principis auctoritas desideratur *l. 2. h. t.* Ratio differentiæ est, quòd illi sit pater, qui filio, quem adoptandum dat præsumitur sufficienter consulturus; non etiam in abrogatione, in qua cùm agatur de statu civis Romani, super eo non nisi populo auctore aut principe, qui populum repræsentat, est statuendum. In illa prætereà sufficit consensus tacitus, scilicet ut non contradicat adoptandus *l. 5. h. t.* in hac verò desideratur expressus *d. l. 5.* Ut nemo adrogetur nisi septennio major, cujus est aliqua voluntas: adhibita auctoritate tutoris, si fuerit impubes; quòd iniquum sit, solvi tutelam, non admonito eo, cujus interest *l. fin. C. de auctor. præst.* aut curatoris, si pubes, *l. 8. Cod. h. t.* cùm etiam infans adoptari possit *l. 24. h. t.*

2 Utrique speciei hoc olim commune fuit, quòd subjiceret potestati adoptantis, & concederet jura agnationis, non tantùm quoad liberos adoptantis, sed & fratres, patruos, cæterósque ab eodem avo aut proavo descendentes, non requisito eorum consensu *l. 7. & 23. h. t.* ita poscente nominis & sacrorum conservandorum cujusque familiæ ratione: & hoc sine præjudicio agnatorum, quibus, si nolint ad adoptivos sua bona transire, salvum est remedium exclusionis. Erat autem differentia inter adoptatum & adrogatum, quòd hic cum bonis omnibus & liberis transiret in potestatem adrogantis, ille verò solus sine liberis ex se natis. Ratio differentiæ est, quòd hic sui iuris existens bona & liberos in potestate habeat, ut eum sequantur: non etiam ille, quippe existēs in aliena potestate, ut cum eo nihil transferri possit *§. Illud proprium inst. eod.*

3 *Quæ iura etiam hodie firma manent in adrogato: in adoptivo autem mutationem accepere; quia adoptatus in potestate manet patris naturalis, nec subiicitur adoptanti; nisi fortè is fuerit pater naturalis, veluti avus maternus aut pater emancipatus: in eo enim, propter duplex vinculum, naturale & civile, pristinum ius relictum est stabile *§. Sed hodie inst. h. t. l. cum adoptivis & l. pen. C. eod.* Ratio est, quòd contingeret ab extraneo adoptatum post mortem patris naturalis emancipari & sic carere hæreditate & patris naturalis cujus hæres esse non poterat existens in aliena familia, & adoptivi per emancipationem *d. l. pen.* In eo tamen mansit ius pristinum adoptionis firmum, quòd ab intestato succedat adoptivus *d. §. Sed hodie.*

4 Adoptare licet homini sui iuris, non impedito aut natura, quam adoptio imitatur, *l. 16. h. t.* aut lege. Natura impedit minorem natu adoptare maiorem, quia pro monstro est filium patre esse maiorem *§. Minorem, inst. eod.* Ubi prætereà requiritur, ut adoptans sit plena pubertate, id est, octodecim annis maior, *l. Adrogato 40. §. 1. h. t.* quòd, licèt antè quis generare possit, rarius tamen id fiat: leges autem accommodantur iis, quæ sunt frequentiora *l. 3. & 4. sup. de legib.*

5 *Impedit & eos natura, quibus generandi potentia est adempta in perpetuum; cuius ordinis sunt castrati *§. Sed & illud inst. eod.* Dico, in perpetuum; nam quibus tantùm est temporale vitium, non impediuntur; cuius ordinis sunt spadones

l. Vide

§. 2. *n h. t.* quatenus hoc nomen specialiter pro iis sumitur, qui valetudine aliquâ præpediti, aut vitio corporali, liberis operam dare nequeunt ex contortione meatuum seminis, ut docent Medici: quod vitium cum possit corrigi, & redire generandi vis, non debent tales ab adrogandi licentia secludi.* Lege impeditur fœmina § *fœmina, inst. eod.* quòd

6 adoptio ponat patriam potestatem, cujus est incapax fœmina. Indulgetur tamen illi adoptare principali rescripto, in solatium liberorum amissorum: cujus effectus erit successio *l. mulierem, C. h. t.* non etiam patria potestas; cùm privilegia principum secundum jus commune interpretationē præcipiant. Nisi tamen aliud sit expressum: est enim hæc res juris humani, ut per eum, qui præest juri humano

7 concedi possit.* Impeditur & Monachus, cùm per votum paupertatis omni se jure privaverit, & per consequens jure patriæ potestatis. Sacerdos non excluditur, etsi ducere uxorem per canones prohibeatur, cùm generandi potentia illi adsit, ejusque liberum exercitium ante sacerdotium habuerit. Tutorem ac curatorem adrogare non posse suæ fidei commissos facit intercipiendarum rationum metus; nisi annum exegerint 25. Vitrico tamen tutori adoptare privignum concessum, si caussa subsit Cujac. *lib. 2. obs. c. 38.** Sexaginta annis minori li-

8 centia adoptandi denegata, quod talis magis liberorum procreationi studere debeat, quorum favor major, quam adoptivorum; nisi fortè morbus, ac valetudo generandi potentiam impediat, aut subsit caussa *l. si paterfamilias §. 2. h. t.*

Impubes olim adrogari non poterat, quia non

9 videbatur fas tantam dari tutori auctoritatem, ut caput liberum suæ fidei commissum alieni juris faceret: postea tamen permissum præviâ cognitione, quâ inquiritur, quæ sint pupilli facultates, & quæ ejus, qui vult adrogare; cujus sit vitæ, liberos an habeat, caussa honesta & utilis pupillo subsit *l. nec ei 17. §. 2. & 3. h. t.* Debet etiam eo casu adrogator cavere datis fidejussoribus, super restituendis pupilli bonis proximis, si contingat eum ante pubertatem decedere *l. 18. & seqq. h. t.* ex ratione, ne in horum detrimentum cedat adrogatio. Dico, ante pubertatem; nam eo moriente pubere, bona adrogatori cedunt, in detrimentum quidem proximorū; sed non tam proximo adrogatoris facto, quàm adrogati, qui pubes tactus adrogationem non improbando, uti poterat, eam approbasse videtur.* Præterea adrogator non aliter exhæredare aut manci-

10 pare adrogatum potest, quàm ex caussa legitima: alias præter bona, quæ attulit, & quorum commodum ejus nomine adrogatori quæsitū, etiam quartam bonorum suorum relinquere adrogato jubetur § *cùm autē impubes inst. h. t. & l. fin. inf. ne quid in fraude patroni.* Quæ loca de impubere agunt, cui quarta ista restituenda, quam vocant æs alienum, idque ex constitutione divi Pii *l. si adrogator 22. h. t. & l. Papinian. 8. § si quis impubes 15. inf. de inoffic. testam.*

11 Ubi quæritur, an quarta ista sit omnium bonorum? Ita quidam adserunt per textum *in §. 1. instit. de inoffic. testam. d. l. fin. ne quid in fraud. patroni, & d. l. 8. §. Si quis impubes, de inoff. testam* distinctè loquentem de bonis. Rationem ponunt in temeraria emancipatione & exhæredatione. Joann. Vaud. *1. var. q. 29.* Verum æquius est eam accipere de quarta portionis ab intestato debitæ, argumento sumpto à naturalibus liberis, quibus ea quarta sufficit ad exclusionem querelæ *d. l. 8. § Quoniam inf. de inoff.* ne plus favoris mereantur legitimi tantùm, quàm attributum naturalibus & legitimis Jas. *in l. si adrogator 22. n. 50. h. t.* Deinde contingeret, pluribus adrogatis (etsi hoc vix permittatur) si singulis deberetur quarta omnium bonorum, exhauriri substantiam adrogatoris in injuriam naturalium, si qui fuerint (nam & illis existentibus permitti adoptionem caussâ cognita, habet *l. nec ei 17. § pen. h. t.*) aut qui post adrogationem sunt nati: quo modo dicta loca & si qua similia, indistinctè loquentia accipienda sunt, secundum alia loca, quæ quartam talem accipiunt de quarta portionis ab intestato debitæ *d. l. 8. §. quoniam*, cui postea subjungitur in eadem lege *§ si quis impubes.* Nec ponenda vis in temeraria emancipatione, nam & eadem injuria contingit liberis naturalibus, imò tantò major, quò major est erga eos conjunctio: omnibus tamen ea quarta sufficit *d. §. quoniam.* Et ita rectè tradit Cujac. *add. caussa 40. inf. de vulgari & publ. lib. 29. quæst. Papinian.*

12 Non tantum in locum filii, sed & nepotis adoptare licet, tamquam ex filio, quem non habet adoptivus, vel habere desiit, commentitio quodam jure *l. adoptare 37. & 43. h. t.* non etiam, tamquam ex filio adhuc vivo, nisi ejus consensu. Cujus ratio in eo est, quòd ei invito agnasceretur suus hæres, quod non est permittendum *§ licet autem inst. h. t.**

13 Servi adoptio filium non facit lege repugnante, quæ tantùm in liberis personis eam admittit: liberum tamen facit, lege permittente & concurrente domini consensu, qui cùm voluit filium esse, quod non potuit, voluit saltèm liberum esse, quod potuit *§. Apud Catonem inst. hoc tit.*

14 Subjicitur in Rubrica de modis tollendæ patriæ potestatis. Tollitur illa, seu solvitur 1. Emācipatione sive filii, retento in potestate nepote, sive nepotis, re-

tis, retento filio *l. liberum 28. h. t.* Est autem relaxatio nexûs patriæ potestatis coram competenti judice, *l. non modò, C. de emancipat. lib.* quæ olim erat legitima, inducta lege 12. Tabb. requirens inter solemnitates trinam venditionem & manicipationem, Ulpian. *infrag. tit.* 1. Supervenit Anastasiana, constitutione Anastasii inducta, qui, sublatis pristinis venditionibus & vanis observationibus, corā magistratu ex rescripto eam fieri permisit *l. pen. C. d. tit* Tandem Justinianus sine rescripto permisit adiri rectà viâ magistratum competentem, & coram eo parentes emancipare liberos, aut manumittere *l. fin C. eod.* Consensus hic necessarius est, & emancipantis *l. non potest 31. h. t. & l. 4. Cod. d. t.* neque enim invitus quis cogendus est rem suam à se dimittere & beneficium tribuere; & emancipandi *l. jubemus C. d. t.* ne invito detur beneficium. Ex iis autem caussis, quibus permissa exhæredatio, etiam inviti procedit emancipatio: sicut & sunt casus, quibus pater emancipare cogitur; veluti si liberos malè cōtra pietatem affecerit; si peccandi necessitatem imposuerit; si sub conditione emancipandi relictum agnoverit Potest & adrogatus impubes; continuò ut pubertatem attigit, si docuerit sibi non impedire adrogationem, cogere adrogatorem, ut se emācipet Glos. *in §. fin. instit. quibus modis jus p. potest. tollit.* Ante emancipationem ex nutu concepta proles sequitur emancipantem, postea verò emancipatum *§ Illud inst. d. t.* Illius ratio est, quòd conceptus pro nato habeatur, ut patri ad eam jus sit quæsitum; quod non tollitur per emancipationem, nisi aliud sit expressum: hujus verò quòd eo tempore extra potestatem sit filius, ut non possit patri pecum quæri

II. Morte naturali, sive ejus, qui est in potestate, sive qui habet *inst. d. t. in princ.* Sublato enim subjecto, tolluntur & jura ei cohærentia. Quod non aliàs procedet in nepotibus per mortem avi, quam si non extet pater, vel in familia non sit, in cujus potestatem recidant, *l. 5. sup. tit. 6* [15]

III Morte civili; quæ salvâ vitâ adimit vel libertatem, cujus ordinis est servitus, damnatio in metallum; vel civitatem veluti per deportationem quæ adimit civitatem, ejusq; jura § *cùm autem, inst d. t.* Differt ab ea relegatio, non quòd sit temporanea, nam & potest esse perpetua; sed quòd civitatē non adimat, ut potestatem relinquat salvam *§. Relegati eod.* Si tamen contingat deportatum restitui, ut jura, pristina recipit, ita & patriam potestatem *§. 1. d. t. l fin C. de sent. passis.* Quod accipiendum de plena restitutione, non etiam de remissione tantùm, quæ per indulgentiam principis conceditur: hæc enim [16]

non tantum operatur *l. 3 C. d. tit* cùm contineat tantùm reditum in patriam, non etiam redintegrationem jurium amissorum.

IV. Dignitate filii; non quâvis, sed patriciatus *§. Filiusfam. inst. d tit.* quam sub Imperatoribus habere cœperunt principum Consiliarii, quos sibi tamquam patres elegerant, ut indignum esset eos censeri alieni juris *l. fin. C. de consulib. lib. 12.* Olim Patricii dicti, ex patribus, quos electos instar concilii habuit Romulus, originem ducentes. Postea & Episcopatus liberavit à patria potestate, quòd indignum esset, spiritualem omnium patrem subesse sacris paternis: deinde & quævis alia dignitas, & cingulum à curia liberans *l. fin. C. de decurion. lib. 10. Novel. 81.* Hoc modo liberati jus omni familiæ retinent, non secus, ac si morte parentum sui juris essent facti, ne, quod in præmium inductum, vertatur in pœnam militia neutiquam liberat *d. § Filiusfam.* nec sacerdotium, cum id nullibi sit expressum. Monachum liberati rectiùs dixeris, cùm per ingressum alterius arbitrio subjiciatur, patris autem amplius non sequatur. [17]

V. Captivitate, sive patris, sive filii: quia per eam desinit quis esse civis Romanus, estque incapax jurium Romanorum activè & passivè. Non tamen ita extinguitur potestas, quin reversus jure postliminii (quod est recuperatio pristini status, in quo quis fuit ante captivitatem, perinde ac si medio tempore in hostium potestate non fuisset) eam cum reliquis juribus recuperet: quo modo dicitur pendere jus liberorum *§. Si ab hostibus, inst. d. tit.* Si captus apud hostes decesserit, fingitur lege Cornelià mortuus liber ipso momento captivitatis *d. §. Si ab hostibus.* Illius ratio est in commiseratione, ne afflicto addatur afflictio; hujus verò in favore conservandi testamenti, quod factum est à capto. [18]

VI. Datione in adoptionem *§. Sed etsi, inst. d. tit.* quia nemo potest esse in potestate plurium; quod quatenus procedat dictum superiùs. Quo casu ex dato in adoptionem existens nepos, antè tamen conceptus, non transit in potestatem adoptantis, post adoptionem verò qui concipiuntur, sequuntur patrem adoptivum. [19]

VII Volunt dissolutionem patriæ potestatis caussari expositione infantis *per l. 2. C de infantibus expos.* quæ tamen non tam loquitur de liberis, quā de servis per dominos expositis, qui ideo privantur potestate. [20]

VIII. Præscriptione, si patiatur filium agere tamquam hominem sui juris *l. 1. C. de patr. potest.* [21]

ADDI-

ADDITAMENTA

Ad tit. 7. de adoptionibus.

MAtrimonium, de jure civili, non solvit patriam potestatem §. 2. *inst. de Sc. Tertyll. l. 22. §. pen. solut. matrimon. l. 3. §. 5. de donat. inter vir. & uxor. l. 5. c. de condit. insert l. 12. C. de collat. l. 7. c de nupt. l. 1. c. de bon. qua liber. l. 20. ad L. Iul. de adult.* Moribus autem nostris contrarium observatur, si enim Paterfam filio permittit uxorem ducere, vel seorsim habitare, vel proprium focum habere, tacitè eum emancipat. Suth. *diss. 2. aph. fin.* Eleg. Besold. *in thes. pract. verb.* freyen/ *& in tr. de trib. domest. societ. spec. discurs. 1. c. 4 n. 6*

Adoptioni non dissimilis est recepta passim in Germania unio prolium (die Einkindschafft) quæ est pactum inter parentes, eorùmque ex diverso matrimonio, utrinque susceptos & suscipiendos liberos, præ supposito filiationis jure, de mutua invicem successione, coram ordinario loci magistratu, cum causæ cognitione, adhibitis iis, quorum interest, & actis intervenientibus, ritè rectéque initium. De qua materia vid. Treutl. *vol. 1. disp. 2. th. 11. per tot.* Gail. 2. *obs. 125* Rick. *tr. de union. prolium*, Gylman, *tom. 3. Symph. pol 351. in fin.* Mein. *tom. 4. decis. 6. fol. 55.* ubi requisita hujus consuetudinis reperies, adde Besold. *in thes. pract. verb.* Einkindschafft/ & Wehn. *in obs. pract. verb. isto.*

TITULUS VIII.

De rerum divisione.

SUMMARIUM.

1. *Res alia divini, alia humani juris: & qua res sacra.*
2. *Religiosum locum quid faciat.*
3. *Sacra qua dicantur.*
4. *Divisio rerum in communes, publicas, universitatis, nullius & singulorum.*
5. *Co[illegible] n unia quanam esse dicantur.*
6. *Imperium etiam in mare exerceri potest.*
7. *Veneti an exempti ab Imperio Rom & quo iure.*
8. *Præscriptio in locis publicis locum non habet.*
9. *Decima aut vectigalia an licitè exigantur à piscantibus aut navigantibus in mari.*
10. *Publica qua dicantur.*
11. *Item universitatis & singulorum.*
12. *Res item alia corporales, alia incorporales.*

PErsonarum divisionibus, ad cujusque statum pertinentibus, subjunguntur rerum divisiones & qualitates. Ubi rei nomen angustè accipitur, ut distinguatur à personis & actionibus, quas aliàs largius sumptum complectitur.

Prima divisio, quam summam vocat Cajus, quòd aliæ sint divini juris aliæ iuris humani Divini iuris [1] sunt illæ, quæ nullius sunt in bonis: cuius ordinis sunt sacra, religiosa, sancta. Sacra dicta à consecratione solemni, facta per Pontifices, qui sacrandis rebus præerant *l. 9 h. t.* per quam humano commercio eximuntur: unde & extra patrimonium nostrum esse dicuntur *inst. eod. in princ.* actu scilicet & potestate, nec æstimationem recipiunt *d. l. 9 in fine.* Exemptus & manet locus humano commercio, dirutâ æde sacrâ *l. 6. §. 3. h. t.* nisi sacra inde sint evocata. Sacrarium (quod est locus, in quo sacra reponuntur) inter sacra non computatur *d. l. 9. §. 2.* Religio- [2] sum dictum, quòd propter sanctitatem aliquam remotum ac sepositum à nobis, nomine deducto à relinquendo. Talem locum facit privata cuiusque voluntas illatione cadaveris humani, vel principalis eius partis, scilicet capitis, quòd sit imago, unde cognoscimur *l. cum in diversis 44 inf. de religios.* Ratio est, quòd religionis intersit, exstare sepulchra, quibus reponantur cadavera eáque exempta esse ab usibus humanis Eius ordinis & habetur cenotaphium, quod est monumentum memoriæ caussâ factum, in quod corporis reliquiarum nihil illatum *d. l. 6. in fine.* Sancta propriè sunt, quæ neque sacra, [3] neque profana, sed sanctione quadam confirmata *d l. 9. §. 3.* & ab iniuria hominum defensa atque munita *l. 8. h. t.* Cuius ordinis sunt portæ, muri civi-

tatis & municipiorum, in quorum violatores capitalis pœna sancita l. fin. h. t.

4 Altera præcipua divisio prioris, uti apparet, explicativa traditur l. 2. h. t. quòd scilicet quædam jure naturali communia sint omnium, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum. Quæ divisio videtur minus plena, sed supplenda, addito membro, *quædam publica*, quod videtur *in d. l.* 2. omissum, ut rectè notat Accurs. & vult id ipsum divisio, iisdem penè verbis tradita *inst. eod.* uti & textus sequentium legum, in quibus eorum, quæ publica sunt, natura docetur. Divisio ista quinque membris commodiùs reducitur ad bimembrem & suas subdivisiones, quòd scilicet omnia aut sint in nostro patrimonio, sive actu sive potestate, aut extra patrimonium: cujus ordinis sunt ea, quæ dicuntur divini juris, & quæ nullius actu & potestate. Ea, quæ sunt in patrimonio, aut sunt communia, aut singulorum: communia iterum, aut omnium, aut non omnium; & hæc vel publica vel universitatis.

5 Communia dicuntur, quorū proprietas nullius est, actu scilicet, usus autem omnium. Cujus ordinis secundùm naturam sunt omnes res, eò quòd natura rerum dominia non distinxerit, sed communes & in promiscuo usu reliquerit: quamvis distinctionem earum jus gentium induxerit secundùm dicta *sup. tit.* 1. Aer, aqua profluens, mare, nullam accepere mutationem per jus gentium, ut *in d. l.* 2. rectè dicantur ista communia, uti & littora, occasione maris, quatenus maris usum concernunt: nam, quatenus aliis rebus ut illa esse possunt, publica censentur & dicuntur *l. Littora, ne quid in loco publ.* ubi littora, in quæ populus Romanus imperium habet, dicuntur esse populi Rom. quod vel ad jurisdictionem tantùm rectè retuleris, quâ utitur populus Rom. ut littora ista tuta sint ab omni injuria: 6 * uti & mare, in quod & imperium extendi solet, & exerceri potest: cùm jure gentium & inveteratâ consuetudine observatum sit, ut etiam in mari distincta sint imperii jura, ac velut regna tractus, ut sinus quosdam populus quilibet habere intelligatur, & in prætetnavigantes atque ædificantes in mari molibus jactis. 7 * Ut Venetos fecisse notum est: qui licèt per hoc facti sint domini locorum *l. 6. in princ. h. t.* non tamen ex eo solo se Romano Imperio exemptos jute asserunt, quamvis id existimet Baldus *hic in rubr. n. 6.* & Jason. *in l. ex hoc jure n. 26. sup. tit.* 1. Ubi quæri posset, an saltèm præscriptione se possint tueri? Quod videtur dicendum, cùm uti jurisdictio acquiritur præscriptione, ut dicetur *lib.* 2. ita & exemptio ab eadem: cùm, cujus juris est actus, ejusdem & sit distractus. Ad dominium, quod occupando acquiritur, 8 * præscriptio non est necessaria: * quo modo in *l. fin. inf. de usucap.* dicitur non obtinere præscriptio in locis publicis jure gentium, cùm in iis occupatio det omne jus, cujus effectus non durat, nisi quoad ipsa durat: quia mare videtur reluctari possessioni; exemplo feræ, quæ si in libertatem naturalem se receperit, non ultrà captoris est. Ita & littus postliminio redit *d. l. 6. in pr. & l. quod in littore 14. inf. de acq. rer. dom.* Jurisdictio itaque in littora & maria est populi Rom. cujus est tuta ea reddere ab improborum injuriis, arcere eos, qui non commutandarum mercium caussâ; sed eorum usum impediendi, maria ingrediuntur, veluti exules Romanis terris, & alios hostes, eo modo, quo rectè eos arcet usu locorum imperii. Ludibrio enim alias leges forent, si quod in terra facere non licet, in mari permittendum esset.

9 Quæres hic, an à piscantibus in mari licitè exigantur piscium decimæ, aut prætetnavigantes urgeantur ad alicujus vectigalis solutionem? Quod videtur negandum, cùm mare sit commune omnium jure naturæ: nec ejus caussa decreto populi immutari posse videtur *L. venditor, inf. communia præd.* extra cujus est potestatem. Dicendum tamen, id licere, si justa caussa intercedat: veluti si commodior littoris usus sine magno sumptu conservari nequeat; si instructa classe oras maritimas tueri sit necesse, & mare à piratis liberum servandum. Tales enim caussæ cùm cedant bono piscantium, & navigantium mare, faciunt mediocre, quid exigi posse: qua de caussa & ædificiis ibi constitutis solarium imponi poterit *arg. l. 1. §. Si quis 17. ne quid in loco publ.* ubi solarium, inter alias significationes, id dicitur esse, quod pro solo penditur. Vid. Peregrin. *de jure Fisci lib. 1. tit. 1 n. 17. & 18. & 22.*

10 Publica sunt, quæ populi alicujus sunt, uti populi Romani: talia enim propriè publica dici habet *l. bona 15. inf. de V. S.* Ut ad res aliarum civitatum non pertineat id nomen, nisi abusivè *d. l. 15.* Horum alia ad Fiscum & ærarium pertinent, & in patrimonio populi Rom. habentur, uti vectigalia, agri publici: alia publicis dumtaxat usibus & commodis serviunt, nullo ex his in ærarium populi Romani fructu procedente; quæ proprietate quidem sunt populi, usu verò omnium, qui sub isto populo deguat. Ejus ordinis sunt flumina perennia, non etiam non perennia; unde hic, *in l. 4. in fine*, additur *pene*. Ejus etiam ordinis sunt portus & ripæ, quatenus requirit usus fluminis: nam aliàs ripæ privati juris sunt, uti & sunt proprietate. Publica itaque

serviunt usibus eius populi, non etiam cæterorum. Nec obstat, quod dicitur *l. 5. hoc tit* riparum usus publicus esse iure gentium: nam hoc non eò pertinet, ut omnibus omnino, etiam exteris gentibus concedi earum usus debeat, cum rectè ab eo prohibeantur, sed ita accipiendum, quòd cuiusque gentis & nationis hominibus flumina suarum regionum in promiscuo serviant. Hoc quoque notandum, nomen, *publicum*, interdum in iure accipi pro communi, ut *in Littora, inf. ne quid in loco publ. l. quod in littore, l. quamvis inf. de acquir. rer. dom.* & aliis locis: nisi publica ibi accipiamus, quatenus præter usum communem omnium præstant aliis in rebus ipsi populo utilitatem.

11 Universitatis dicuntur, quæ sunt alicuius civitatis, ut theatra, stadia, & his similia, ad usum eius civitatis comparata *l. 6. §. 1. h. t.* qualia abusivè publica vocantur *d. l. 15.* secundum quod accipienda *l. inter 17. inf. de V. S.* Huc etiam spectant ea, quæ sunt alicuius collegii, quæ sunt tantùm in usu eorum, qui sunt eius collegii.

Singulorum res sunt, quas quisque sibi acquisivit, idque variis modis, de quibus *Instit. eod. & inf. de acquir. rer. dom.*

12 Sunt iterum res aliæ corporales, quæ cerni, tangi possunt: aliæ incorporales, quæ sub sensum externum non cadunt, sed intellectu tantùm percipiuntur *l. 1. §. Quadam h. t.* quæ licèt circa corpora versentur, sine corpore tamen consistunt: uti hæreditas, quam etiam sine ullo corpore intellectum iuris habere scriptum *l. Hereditas 50. inf. de hered. petit.* Cuius sensus est, quòd hæreditas sit nomen iuris, non corporis; ius designans, non res singulares *l. Bona 208. inf. de V. S.* subsistens, etsi in ea nihil sit corporale *l. 3. inf. de bon. possess.* Nam hæreditatem ab ipsis rebus distingui, est tralatitium, id est commune apud Jurisconsultos, etsi eam rem videatur ridere Seneca sub alterius persona, *lib. 6. de benefic. cap. 6.* Vide ibi Lips. & Muret. & Petr. Fabr. *ad l. Hereditas 62. num. 10. de R. I.* Eiusdem ordinis est ius utendi fruendi, obligatio, iura prædiorum *l. 1. in fine h. t.* Quædam iterum harum rerum per se subsistunt, uti hæreditas non adita, quæ tantis per nullius est: quædam corporibus adhærent; & vel personæ cohærent, ut obligatio, iura dominium; vel rebus, uti iura prædiorum; vel partim personæ, quatenus sunt ius utendi, fruendi, partim rei & corpori, quatenus sunt servitutes, uti usus fructus, usus, habitatio. Res iterum aliæ sunt liberæ, quarum liber usus est in arbitrio domini: aliæ servæ, quæ alteri personæ vel rei obnoxiæ, cuiusmodi sunt servitutes, feuda, emphyteusis. Res denique aliæ sunt mancipi, quæ capi & alienari possunt, uti res soli Italici: aliæ nec mancipi, uti prædia provincialia, stipendiaria, tributaria, quæ alienari non poterant: quæ differentia est sublata per Justinianum *l. unica cod. de usucap. transformanda.*

ADDITAMENTA

Addit. 8. de rerum divisione.

AN obligationes ad personas rectiùs referantur, quàm ad res? posterius affirm. cum Schot. *in exam. jurid. pag. 69.* & Sutholt. *diss. 12. aph. 3.* ubi dicit obligationem esse in personis subiectivè, in rebus autem obiectivè.

Ad n. 1. Res nullius in bonis esse dicuntur 4. modis, censurâ aut casu, naturâ, facto, temp. Suth. *diss. 4. aph. 22. & seqq.*

Varios modos, quibus sacrum ærarium ditari possit. Vid. ap. Besold. *in thes. pract. verb.* Armkast / Gotteskast / etc.

TITULUS IX.

De Senatoribus cum quinque seqq.

SUMMARIUM.

1. *Senatores qui.*
2. *Consules qui. & unde dicti.*
3. *Praefecti praetorio qui, & Praetorium quid.*
4. *Praefecti Urbis officium.*
5. *Quaestorum officium.*
6. *Praetores qui: alii urbani, alii peregrini.*
7. *Species facti* l. Barbarius de offic. Praetor.
8. *Ratio dubitandi.*
9. *Princeps censetur dispensare, scienter promovendo indignum.*
10. *Corrupta lectio* in d. l. Barbarius.
11. *Acta Barbarii* in d. l. 3. *sustineri ex titulo putativo, ob publicam utilitatem.*
12. *Titulus huiusmodi errore communi niti debet.*
13. *Etiam judice delegato per errorem.*
14. *Id in obtinere & jure canonico.*
15. *Non distinguendo, quoad impedimentum, etiam excommunicationis.*
16. *An idem obtineat quoad forum conscientiae.*
17. *Quid si postea amittatur titulus?*
18. *Quid sit juris in impedimento juris divini aut naturalis.*
19. *Gesta per foeminam Pont. nullius esse roboris: & de Ioanna Papissa fabula.*
20. *Acta per judicem ratione carentem non sustinentur ex errore communi*
21. *Gesta ex titulo putativo an valeant respectu eorum, qui conscii fuerunt impedimenti.*
22. *Acta huiusmodi esse irritanda.*
23. *Decisio* d. l. 3 *habet locum etiam in unico actu tantùm.*
24. *Non obtinet, cessante publicâ utilitate.*
25. *Habet locum in publicis officiis.*
26. *Error communis non facit jus.*
27. **Praefecti vigilum officium.*
28. *Proconsules qui & eorum officium.*
29. *Praeses quis, ejusque officium.*
30. *Munera Praeses aut Magistratus quae capere possit.*
31. *Legibus, non exemplis judicandum.*
32. *Iudex secundùm veritatem judicare debet.*
33. *Intellectus* l. Illicitas, § Veritas de off. Praes.
34. *Officium Procuratoris caesaris.*

EXpositis diversionibus & qualitatibus Personarum, quae agunt, & Rerum, de quibus agitur in iudiciis subiunguntur congruenter iudicum, coram quibus agitur, qualitates: quae cùm magis ad historicam cognitionem quàm Jurisconsulti facultatem pertineant, obiter tantum de iis agemus. Et primò quidem hoc Tit. agitur de Senatoribus. [1] * qui in Senatum lecti, publici consilii caussâ, dicti à senili aetate, unde & Patres appellati, vel à curae similitudine: diversi a Patriciis, qui non omnes Senatores, uti nec omnes Senatores sunt Patricii. Horum privilegia aliqua hic referuntur. Ex hoc ordine sunt plerique Magistratus, quorum duo genera, alterum urbanum, alterum provinciale.

[2] Urbanorum Magistratuum antiquissimi & summi erant Consules, à consulendo dicti, quòd consulerent civitati, de quibus *Tit.* x. quorum munus etiam duravit sub Imperatoribus.

[3] Post eos agitur de officio Praefecti Praetorio *tit.* 11. qui instituti sunt ad vicem Magistri equitum. Nomine *Praetorii* Jurisconsulti nostri denotant partem villae lautiùs aedificatam. Designatur eo & locus, ubi Praetores ius reddebant; postea etiam translatum ad tabernaculum Principis, & domum aulámve eius; ut Praefectus praetorio dicatur, qui cohortibus aulae praeest. Hic primò dignitate Consulibus proximus, postea etiam superior, eique summa rerum iudiciorumque commissa, ut vice sacrâ iudicaverit, & ab eius sententia appellare non licuerit, *tit. cod. de sent. Praefecti Praetorio.*

[4] De Praefecto Urbi agitur *tit.* 12. Eius fidei commissa erat urbs, absente praecipuè Magistratu, eiusque praecipuum officium erat urbem custodire, crimina audire. Extra urbis terminos nullum ei imperium erat: iurisdictionem tamen retinebat, cuius ergo poterat iubere iudicare, id est, Judices dare, qui intra terminos ditionis suae iudicarent *l. fin. h. t.*

[5] Quaestores, de quibus *tit.* XIII. dicti, quòd conquirendae, conservandae, & in usus suos erogandae pecuniae publicae curam gererent: unde & his sua erat iurisdictio atque imperium, ut videre est *l. 1. h. t.* Horũ origo antiquissima, & sub Regibus instituta, Tac. *lib. 11. Annal.* Erant & Quaestores sive Quaesitores parricidii, quo nomine veniebat omne crimen capitale. Horum meminisse Legem 12 Tabb tradit Pomponius *l. 2. § Et Quia 3. sup. de orig. juris.* Hi à populo constituebantur, ut rebus capitalibus praeessent. quòd Consulibus, non esset lege permissum de capite civis Romani iniussu populi ius dicere.

[6] De Praetoribus agitur *tit.* 14. qui ita dicti, quòd popu-

populo præirent, sive, quòd jurisdictioni præessent. Horum alii urbani, alii peregrini: plures enim creari soliti pro Reipubl necessitate & usu; & quidem octodecim fuisse constat, ex *d. l. 2. §. capta deinde 32.* qui ad tres postea redacti *l. 2. cod hoc tit.* Definitur Prætor a Cicerone *de Legib.* Juris disceptator, qui privata judicare judicarivè jubet & juris civilis est custos. De horum auctoritate dictum su pra *tit 1. in fine*, ut hic non sit repetendum; quæ multum imminuta sub Imperatoribus.

Ad L. Barbarius Philippus 3. de officio prætorum.

7 VNum hîc proponitur singulare de Barbario Philippo, non omittendum, qui fugitivus cum esset, domini custodiam elapsus, Romam venit & pro libero se gerens, favore aliquorum, ad Præturam est evectus, populi suffragiis: sub libera enim civitate, res ista contigit. Eum purpuræ honore tumidum & magistratu lascivientē dominus, à quo aufugerat, Romam veniens agnovit & togā ex adverso tacitè prehendens, antiquo & servili nomine compellat. Qui agnito domino conturbatus, eum obtestatur, ut sileat, domumq; deducit & pretio persoluto se redemit, liberumq; fecit. Quæ res, non ita potuit silentio premi, quin ejus conditionem major populi pars resciverit; ut in dubium revocaretur, an quæ edixerat decreverat, alicujus essent momenti.

8 Caussa dubitandi erat, quòd, cùm jure civili servi habeantur pro nullis *l. quod attinet 32. de R. I.* ne minimum quidem actum civilem expedire potuerit, atque ita nec præturā fungi, cum servi judices esse non possint *l Prætor 12. §. pen. inf. de judic.* Nec facit, quòd à populo Romano prætura ei designata fuerit: nam, cùm ille ignoraverit ejus conditionē non potest videri fecisse habilem, quòd errantis nullus sit consensus *l. Si per errorem inf. de jurisdict.* Poterat certè populus, si scivisset illius conditionem, præturā eum donare & facere habilem ad civilia munia, tacitè concessā libertate *d. l. 3. in fine.*

9 Ex qua rectè colligunt Interpretes, Principem censeri dispensare super alicujus inhabilitate, scienter eum ad officium aliquod promovendo, ne aliàs videatur ludere velle, quod est contra ejus majestatem: & hoc, quando est tale impedimentum, quod tollere potest. Debet autem constare, Principem scire impedimentū; quia in sola promotione fundatur dispensatio, ut satis patet ex *d. l. 3.* sed præcipuè in scientia. Non est autem necesse, ut exprimatur in litteris promotionis inhabilitas, aut etiā ponatur in iis, *ex certa scientia*, ut rectè tradit Gabrielius, *lib. 1. commun. opin. tit. de præsumpt concl. 8.* & Menoch. *2. præsumpt. cap. 20.* Ut in *d. l. 3. in fine* Barbarius in prætoria fuerit visus esse dignitate, nō tamen verè Prætor fuerit, quamvis illud insinuare videatur *d. l. 3.* * Cujus lectio videtur corrupta, in versiculo, *Et tamen videamus*, qui legitur affirmativè, cùm tamen legendus sit negativè, scilicet, *Videamus, si servus quamdiu latuit, dignitate prætoriā functus non sit: quid dicemus an quæ edixit, quæ decrevit, nullius fore momenti?* De quo absurdè profectò dubitaretur, si omissā negatione legamus affirmativè. Nam, si verè prætoria dignitate functus fuerit, extra dubium omnino est, acta ejus valere, & ita rectè tenet Ant. Contius *lib. 1. disput cap. 2* Cujac. *c. 18. obs. c 33. & ad l. 2 cod. de sentent. & interlocut. omn jud* affirmativam tamen lectionem *in d. l. 3.* adversus Cujac. retinendam esse contendit Joann. Robert. *1 recept. sent c. ult. & animad. lib. 1. cap. 18. Notisque ad notata Mercat. sive Cujacii.* Prætor itaque, licèt non fuerit, quia tamen præturā visus fungi, respōsum *in d. l. 3.* ea, quæ interim edixit, decrevit, suū habere momentū, humanius esse. 10

De cujus responsi ratione quæritur. Nam aliqui eam ponunt in errore communi, quem volunt haberi pro veritate. Minùs bene, cū error, qui est consensui contrarius, cùmq; tollit, non possit dici jus ponere, *d. l si per errorem, inf. de jurisdict.* Ut minùs rectè etiam aliqui faciāt generalēm regulam, errorem communem facere jus & haberi pro veritate, qua de re paulò inferius Rectiùs dicetur, hoc ita receptum esse, propter publicam utilitatem, uti insinuat *d l. 3.* & probat Ant Govean. *var. lect. lib. 1. c. 6. in fine* Adde Hotom *illustr. q. c 17.* Busium *ad d. l. 3.* & Besold *ibid. in delibat. jur c. 47.* Cui respondet, non circumscribi eos, qui publico judicio egerunt coram eo, qui jussu populi judicem agebat. Ut videatur fundamentum præcipuū ponendum in titulo putativo, caussato per erroneam populi designationem, sine qua, minimè forent valida habenda acta ejus, qui citra istam designationē populi aut alterius superioris, publicis actibus se immisceret, quia defectus tituli facit deesse iurisdictionē. * Titulus itaq; errore cōmuni reputatus verus, cùm talis non esset, collatus tamen ab eo, qui conferre potest *d. l. 3* facit propter publicā utilitatem, sustineri gesta coram tali designato Prætore Dico communi, quia non sufficeret unius aut alterius error, qui non ponit communem errorem & probabilem. Sufficiet autem, errorem esse communem in loco, ubi actus est gestus, quia ibi impedimentum est occultum, ut patet ex *d. l. 3.* Nam verosimiliter Barbarii istius 11 12

..tius conditio in loco, unde fugerat, fuit notoria. Dixi, collatus tamen ab eo, *&c.* nam aliàs gesta non valerent, si vel titulus non est collatus, vel non à legitimo superiore, quia nullus est: atque ita solus esset error communis, qui non sufficit. Abbas *ad c. Nihil 44. num. 11.* ꝟ *de elect.* Heur. Bohic. *ibid.* Et vult illud *d. l. 3.* quæ se fundat in designatione populi: ut eâ cessante, Barbarii, de quo ibi, tamquam intrusi, acta essent dicenda nulla. Facit eò *c. Nosti 9.* ꝟ *d. t.* ubi facta à non habente titulum dicuntur revocanda.

13 Hæc ita obtinere in judice ordinario patet ex *d. l. 3* ex ratione communis utilitatis: quæ cùm non minus obtineat in delegato, reputato communi errore habili, cùm verè esset inhabilis, idem in constituendum *l. 2. cod. de sent. & interlocut.* ubi sententia prolata ab arbitro, qui in libertate eo tempore morabatur, dato per Magistratum, non ideo minùs habet auctoritatem rei judicatæ, quòd postea in servitutem sit depulsus. Obtinent eadem & in aliis qui personam publicam sustinentes, ex titulo, quē obtinuerunt, putativo varia egerunt. Cujus ordinis sunt Notarii: nam & eorum acta habentur pro validis, etiamsi postea pateſiat inhabilitas ad ista munera, ex ratione jam allegata. Jason *ad d. l. Barbarius num. 18. & ibid.* Costal.

Dicta procedunt non tantùm jure civili, verùm & canonico. Nam & eo jure titulus putativus, à

14 superiore legitimo collatus, facit acta per habentem talem titulum haberi valida: quod ipsum sufficienter probat *can. ad probandum* ꝟ *de sent. & re judic.* ubi sententia à pluribus, qui jussi erant judicare, prolata, ideo irrita declaratur, quòd unus inter eos esset publicè excommunicatus, ita ut occulta ejus excommunicatio sententiæ ob futura non fuisset, ut rectè ibi tradit Glossa, & ibidem Henricus, *num. 3. & 4.* subjungens, etiam occultè excommunicatum retinere jurisdictionem, quamdiu toleratur per Ecclesiam. Facit, quòd, ut jure civili vitium ignoratum non obest, ita nec debeat obesse canonico, *c. penult* ꝟ *de cler. excom. ministr.* Concurrente eâdem utilitatis ratione, quæ consistit in evitando gravissima inconvenientia, & scandala, quæ sequerentur, si, detecto impedimento, personæ publicæ hactenus reputatæ legitimæ, gesta per eam aut coram ea rescinderentur, cum præjudicio aliorum, qui citra suam culpam ejus operâ sunt usi: quæ res non levem pareret confusionem. Vide Navar. *in Manuali c. 9. n. 9. & 10.*

15 Non est autem hic distinguendum quoad impedimentum: nam qualecumque id fuerit, etiam excommunicationis, hæreseos, aut simile, occultum tamen non impediet actûs valorem *d. c. Ad probandum, arg. à contrario sensu.* Felin. *ibid. n. 3.* Bart. *ad d. l. 3. lect. 2. num. 9.* Adeò ut rectiùs sentiant, qui volunt, Prælatum occultè excommunicatum validè excommunicare: quia excommunicatio est actus jurisdictionis, quâ non privatur occultè excommunicatus, Felin. *d. loco, num. 7.* uti & validè confert Ordines, & cætera, quæ sui sunt muneris, exequitur. Non obstat *c. Audimus 24 q. 1* quod contrarium insinuare videtur; quia non loquitur de affecto occultâ excommunicatione, sed publicâ. Et hæc ita quoad ea, quæ sunt fori externi, de quo loquuntur pleraque jura.

16 An eadem procedant quoad forum internum, quod vocant conscientiæ, controvertitur. Pro negativa facit *can dudum 54. vers. In sua quoque* ꝟ *de elect.* quod habet, quemdam ipso jure titulo suo privatum, animas sibi commendatas damnabiliter decepisse; quòd nullâ aliâ ratione dici potest, quàm quòd absolutiones subditorū erant nullæ. Verùm cum istud videatur loqui de impedimento notorio & non concurrerit comunis error, justus & probabilis, rectè per talem gesta invalida ibi judicantur. Ut contrà dicendum sit in casu, quo impedimentum est ignoratum, atq; ita confessiones tali factæ iterandæ non veniant, detecto impedimento, eò quòd sint factæ illi, cui titulus erat à superiore collatus, quiq; communi ac justo errore ignorabatur impeditus. Facit, quòd utrumque forum hac in re reputetur ejusdem rationis, quoad potestatem jurisdictionis, cùm qui potest absolvere & ligare in foro exteriori, etiam possit in interiori, supposità ordinis potestate. Deinde eadem & majora inconvenientia ac scandala sequerentur, si gesta in foro interiori venirent iteranda: ut rectè sententiam illam approbet Glossa *d. c. dudum V. decepta* & Abbas *ibid. n. 20. & 21* & Nav. *ad can. placuit, n. 280. de poenit. dist. 6.* qui addit *ibid. n. seq.* eos, qui intrusis & omni titulo carentibus Sacerdotibus bonâ fide confitentur, salvari, si non per Sacramentum, quod nullum subest saltem per Sacramenti fidem; quod & tradit Glos. *d. l.* Ita tamen, si in bona ista fide permanserint: nam si rescriverint postea, tales Sacerdotes titulo omnino caruisse, & se intrusisse, tenebuntur iterare confessiones antè nulliter factas.

17 De eo dubitare parum convenit, an procedat decisio *d. l. 3.* in eo, cui titulus ab initio legitimè fuit collatus, postea tamen amissus per delictum? Cùm, si sit delictum occultum, & officii ipso facto amissio, vel privatio occulta, debeant gesta haberi valida, propter errorem communem, causatum à justo tituli initio. Abbas *ad d. c. Nihil, n. 12. in fine*: præcipue

tione, si permaneat in pristina possessione. Etiam si huiusmodi privatio contigerit in Romano Pontifice, ex caussa hæreseos, in quam incidit, secundum opinionem existimantium, cum hoc ipso desinere esse Pontificem & caput Ecclesiæ. Bellarm. *de Romano Pontif. lib. 2 cap. 30 circa fin* nam & hic communi errore existimabitur verus Pontifex, ejúsque acta valida iudicanda, propter utilitatem publicam: cùm impedimentum sit iuris humani, quod excusat communis error, cum titulo præsumpto. Innoc. *in d. c. Nihil n. 3.*

18 Rectè hic quæritur, an, sicut impedimentum iuris humani facit acta subsistere, ita & iuris divini vel naturalis? Affirmat Jason *in d. l. Barbarius num. 56.* ubi tradit, absolutionem sacramentalem collatam ab eo, qui reputabatur Sacerdos, cùm non esset, validam esse, *alleg.* Gl. *in d. c. Dudum 54 V. decepta,* & ibi Innoc. ※ *de elect.* quorum tamen neuter id ipsum habet; cùm uterque dicat, confitentem quidem securum esse, non tamen, nisi, donec ignorat & non tam vi Sacramenti, quàm propter bonam fidem: ut potiùs contrarium Jasoni sentiant. Tradit & idem Jason *d. loco num. 57* valere gesta per feminam, errore communi pro viro habitam, ad summum Pontificatum provectam. Contraria sententia vera est, titulum scilicet putativum, concurrente etiam communi errore, nihil proficere ad valorem actuum isto in casu. Nam ideo titulus putativus, concurrente communi errore, facit sustineri acta, quia ius pontificium & civile censetur supplere defectum: certum autem est, non posse suppleri per humanam potestatem defectum juris divini aut naturæ, qui a superiore voluntate dependet. In quam, cùm nihil iuris sit inferiori, nec poterit is defectum ex ea dependentem supplere: qualis est circa potestatem Ordinis, quæ non ordinato, non potest adesse, uti nec ordinatio tenet in femina. Unde rectè Abbas, *in c. 2. in fine* ※ *de Baptismo* dicit, ordinatum ab eo, qui reputabatur quidem Episcopus, non tamen erat, nullum Ordinem recepisse, propter defectum juris, dependentem à superiore potestate. 19 * Hinc gesta per feminam, ad Pontificatum provectam, nullius sunt roboris, quia femina jure divino incapax est Pontificatûs & omnis ordinis; ut dispensatio Pontificis nihil ea in re possit, uti traditur ※ *de tempor. ordinar.* Quod attinet ad quamdam feminam, quam volunt dictam Ioannam, in Pontificatum, cùm vir putaretur, protrusam, uti & Jason insinuare videtur, *d. n. 57.* non est nisi mera fabula, falsitatis perspicua continens argumenta, probabilitatis nulla: ut, si quæ anilis sit fabula, hæc talis sit dicenda; facilè tamen credita ab iis, qui Sedi Romanæ minùs æqui, omnibus modis ejus perpetuam continuámque successionem impugnant & interruptionem probare conantur, si non veris, saltèm falsis argumentis, quæ confutat Bellarm. *lib. 3. de Rom. Pont. c. 24.* & latè nec minus doctè Florimundus Ræmundus. 20 * Similiter, si judex designatus fuerit usu rationis carens, nihil proderit ad valorem gestorum coram eo, quòd communi errore sanæ mentis habitus fuerit, quia defectus iste, non est ejus generis, ut per superiorem suppleri possit Abbas *in c. Sciscitatus 13. n. 12. in fine & ibid.* Fel. *n. 4.* ※ *de rescript.*

21 Unum superest, an gesta ex titulo putativo, de quo hactenus, mero jure sint dicenda valere, respectu eorum, qui sunt conscii impedimenti? Videri posset, nihil facere communem errorem, respectu eorum, qui habent scientiam Impedimenti, quæ ipsis non tam debet prodesse quàm obesse, cùm ponat eos in culpa, agentes coram eo, quem sciunt inhabilem. Gabriel. *d. concl. 6. n. 30.* Bald. *ad c. Ad probandum n. 1.* ※ *de sent. & re jud. c.* Posset tamen contrarium videri verius, acta scilicet valere respectu etiam eorum; ex eo, quòd jura ad valorem istorum inspiciant communem errorem, non etiam unius aut alterius: atque ita, ut aliquorum error non sufficit, ut ab inhabili gesta, eorum respectu sustineantur, ita, nec scientia aliquorum impediet, quin gesta taliter valeant. Considerant enim leges, non quæ in casu particulari, sed communiter accidunt *l. Nam ad ea 5. sup. de legib.* Abbas *ad d. c. Ad probandum n. 15. & 16.* Felin. *ibid. n. 18.* 22 * qui tamen volunt irritandum esse actum, odio illius, cujus respectu est gestus, cùm nihil sit, quod ipsum excuset. Quod ipsum, vel præcipuè procedet in foro conscientiæ: neque enim confessio videtur subsistere propter obicem ex parte pœnitentis; qui peccat, non vitando excommunicatum, licèt publicè ignoratum, propter scientiam particularem, ob quam in occulto saltèm eum evitare debuerat, uti in foro conscientiæ, quo nihil occultiùs; nisi caussa excusans subsit, ut quia non esset alius, cui posset confiteri, quia tunc ex parte confitentis nullus est obex; confessiatio autem suam jurisdictionem salvat communis error, cum titulo putativo.

23 Designata itaque Prætura per populum Barbario, per communem errorem libero habito, facit caussa utilitatis publicæ, acta ejus haberi valida: non distinguendo, multa ab eo fuerint acta, nec ne, quia fundamentum non consistit in multitudine gestorum, sed in designatione populi, concurrente communi errore & publicâ utilitate; quæ etiam vertitur in casu, quo actus unicus tantùm est confectus, Jas. *in d. l. Barbarius, in fine.* 24 * Cujus decisio non procedit,

cedit, cessante publicâ utilitate. Hinc, quamvis aliquis habeatur communiter liber ab irregularitate & nullo vinculo censuræ innodatus, si tamen secus res se habeat, nihil illi proderit error communis ad licitam retentionem beneficii interea collata *c. Postulastis* ¶. *de clerico excom. minist.* ubi rectè docet Abbas, *num. 4.* in his, quæ tendunt ad favorem excommunicati, non esse differentiam inter occultum & manifestum excommunicatum; quod & traditum *in c. Veritatis num. 47.* ¶. *de dolo & contum.*

25 • Ut bene tradit Jason *in d. l. Barbarius num 50.* eam procedere in publicis officiis, non etiam quatenus concernunt privatam utilitatem. Hinc inhabilis electus Abbas, etsi ejus acta, ratione publici officii valida habentur, non tamen quoad alia rectè operabitur. Innoc. *in c. Cùm dilectus in fine* ¶. *de consuet.* & *eum secutus* Bald. *in d. l. Barbarius lecturâ 2. num. 5.*

26 Ut non rectè plerique pro generali regula ponant, errorem communem, aut opinionem jus facere, aut haberi pro veritate. *Doct. communiter ad l. 1. cod. de testam.* per text. istum, ut quo servus adhibitus in testem, qui pro libero passim habebatur, facit testamentum subsistere, etsi postea servus apparuerit: cùm id ipsum contra strictam ac communem juris rationem ex benignitate sit receptum jure singulari; ut patet *Instit. de testam. §. Sed cùm aliquis*, ubi dicuntur Impp. subvenire ex sua liberalitate, ut testamentum habeatur firmum. Ut ista decisio non sit producenda ad consequentiam, aut transferenda in perpetuam juris regulam ac depositionem *l. jus singulare l. quod verò 14. sup. de legib.* Ratio dispositionis *d. l. 1.* posita est in favore publico: publicè enim expedit exitum habere suprema judicia *l. 5. inf. quemadm. testam. aperiant.* Extra publici favoris caussam, an error & opinio communis jus faciant, & habeantur pro veritate, non facilè & unâ regulâ absolutè statui potest; sicut in jure nostro omnis definitio est periculosa, ut ait Jurisconsultus *l. omnis 202. de Reg. I.* cùm alibi aliter obtineat, pro casuum varietate, & non insequenter error communis nihil prosit, ut videre est apud Mascardum *de probat. concl. 649.* Adde Cujac. *ad lib. 3. Sent.* Paul. *tit. 6.* & Ant. Guibert. *quæst. jur. c. 29. num. 8. & 9.*

27 De officio Præfecti Vigilum agitur *tit. 15.* cui commissæ urbis excubiæ & vigilum cohortes, ne quid per noctem in urbe committatur, néve incendium in ea exoriatur. Hinc extra ordinem cognoscebat de incendiariis, effractoribus, furibus, raptoribus *l. 1. h. t.*

28 Hactenus de iis, qui in urbe jus dicunt: sequuntur deinceps, qui in Provincia; inter quos Proconsules, de quorum officio *tit. 16.* Deligi hi consuevêre ex viris Consularibus. Mittebantur in provincias cum imperio consulari, ad regenda, tam bella quàm civilia negotia. Dabantur his Legati, quibus suam jurisdictionem mandarent, atque etiam criminum cognitionem extra ordinem *l. solent. h. t.* Statim ut urbe egressi adsumebant insignia proconsularia: non exercebant autem potestatem nisi in provincia decreta *l. 1. h. t.*

29 *Tit. 17.* agitur de officio Præfecti Ægypti, cui in Provinciam redactæ, ab Augusto constitutus Præfectus, inde dictus est Augustalis.

Titulo 18. agitur de officio Præsidis. Quod nomen generale est, omnes, qui provincias regunt, complectens *l. 1. h t.* ductum à præsidendo. Hic specialiter pro eo capitur, qui cum isto titulo à Cæsare, certis cum mandati formulis in provinciam administrandam mittitur, unde & Rector provinciæ dicitur. Ejus officium est, jus reddere in homines suæ provinciæ; curare, ea sit pacata atque quieta, malis hominibus careat. Unde ejus est, in eos inquirere, animadvertere, tum mulctam irrogando, tum etiam gladio puniendo *l. 6. §. Qui universas d. t.* In cujus rei commodiorem expeditionem præcepta quædam præscribuntur Præsidibus: ut scilicet faciles se præbeant in adeundo, non patiantur se contemni: qua de caussa in ulteriorem familiaritatem provinciales non admittent, quòd ex conversatione æquali contemptus nascatur dignitatis, in cognoscendo in malos non excandescent; precibus calamitosorum non illlacrymabuntur *l. 19. d. t.*

30 • Munera non capient *l. 18. d. tit.* quod & prohibitum est jure canonico. *c. Statutum §. Insuper de rescript. in 6.* excæcant enim sapientes & subvertunt corda justorum; qua de re vide Boëtium, *decis. 159.* Quod & obtinet in his, quæ ex liberalitate offeruntur. Attamen xenia accipere non prohibetur: non tamẽ omnia accipient, neque quovis tempore, neque ab omnibus, οὔτε πάντα, οὔτε πάντοτε, οὔτε παρὰ πάντων. Quòd valde inhumanum sit, à nemine accipere: passim autem, vilissimum & omnia, avarissimum *l. solent. §. 3. sup. tit. 16. de offic. Proconf.* Unde & esculentum ac poculentum liberaliter oblatum, accipere licet *d. l. 18.* quod & permittit Pontifex *d. §. insuper*, quod intra proximos dies prodigatur, id est, consumatur: ut in re modica cesset suspicio & periculum corruptionis. Quia autem potestatem excessisse, hac in re, aut simili Præsides putantur, prohibentur tempore finiti officii provinciâ excedere ante quinquagesimum diem, ut, si alicujus conscii pro-

31 probentur, id luant. *Nov. 8. §. Necessitatem.* * In judicando magis spectabunt, quid fieri debeat, quam quòd aliis est usitatum *l. 12 hoc tit.* neque enim exemplis, sed legibus judicandum *l. Nemo 13 cod. de sent. & interloc. omn jud.* * In universum jus 32 dicent secundùm veritatem, quæ rerum erroribus non vitiabitur & id sequentur, quod convenire existimabunt ex fide eorum quæ probabuntur *l. illicitas 6. §. Veritas hoc tit. 18.* * Ex quo loco colli-33 gunt communiter, judicem debere judicare secundùm allegata & probata: cùm tamen nihil ibi invenire sit, quod possit ad illam quæstionem accommodari. Nam Ulpianus, dum ait ibi, *veritatem erroribus gestorum non vitiari*, aliud innuit, scilicet non esse judicandum secundùm allegata & probata, si ab allegatis & probatis veritas rei, contraria Judici visa fuerit: qua de re commodior locus erit inferiùs *tit. de judiciis.*

Tit 19. agitur de officio Procuratoris Cæsaris vel Rationalis, qui & Curator dictus. Hic in provincias mittebatur, fiscalium rationum causâ; vectigalia colligebat, jura fisci tuebatur, cognoscebat de controversiis, quæ inter fiscum & privatos movebantur *l. 2. cod. si adverf. fisc.*

Tit. 20. agitur de officio Juridici, cui erat jurisdictio in Alexandrina civitate: cujus civibus jus dicebat, simul & intendebat consiliis Præfecti Ægypti.

TITULUS X.

De officio ejus, cui mandata est Jurisdictio.

SUMMARIUM

1. *Ratio ordinis & Tit. hujus.*
2. *Mandata jurisdictione qua transeant.*

QUòd Magistratus, tum urbani tum provinciales, propter occupationes, quibus distine-1 bantur & negotiorum multitudinem, ut non sufficerent causis terminandis, mandare jurisdictionem solerent, vel totam, vel pro parte *l. 16. & 17. inf. de jurisdict.* ideo de tali mandato hic subjicitur: * quo in mandatarium transibat omnis ju-2 risdictio, quæ jure Magistratûs competit, non etiam ipse Magistratus usi nec jurisdictio, quæ speciali jure competit, qua de re agetur commodius mox *lib. 2 tit. 1.*

TITULUS XI.

De officio Adsessorum.

SUMMARIUM.

1. *Iuris studiosi iidem, qui & Adsessores.*
2. *Adsessores quales esse oporteat.*
3. *Adsessores ad certum tempus cur constituti.*
4. *Curator Republica quis.*
5. *Adsessorum imperitia ipsis nocet.*
6. *Salarium residui temporis debetur Adsessori, mortuo ante tempus præstitutum Legato.*
7. *Item heredibus Præsidis & Advocatis fisci.*

VT Præsides, aliique Magistratus convenien-1 tiùs jura redderent, moris iis fuit, adsumere juris studiosos, ut habet *l. 1. h. t.* id est, Interpretes & consultos, qui ipsis adsiderent, id est, quorum auxilio uterentur, quo munere Jurisconsulti nostri functi. De Ulpiano patet ex *l 9 §. Ex facto inf. quod metus caussa.* Inde Adsessores dicti, qui ei, qui judicandi munere fungitur, adsociantur, ut sibi in caussæ cognitione adsideant: unde & dicti consiliarii. *l. 5 h. t.* & Comites *l. 4. eod.* Istis nulla erat jurisdictio, sed tantùm consilium in caussis definiendis impertiebantur circa ea, in quibus de jure agitur: cujusmodi sunt cognitiones, postulationes, libelli, edicta, decreta, epistolæ *l 1. h. t.* Non sunt hi judices nec caussas judicant, absente Magistratu, nec subscribunt libellis. * Oportet eos 2 esse idoneos, Jurisperitos, spectatæ probitatis & integritatis, liberos; liberti non rejiciuntur *l. 2. h t.* non impeditos aliis negotiis, veluti advocandi munere, ne cùm ad utrumque festinant, neutrum bene peragant *l. fin. cod. eod* non infames. * Et quò 3 sanctiùs integriùsque jus redderetur ex eorum suggestione, antiquitus constitutum fuit, ut, ne cui in sua Provincia, ultra tempus, constitutionibus concessum, sine speciali beneficio Principis liceat adsidere *l. hi qui 37. cum sequenti inf. quibus ex caussis majores, &c.* quod est quatuor men-

sium *l. in Consiliariis 10. cod. hoc tit* ex ratione, quam subjicit Paulus, 5 *Sent. tit de jure fisci*, ne aut calumniosus, aut gratiosus apud suos esse videatur & hoc in his duntaxat, qui publico stipendio fruebantur, id est, qui Præsidibus Rectoribusque provinciarum adsidebant, locum habebat, quibus è publico salaria adsignata * Ut diversum obtinuerit in CuratoreReipubl. quem adoptare po-4 tuisse Adsessorem ex eadem Republ patet ex *l fin.* subjunctâ ratione, quòd publico salario non fruantur, atque istius oneris & operis præmium nullum ferant; ut ex alia civitate eum elicere non sit facile. Notandum autem, Curatorem Reipubl. sibi intelligi, suæ quemque civitatis & municipii pecuniarum & bonorum procuratorem, quæ bona, abusivè publica dicuntur *l Bona 15. inf. de V. S.*

5 Caveant autem Adsessores, ne jus aliter suggerant, quàm oportet: nam eorum imperitia iisdem nocebit, non etiam Magistratui, cui adsident *l. 2. inf. quod quisque juris*. Ratio est, quòd, quam profitentur scientiam juris & legum, debeant quoque præstare, non etiam Magistratus; qui, quod juris ex Adsessoris consilio dixit, ipse Adsessor dixisse videtur: cujus proinde imperitia culpæ adnumerabitur, non etiam Magistratus, cui plerumque præficitur non Jurisconsultus, sed vel miles, vel nobilior aliquis.

6 Unum hìc notandum, quod traditur *in l. 4. hoc t.* Legato ante tempus præstitutum defuncto, deberi nihilominus Adsessori & Comitibus salarium integri temporis; quia per eos non stetit, quò minus operam suam præstiterit, modò cum aliis aliquo tempore non fuerint *l Sed addes 9. in fine. D. locati* Nam eo casu, cum operam suam alteri accommodaverint, non habent interesse Aliud est, si Præses ante tempus præstitum successorem acceperit, quia videtur legitimum tempus explevisse: & facit datio successoris & Præsidem & Comites expungi ærario * Præside defuncto, etiam hæte-7 dr ejus residui temporis deberi salarium, non venit dubitandum; cùm & in proximi sacrorum scriniorum & Advocati fisci hæredibus idem sit statutum, ut iis ante tempus defunctis, ipsorum heredibus salarium totius temporis debeatur *l. Si quis in sacris 11. cod. de proxim. sacror. scrinior. lib. 12. l. Post dies 15. cod. de advocat. divers. jud.* Quod ipsum non temerè ad alios Advocatos extenderis; in quibus hoc etiam receptum, ut, si quid honorarii 16 sit prærogatum in antecessum aut præceptum, repeti nequeat, eo defuncto. Unde non videtur iis deberi salarium temporis futuri, quo non præstiterunt officium, licèt per eos non stet, cùm lex in uno casu quid statuendo tamquam singulare, id in omisso videatur negare *L. 1 §. Divus inf. de extraord. cognit.* Cujacius *ad l. 4. hoc tit. lib. 4. Respons. Papiniani.* Mysingerus *cent. 3. observat. 8* De Adsessoribus videndus & Barn. Brisson. *Select. ex jure antiq. lib. 1. c. 12.*

FINIS LIBRI PRIMI.

HENRI-

HENRICI ZOESII I. C.
IN LIBRVM SECVNDVM DIGESTORUM COMMENTARIVS.

TITVLVS I.
DE JURISDICTIONE.

SUMMARIUM.

1. *Ratio ordinis.*
2. *Iurisdictio unde deducta.*
3. *Iurisdictio quid sit.*
4. *Alia voluntaria, alia contentiosa.*
5. *Item alia ordinaria, alia delegata.*
6. *Rursus alia civilis, alia criminalis.*
7. *Dividitur & communiter in jurisdictionem simplicem, imperium merum & mixtum.*
8. *Secundùm Neotericos in merum imperium & mixtū.*
9. *Iurisdictio nulla sine imperio.*
10. *Imperium mixtum quod dicatur.*
11. *Intellectus* l. imperium 3. h. t.
12. *Intellectus* l 4. eod. tit.
13. *Mixti imperii quaenam esse dicantur.*
14. 19. *Merum imperium quid sit.*
15. Gladii *nomine quid hic veniat.*
16. *Intellectus* l. aut damnum 8. §. de poenis.
17. *Ad jus gladii, an & quae poena alia referantur.*
18. *An & deportatio, in metallum damnatio,* &c.
20. *Tutoris datio, an sit jurisdictionis.*
21. *Intellectus* l. mutuo §. Tutoris, D. de tutelis.
22. *Intellectus* §. Sed hoc jure instit. de Attiliano tutore.
23. *Intellectus* l 1. h. t.
24. *Merum imperium, an & qualiter sit penes solum principem.*
25. *Fuit & penes Dictatores, praefectum urbi,* &c.
26. *Mixtum imperium, penes quos fuerit.*
27. *Fuit & penes magistratum municipalem.*
28. *Circa merum imperium quid hodie obtineat.*
29. *Iurisdictionis caussa efficiens.*
30. *Privati jurisdictionem dare non possunt; prorogare possunt, tacitè vel expressé.*
31. *Intellectus* l. si convenerit 18. h. t.
32. *Iurisdictio acquiritur & praescriptione.*
33. *Item donatione, ultimâ voluntate, venditione,* &c.
34. *Iurisdictio an sequatur venditum castrum.*
35. *Finis jurisdictionis.*
36. *Territorium quid.*
37. *Extra territorium jus dicenti, impuné non paretur.*
38. *Iudex excedere jurisdictionem aut quantitatem praescriptam non potest.*
39. *Prorogatio quoad summam majorem rectè fit.*
40. *In causa reconventionis aditus judex, de quantitate majori cognoscere potest.*
41. *Intellectus* l. si idem 11. h. t.
42. *Iudex, jus aliis, non sibi dicit.*
43. *Iurisdictionem suam; vel totam, vel partem alteri mandare potest.*
44. *Iudicem dare magistratus potest, qui & pedaneus.*
45. *Inter judicem datum & cui mandata est jurisdictio, differentia.*
46. *Iurisdictionē mādare potest, qui eam suo jure habet.*

 47. *Nisi*

1 ABsolutis magistratuum, qui iudiciis præsunt, generibus: eorúmque officio: quo vocabulo continetur id, quod fieri debet: recta methodus postulat Judiciorum, in quibus ius omne vertitur, explicationem: quæ cum desiderent Jurisdictionem, quâ continetur id, quod Judex facere potest, de ea primò subiicitur: & quidem de ea tantùm loquitur hæc rubrica, cùm in Codice adiunctum habeat *& de foro competenti*, propterea, quòd hæc ferè sint coniuncta, ratione personarum, inter quas Jus dicitur, adeò, ut vix inter se distingui possint. Est tamen consultò pars illa hic omissa, quòd de ea agatur inferius de iudiciis, ut patet ex rubrica ibidem; quamvis & hic nonnihil de foro competenti tradatur.

2 Nomen Jurisdictionis, à Jure & ditione quidem è nostris minùs rectè derivant, quos ridet Alciatus *2. dispunct. c. 24. in fine*, cum vera eius derivatio sit à Jure & dictione, sive Jure dicendo, ut patet *ex l. si convenerit 18. h. t.* ubi is, cuius est iurisdictio, dicitur ius dicere: *& l. 1. § 4. de suspect. tutorib.* ubi dicitur, mandarâ iurisdictione officium iuris dicendi transire. * Cui respondet definitio tradita à veteribus, Gl. Bart. *& Dd. communiter in l. 1. h. t.* quòd Jurisdictio sit potestas, publico iure introducta, cum necessitate iuris dicendi & æquitatis statuendæ; de qua vide Fachin. *13 contr. c. 20.* Alii definiunt: Juris dicendi potestatem, iure publico constitutam, ut unicuique, quod suum est Judicis officio tribuatur. Brevius cum Ant. Goveano *de jurisdict. lib. 2. n. 59.* Potestas publica statuendi de civili vel criminali negotio. Potestatem publicam accipe, quæ publicè: id est per populum vel principem datur. Cuiacius *hic ad l. 1.* definit, esse notionem, sive definitionem caussarum magistratui proprio iure competentem. Rectè notionem ponit pro genere definiti, quia latius patet quam Jurisdictio, ut videre est *ex l. ait prætor 5 inf. de re judic.* cum notionem habeat etiam Judex datus, qui tamen excluditur ab ista definitione, quòd non habeat eam iure magistratus.

4 Variæ sunt Jurisdictionis partitiones. Nam alia est voluntaria, quæ inter volentes exercetur, eâque explicantur manumissiones, volentibus dominis: ad arbitrium parentum adoptiones, etiam extra territorium *l 2 sup. de officio procons.* Alia est contentiosa, quæ in invitis, sive præsentes sive absentes, per contumaciam exercetur, intra territorium tantùm.

5 * Alia iterum est ordinaria, quæ suo iure, non alieno beneficio habetur *l. 5 h. t.* Suo iure habere dicitur is, cui ut propria concessa est à principe, vel populo, vel lege. Alia delegata, sive mandata, quæ non principaliter alicui est data, sed alieno habetur beneficio *l. 6. h. t.* cuius etiam nomine, non item proprio exercetur *l. 1. § fin. l. 3 sup. de offic. ejus cui mand. est jurisd.*

6 * Alia item civilis, quæ in civilibus negotiis, caussisque versatur: alia criminalis, quæ ad maleficiorum animadversionem pertinet. Est & alia, quæ specialiter lege, senatusconsulto, vel constitutione principum tribuitur, alia, quæ Iure magistratus competit *d. l. 1. in fine.*

7 Dividunt denique Iurisdictionem in genere sumptam, in Iurisdictionem simplicem & imperium; & hoc iterum in merum & mixtum, ut velint tres species esse Iurisdictionis, imperium scilicet merum, mixtum & Iurisdictionem *l. imperium 3. h. t.* quæ lex Doctorum ingenia ultra modum exercuit; dum Iurisdictionem specialem à mixto imperio distinctam esse indicare videtur: uti & distinguit *l. jubere 4. h. t.* in Iurisdictionem & imperium. Et videtur facere ratio, quòd Iurisdictio significet notionem diversam ab imperio, cùm quod iurisdictioni convenit, dici etiam sine imperio possit: atque ita definiri posset, civilis caussæ cognitio, absque coercitione aut imperio.

8 Verùm, ut communiter Iurisdictio ab imperio habeatur distincta & partitio in tres dictas species videatur recepta, rectius tamen Neoterici, Alciat. *2. Parer. c. 7. 8. & 10.* Goveanus & Cuiacius *ad d. l. 3.* idem Cujac. *21. obs c. 30.* & Donell. *17. comment. c. 8.* Iurisdictionem simplicem non agnoscunt, separatam à mixto imperio, sed duas tantùm species ponunt, imperium merum & mixtum, quod etiam non merum appellatur *l. fin. sup. de officio ejus cui mand. &c.*

9 * Quorum ratio est, quòd nulla detur iurisdictio sine modica coercitione *d. l. fin.* Unde in *l. 1. in*

l. 1. in fine eod. tit. dicitur, imperium jurisdictioni cohærere & vicissim isti imperio dicitur inesse jurisdictio *d. l. 3. h. t.* Ut, cùm non detur iurisdictio (prout volunt) simplex sive specialis, uti separata à Mixto imperio, mixtum imperium & iurisdictio

10 sint dicenda unum & idem. * Mixtum dicitur, quòd non sit purum à iurisdictione, sed quòd iurisdictioni cohæret, vel, cui iurisdictio inest, ut rectè tantùm duæ species ponantur.

11 Non obstat *d. l. 3.* in cujus fine videtur insinuari, jurisdictio quid esse diversum, à mixto imperio, dum ibi dicit JC. *Iurisdictio est etiam judicis dandi licentia:* nam dictio, *etiam*, ibi posita, habet vim relativam. Ut sensus ejus legis sit, sicuti bonorum possessio, ita etiam judicis dandi potentia, mixti est imperii; cùm judicem dare (quod ibi dicitur jurisdictionis esse) ex imperio dependeat. Facit, quòd non rarò, quæ mixti sunt imperii dicantur reservata jurisdictioni, uti jubere caveri, *l. 1. inf. de damno infecto*; quod tamen est mixti imperii *l. 4. h. t.*

12 Nihil quoque facit *d. l. 4.* nam in illa nihil aliud vult JC. quàm quòd eorum, quæ mixti sunt imperii, quædam magis ad imperium pertineant, sive magis sint imperiosa, quædam magis juridica, non tamen ideo extra coertionem sive imperium, sine quo nulla jurisdictio est: ut ista duo necessario vinculo sint conjuncta. Unde factum, ut nomine unius in usu juris, etiam alterum intelligatur, etsi in quibusdam unum magis emineat altero, *d. l. 4.*

13 Mixto imperio attribuuntur hæc, dare possessionem bonorum, dare judicem *d. l. 3.* jubere caveri, in possessionem mittere *d. l. 4.* restituere in integrum, exequi suas & à se datorum judicum sententias, mulctam dicere, jubere rem ratam haberi, judicatum solvi, judicio sisti, & similia.

14 Merum imperium, quod & simpliciter imperii nomine interdum venit, dictum, quòd sit solùm & separatum à jurisdictione, eámque non comitetur, nec ei cohæreat, hoc est, quod non competat jure magistratus, uti mixtum. Definit hoc Bart. *in d. l. 3. n. 6.* Quòd sit jurisdictio, quæ officio judicis nobili exercetur, publicam auctoritatem principaliter respiciens Quam definitionem & alii secuti sunt, cùm tamen non explicet naturam definiti: ut rectè eam reprehendat Alciat. *lib. 2. Parad. c. 7* Alii aliter definiunt. Commodior definitio tradi nequit ea, quam ponit Ulpian. *l. 3. h. t.* ubi ait, *merum imperium esse, habere gladii potestatem, ad animadvertendum in facinorosos homines.* Dicitur & jus gladii, *l. illicitas §. Qui universas sup. de offic. præsid.* Verùm in ista *l. 3.* non tam definiri merum imperium, quàm ejus exemplum dari, plerique post Bartolum ibi existimatunt & non tam definiri per verba juris, quàm facti; nec ea tam substantiam respicere, quàm effectum: quasi & alia forent meri imperii, quam comprehensa sub nomine *Gladii*, qua de re mox. Verùm recentiores justam tradi definitionem ab Ulpiano ista in lege adserunt; Alciat. *d. loco*, eámque cum suo definito converti, cùm quæ sunt meri imperii, sub jure gladii comprehendantur: rejectis somniis eorum, qui & jus ferendi leges ad merum imperium referunt, cùm ea res potiùs ad regalia pertineat, minimè ad merum imperium & princeps, legem statuendo, minimè dici possit animadvertere in facinorosos.

15 *Gladii* autem nomine quid veniat, in dubium vocatur. Sunt qui tantùm eam animadversionem venire volunt, quæ gladio infertur, non etiam securi, fuste, telo, veneno, secundùm *l. aut damnum 8. §. 1. inf. de pœnis.* Quò facit, quòd merum imperium dicatur jus gladii *d. §. Qui universas*, & alibi, gladii potestas. Verùm licèt per eminentiam dicatur jus gladii & potestas, latiùs tamen eius verbi significatio se extendit; ut non tantùm comprehendat modum, quo quis gladio consumitur, verùm & quo securi, & alio genere pœnæ capitalis, sive ultimi supplicii afficitur; cùm *animadvertere* proprium sit verbum ultimi supplicii, quod variis modis infligitur, ut apparet *ex l. capitalium 28. inf. de pœnis.*

16 Nec facit *d. l. 8. § 1.* nam quod ibi dicitur, in damnatum, ut gladio in eum animadversaturi non etiam securi, aut aliter animadvertendum esse, hunc habet sensum, quòd genus pœnæ sententiâ comprehensum, augeri aut mutari non possit, vel quòd minor potuerit esse atrocitas in securi, quæ vetus & ordinaria erat pœna, quàm in gladio, quæ nova. Quò facit dictum Caracallæ apud Spartianum, qui reprehendens carnificem, quòd Papinianum securi percussisset, *gladio*, inquit, *non securi exequi te oportuit jussum meum.* Vide Coras. 3. *Miscell. c. 17.* Petr. Fabr. *ad l. nemo 17. de R. I.* Cujac. 21. *obs. c. 30.* Fachin. 9. *contr. c. 94. & Dd. communiter ad d. l. 3. h. t.*

17 Ad potestatem sive ius gladii aliæ pœnæ videntur posse referri, corporales quidem, quæ tamen vitam non adimunt, ut membri amputatio, perforatio, inustio, atrox verberatio per flagra, fustes & similis maior animadversio; quâ corpus liberi hominis ob vindictam publicam cruciatu afficitur *l. si quid 11. sup. de officio procons.* ubi eiusmodi pœnæ genus iis, qui provincias regunt, reservatum, penes quos, non est ius gladii, *d. l. 11.* Cùm & eiusmodi pœnarum genera insint mero imperio, quæ olim adversus cives Romanos iniussu populi ex

lege

lege Porcia & rogationibus Semproniis exerceri prohibebantur; quibus, etsi vinciri, aut in carcerem duci civem Romanum prohibitum fuerit, ineptè tamen ejusmodi ad jus gladii pertinere, quis dixerit, cùm non veniant nomine supplicii, aut gravioris animadversionis.

18 De aquæ & ignis interdictione: in cujus locum deportatio successit & in metallum vel in opus damnatione, quæri posset, an sub mero imperio comprehendantur? Affirmat Cujac. *in l. 1. sup. de eo, cui mand. est jurisd. & in l. 3. h. t.* De quo tamen jure quis dubitaverit, cùm aquæ & ignis interdictio, in metallum datio, quasi in fraudem legum, quæ injussu populi cives necari prohibebant: sit inducta, ne scelera civium manerent impunita, eò quòd non videantur necari, qui hujusmodi pœnâ afficiuntur; qui licèt vitæ aliquod discrimen subirent, carnifex tamen & gladius & tormenta, ab eorum corporibus abstinebant.

19 Merum itaque imperium est jus, ac potestas gladii, cum jurisdictione nihil habens commune. Mixtum verò in civilibus negotiis caussisque versatur, quod diximus non esse sine jurisdictione; uti nec jurisdictionem sine imperio, ne alias sit elusoria & inanis (deficiente executionis potestate) reddatur.

20 Tutoris datio, quò referenda sit dubitatur. Eam nec jurisdictionis esse, nec imperii tradit Ulpianus *in l. muto 1. §. Tutoris inf. de tutel.* sed ejus, cui lex, senatusconsultum, vel princeps nominatim dedit, etiam non habenti jurisdictionem. *Quorum verbo-

21 rum sententia est, tutoris dandi jus, nulli ex eo competere, quòd jurisdictionem habeat, magistratum aut imperium, sed illi, cui lex nominatim concessit, etiam si nec in magistratu sit, nec imperium habeat; cùm & privatis tutores dare, uti parentibus, lex 12. Tabularum nominatim permiserit *l. 1. inf. de testam. tut.* Sic in urbe ex lege. Attilia Prætori urbano dare tutorem permissum, in provinciis, Præsidibus, ex lege Julia & Titia *instit. de Atiliano tutore.*

22 Nec contrariatur, quod *ibid. §. Sed hoc jure,* habetur, Prætorem secundum suam jurisdictionem tutorem dare; cùm non intendat ibi Imperator jurisdictioni prætoriæ attribuere dationem tutoris, sed quòd Prætor tutorem dare non possit, nisi iis, qui sunt suæ jurisdictionis & territorii.

23 Posset videri obstare *l. 1. h. t.* quæ, dum dicit, latissimum esse jus dicentis officium (nam & bonorum possessionem dare potest & pupillis nō habentibus tutores constituere) videtur insinuare, tutoris dationem ei competere, qui possessionem bonorum dare & in possessionem mittere potest: qualia sunt mixti imperii, ut & ab eo dependeat tutelæ datio. Verum notandum, jus dicentem interdum suâ ac propria uti potestate, interdum adventitiâ. Hæc versatur circa ea, quæ sunt supra ejus jurisdictionem, aut quæ privatorum hominum, non magistratus respiciunt curam & officium: cujus ordinis sunt, tutelæ datio, alienatio prædii minoris, & alias specialiter tamen ei attribuuntur, qui jus dicit, ut tradit Goveanus *ad l. 1. n. 12 h. t.* Cuiac. *15. obs. c. 19.* Donell *3. comment. c. 3.* & Jul. Paci *1 cent. 5. q. 69.*

24 Cæterum merum imperium penes principem esse: uti olim penes populum erat, cuius jussu, non erat consulibus licentia animadvertendi in caput civis Romani: non est dubitandum. An autem sit solùm penes principem, exercitio sine exeutione dumtaxat ad magistratum pertinente, an verò & ius imperii sit penes magistratum, altercatum olim fuit Bononiæ inter Lotharium & Azonem. Ille prius adserebat, hic posterius, & sponsione equi factâ, res ad arbitrium Henrici Imperat. delata, qui secundùm Latharium pronuntiavit, solum exercitium penes magistratum esse, penes principem ius: quam sententiam laudat Alciatus *lib. 2. Paradox. c. 6.* Verùm Lothario cessit quidem equus ex sponsione; ex communi tamen calculo Doctorum Azo æquum tulit, id est Azonis sententia indicata verior: nam ipsum merum imperium, non solum exercitium eius, magistratibus attribui passim legitur, ut eorum sit proprium, licèt non tam iure magistratus habeant, quàm ex speciali concessione, Zas. *ad l. 3. n. 36. h. t.* Muscorn. *tract. de iurid. n. 33.* Gudelin. *de jure noviss. lib. 5 c. 13. circa finem.*

25 Imperium hoc penes consules non videtur fuisse *l. 2. §. Exactis 16. sup. de orig. jur.* attamen fuit penes Dictatores, quibus erat summa potestas, ut patet *ex d. l. 2. §. Populo deinde 20.* Profecto urbi fuisse merum imperium insinuare videtur *l. 1 sup. de officio Præf. urbi,* quæ, omnia crimina præfectum urbis sibi vindicasse tradit. Quæstoribus parricidii merum fuisse imperium indicare videtur *d. l. 2 §. Et quia 23.* ubi ideo quæstores parricidii, qui capitalibus rebus præessent, a populo constituti dicuntur, quòd consulibus non esset lege permissum, injussu populi de capite civis Romani jus dicere. Præsides provinciarum ius gladii habuisse patet *ex l. 6 §. Qui universas, sup. de officio præsid.* quamvis deportare iisdem fuerit denegatum *l. 2. §. 1 inf. de pœn. & l. 6. §. 1 de interd. & releg.* cum tamen illud minus sit: unde non procedit semper argumentum à maiori ad minus. Cuiac *ad l. 6. §. Ejus qui 7. inf. de injusto rupt.* Fuit & Proconsulibus merum imperium *l. 6 sup. de offic. proc.*

26 Mixtum imperium olim penes eos erat, qui magistratum gerebant, vel ordinarium, vel extra ordinem;

num; vel urbanum, aut provincialem, quorum erat curare Rempublicam in jure dicendo, uti consules, Prætores, quæstores, præsides, proconsules. Tribunoplebis in interdicendo, maxima erat auctoritas ad arcendam injuriam, si quæ coram fieret, non etiam in jure dicendo, & hoc in principio: nam & postea eos jura reddidisse indicat *l. 2. §. Ergo ex his sup. de orig. juris.** Penes Magistratum municipalem, nec imperium, nec Jurisdictionem fu

27 isse quidam volunt, quòd potiùs in municipii res administrando cura ejus versaretur, quàm in jure dicendo *l. quid ergo 13. l. Lucius 21. ad municip.* Verùm & illi sua erat Jurisdictio atque imperium, quod illam perpetuò comitari suprà dictum; exceptis tamen iis, quæ sunt magis imperii, quàm Jurisdictionis & quæ sunt maioris cuiusdam potestatis, de quibus *l. ea quæ inf. ad municip* quæ maiori potestati puta præsidi provinciæ erant reservata. Vid. Longovall. *tract. de jurisd. p. 3. art. 4.*

28 Hæc ita de Jure Romano, quo merum imperium nulli competebat, nisi, cui specialiter esset concessum. A quo mores hodierni recesserunt, secundùm quos merum imperium est pars ordinariæ Jurisdictionis, ut merum imperium, mixtùmque & omnia fere (quæ præsidibus olim & maioribus magistratibus tribuebantur specialiter) competant magistratibus, etiam municipalibus & defensoribus civitatum. Imò & quibusdam pagis est sua Jurisdictio, sive Justitia, ut vocant, non tantum infima, quam *Bassam* vulgò vocant, cui ea, quæ alii nudæ Jurisdictionis dicunt, adscribuntur & specialiter competunt, verum *media*, ad quam spectant ea, quæ sunt mixti imperii; interdum & *alta*, ut vocant, Justitia, quâ designatur ius gladii, quod exercent. Qua in re cuiusque loci consuetudo attendenda. Vide Gudelin. *d. lib. 5. cap. 13. in fine*

29 Hæc de Jurisdictione: cuius caussa efficiens est lex, populus: in cuius locum successit Princeps, universitas, penes quam id iuris, & consuetudo, cùm sit altera iuris natura legi æquivalens.* Per

30 privatorum pacta Jurisdictio dari nequit, quia Judicem privati non constituunt *l. privatorum 3. C. de jurisd. om. jud.* Possunt tamen privati, Jurisdictionem habenti prorogare, cùm tacitè, tum expressè. Tacitè, quando quis patitur se conveniri coram Judice quidem, sed incompetente, coram eo respondendo, omissa exceptione declinatoriâ, litem contestando, exceptionem dilatoriam proponendo, secundù Bart. *in l. si convenerit 18. h. t.* quem inter alios sequitur Felin *in c. inter 20. n. 4. & seq. X de re jud* clarè tradens: eum, qui omittit exceptionem declinatoriam, in Judicem consensisse videri; neque enim postea eum recusare potest. Expressè, quando partes expressè consentiunt in Judicem nõ suum *l. 1. inf. de judic.* Si tamen sciant non suum *d. l. 1.* errantis enim nullus est consensus *l. si per errorem 15. h. t.* Ubi oportet secundùm conventionem partium consensum permanere: nam ab ista recedere licitum est, non tantùm ante aditum Judicem, verum & postea, ex utriusq; tamen consensu *l. 1. §. Inde quæritur inf. de novi oper. nunt.* non etiam alterius tantum, ne Prætoris majestas eludi videatur. Antequam adeatur Prætor, tali conventioni nemo stare cogitur *d. l. 18* quod constet, ex nuda & simplici conventione non nasci obligationem efficacem, sed demum, ubi conventio ex re ipsa, aditione scilicet prætoris, sumpsit effectum.

31 Obstare videtur *l. penult. C. de pactis*, ubi, qui in instrumento renuntiavit fori præscriptioni, declinare forum non potest: quâ aliqui censent correctã *d. l. 18.* Verùm minus rectè; cùm in ista lege penultima non sit tantũ nuda conventio, verum & agatur interesse alterius, qui aliter non contraxisset, nisi præscriptioni fori alteri renuntiasset, qui proinde pœnitere nõ potest. Goveã. *ad d. l. 18.* Fach. *contr. c. 6.*

32 Præscriptione acquiri jurisdictionem, habet cõmunis opinio, & de imperio mixto, & de mero. Jason *in l 3. n. 20. h. tit.* & quidem etiam contra principem, ut tradit Covarr. *ad c. Possessor. p. 2. § 3.* Ubi quæritur de tempore requisito. Si territorio cohæreat, sufficiet longum tempus, quod scil. sufficit ad ipsum territorium acquirendum. Citra territorium opus esse volunt longissimo tempore, quod requiritur ad præscribendam rem incorporalem, qua de re latius infrà *tit. de usucap.* Advertendum autem, hìc non aliud præscribi; quam possessum, ut per exercitium jurisdictionis, v. g. mediæ, non censeatur acquiri alta, sive merum imperium; cùm, qua in specie exercitium quis habuerit, aut quam possederit legitimo præscribendi spatio, in ea tantum obtineat. Videtur tamen in una specie exercitium unius actus rectè extendi ad alios actus ejusdem speciei, ut, si quis exercuerit actum unum mixti imperii, acquisivisse dicendus sit etiam jus ad alios actus ejusdẽ speciei, Alex *conf. 68. n. 18. vol. 2.* Et hoc nisi penes alium sit aliorum actuum possessio, aut actus aliquis specialiter sit exemptus. Baldus *de prescript. p. 2. q. 2. n. 22. & seqq.* Muscorn. *tract. de jurisdict. n. 125. & seqq.* Fachin. *8. contr. c. 23. & novissimè* Everhard Bronch. *cent. 1. misc. assert. 9.*

33 Acquiritur & jurisdictio donatione, ultimâ voluntate, venditione, permutatione, aliâ ve cessione, etiam per principem inferiorem, sive cum territorio, sive absque eo.

34 Ubi vulgò quæsitum, an castro, vel loco vendito, censeatur simul vendita jurisdictio? Caussa dubitandi est, quòd jurisdictio communiter non censeatur esse de pertinentiis castri, sed potiùs concessa personæ. Dicendum, si personæ tantùm competat jurisdictio, aut similis qualitas, neutiquam eam transire cum concesso territorio; cùm sit separata ab ipso castro, quod donatum vel cessum: separatorum autem uno vendito; non potest dici aliud venditum, si hoc actum non sit. Si verò castro, vel loco adsit jurisdictio, quam, tamquam castro cohærentem exercuit transferens, illam certè transscriptam, seu translatam videri non est negandum. Ratio est, quòd concessâ re principali, censeantur etiam concessa ei cohærentia, quæ sine principali non subsistunt, nisi aliud actum sit. Probatur hoc per textum *l. 1. §. Initio de offic. praefecti urbi*, ubi concessâ urbis administratione, censetur & jurisdictio ei cohærens concessa. Romanus *consil. 444. n. 3.* Covarr. *pract. quaest. c. 1. n. 10.* Quod & idem videtur procedere in casu, quo, à principe castrum vel locus, in quo exerceri solet jurisdictio, ceditur, ut & ista videatur translata; ex dicta ratione, quia sit accessoria, atque ita suum sequatur principale: præcipuè, cùm hoc sit beneficium principis, eius tantùm, non etiam alterius præiudicium concernens, & proinde latissimè interpretandum, juxta *l. fin. sup. de constit. princip.* Covarr. *d. loco.* Menoch. 3. *praesumpt. c. 27. n. 14.* Fachin. 7. *contr. c. 60. & lib. 13. c. 9.*

35 Ut autem finis iurisdictionis, qui est tranquillitas provinciæ, obtineatur, diligenter eam exercere & exequi eius est, qui illam sibi commissam habet

36 & hoc intra territorium, * quod est universitas agrorum, intra fines cuiusque civitatis, dictum ab eo, quòd magistratus eius loci intra eos fines terrendi, id est submovendi, ius habeat *l. Pupillus 239. §. pen. inf. de V. S.* * Extra illud Ius dicenti impunè

37 non paretur *l. fin. h. t.* etiam à subditis extra illud existentibus, quâ de re actum *sup. tit. de legib. n. 17.* Ratio est, quòd Iurisdictio tantum sit conclusa territorio; adeò ut ne quidem sententia adversus aliquem lata, si post eam dictam, forum mutaverit, executioni mandari possit per Iudicem, contra condemnatum, nisi quoad bona ibi sita. Si nulla ibi habuerit, is, qui Iurisdictioni, cui subiectus esse cœpit præest iussu principis sententiam exequetur *l. à divo Pio 15. §. Sententiam, de re judic.* Hinc manavit origo litterarum, quas vocant requisitorias.

38 Advertet & Iudex, ne supra Iurisdictionem suam Ius dicat, id est, ne excedat modum quoad quantitatem præscriptam: veluti si tantum sit ei permissum dicere ius, usque ad centum aureos, suprà dicere non poterit, aut, si dicat, sententia erit irrita, adeò ut ne quidem sustinenda veniat, si intra summam centum aureorum superfluo detracto aut circumscripto, pronuntiaverit, quia res & summa, quæ petita, una est, eaque invito actore dividi aut scindi non potest. Quamvis econtrà, si cùm maior summa deberetur, minor infrà jurisdictionem petita fuerit, valeat super ea sententia; quia non eius, quod debetur, sed quod petitum, habenda ratio *l. pen. in fine & l. si idem 11. hoc tit.* Ubi quæsitum de eo, qui contra eundem pluribus actionibus agebat, quarum singularum quantitas est intra iurisdictionē judicantis, coacervatæ verò excedunt, an rectè coram eo agat? Quod placuit, ex eo, quòd diversæ sint actiones, licèt inter eosdem & singulæ, per se spectentur. Aliud foret, si unâ tantum actione ageretur, quia tum summæ coacervatæ excederent modum *d. l. 11.* Uti & modum excedet una actio communis plurium personarum, uti comuni dividundo, familiæ erciscundæ, quia in ista, non spectandæ singulæ partes circa jurisdictionem judicantis, sed tota res æstimanda, quæ tota in judiciū venit, &, vel uni adjudicari potest *d. l. 11. in fine.* Quò facit, quòd non sit spectandū, quid debeatur, sed quid petatur *d. l. pen.* Tota autem hic petitur &, si excedat modum, cessat iurisdictio.

39 Dicta patiuntur exceptionem; Primò, si partes consentiant: qui consensus facit magistratum etiam de summa maiori cognoscere posse *l. de qua re 74. §. 1. inf. de judic. l. inter, inf. ad municip.* Liberum enim est, alterius jurisdictioni se subjicere, eamque

40 in se prorogare *l. 1. inf. de judic.* secundùm dicta *sup. n. 30.* * Secundò, in mutuis petitionibus: nam si provocans ad judicem petierit quantitatem, quæ est intra modum iurisdictionis, adversarius eius vice mutuâ petat quantitatem majorem, quæ sit supra iurisdictionem aditi magistratus, audietur & utraque caussa apud eundem judicem finietur; non etiam adeundus erit Iudex eius, qui vice mutuâ maiorem quantitatem petiit, ut malè vult Ant. Vacca, *ad d.*

41 *l. 11.* * Nam sensus istius legis est, si unus petierit quantitatem, quæ sit intra iurisdictionis modum, adversarius autem vice mutua maiorē petat, aditus magistratus etiam super maiori cognoscet; subiuncta ratione, ne in potestate calumniosa adversarii mei, id est, actoris sit, an apud eumdem iudicem litigare possim: nam aliàs distrahat in aliud iudicium coram eo scilicet judice, qui potest cognoscere de maiori summa. Atque ista exceptio rectè proponitur ab eo, quod habetur in principio istius *l. 11.* quòd scilicet actio priùs instituta, intra modum jurisdictionis, trahat alteram, quæ modum excedit.

Juris-

42 Iurisdictio itaque est penes magistratum, qui ius dicit; non tamen sibi, non uxori, non liberis, libertis & cæteris, quos secum habet, sed aliis *l. 10. h. t.* Et hoc, sive per se, sive per alios, quibus suam iuris dictionem mandavit, id est, quos quasi vicarios officii sui, disceptandis ac dijudicandis civilibus caussis, substituit. * Quod permissum erat magistratui, imò & ratio interdum postulabat, si fortè in lite mota alterius fuerit advocatus *l. 7. hoc tit.* Improbum enim in eadem caussa jus dicere & consilio ius dicenti adesse, qua de re infrà de judiciis. Tametsi enim frequentiùs observatum videatur, ut generaliter in omnes caussas, aut in plures quasdam ejusdem generis personas, uti mercatores, mandetur jurisdictio, tamen & ad unam caussam tantum, atque inter certos litigatores, puta Lucium & Titium, jurisdictio mandari potest.

44 Potest & magistratus dare Judicem, penes quem notio tantum, sive cognitio sit, non jurisdictio; qualem Pedaneum communiter vocant ex eo, quòd plano pede stans, non pro tribunali sedens, judicet caussas humiliores *l fin. Cod. de pedan. judicib.* Inter hunc & eum, cui ad unam caussam jurisdictio est mandata, nihil interesse, imò & istum dici

45 datum judicem vult Alciat. 2. *Parer. c. 3. in fine.* * Veriùs est, multùm hos inter se distare, cùm datus judex, nullam jurisdictionem habeat, sed tantum cognitionem & facultatem pronuntiandi *l. fin. C. ubi & apud quem, &c.* non etiam executionem, cum sententiam eius exequatur magistratus, qui eum dedit *d. l. à divo Pio 15. in princ. inf. de re jud.* Nisi sit datus à principe, qui habetur loco ordinarii, propter potestatem dantis *l. à judice 5. C. de judic.* cùm ei, cui mandata est iurisdictio omnia censeantur mandata, sine quibus iurisdictio exerceri nequit *l 2. h t.* Unde dicendum, competere illi imperium, fine quo iurisdictio est nulla *l. fin. sup. de offic. ejus cui mand. est jurisd.* Ut illi etiam sit executio eius, quod pronuntiavit; ut omnia exerceat, quæ sunt iurisdictionis mandatæ, non quidem suo sed vicario, eius scilicet qui mandavit, nomine *l solet h. tit.* Ubi non distinguitur inter eum, cui universa iurisdictio est mandata, & eum, cui una species tantùm; ut etiam hic iudicem dare possit, quia est pars iurisdictionis *l. 3. in fine h. t.* quod idem non concessum iudici dato. Deinde mandare Iurisdictionem, est vice suâ alium constituere, qui exerceat, quæ sibi iure magistratus competunt; generaliter, si sit commissa generaliter; specialiter, si commissa specialiter *arg. l. qua de tota inf. de rei vindicat.*

46 Mandare Iurisdictionem potest, quisquis eam suo iure habet, non etiam alieno beneficio *l. fin. de officio ejus, &c. l. 5. h. t.* cùm talis propriam Iurisdictionem non habeat, sed alterius nomine eam exerceat *l. 1. §. fin. d. t.* Quod rationem habet: quomodo namque quod tuum non est, sed commissum tamquam vicario exercendum, alii mandare non possis? 47 * Excipe eum, cui mandata Iurisdictio à principe, quòd talis pro eo, cui proprio iure competit, habeatur *d. l à judice.* 48 * Quod & videtur concessum legato proconsulis, qui propriam Iurisdictionem & suo Iure exercere videtur, uti satis colligitur ex *l. Legati 13. sup. de officio proconf.* ubi dicitur, *nihil proprium habere, nisi mandetur à proconsule*, ergo ubi mandavit, proprium habet. Nec obstat, quòd proconsul ei mandet: nam non eligitur à proconsule, sed datur senatusconsulto & cogitur proconsul ei mandare. Hinc à legato appellatur proconsul *l. 2. inf. quis & à quo appell.* cùm ab eo, cui est mandata Iurisdictio, non appelletur ad eum, qui mandavit *l. 1. in fine d. tit.* quia ab eodem ad eumdem appellari videtur, cùm, ut dictum, ipse fungatur vice mandantis. 49 * Excipe secundò, nisi sit potestas subdelegandi concessa: quo casu, non tam delegatus, quàm ipse delegans, mandare videtur, Gl. *fin. in c. Is qui, de officio deleg. in 6.* Vid. Fach. *lib. 1. c. 45. & seqq.* & Bronch. *cent. 1. assert. 21.*

50 Mandâda Iurisdictio idoneo, neutiquã suspecto: non minori 20. annis, nã talis ut Iudex non est, nisi datus à principe *l quadam 57. inf. de re jud* ita nec rectè ei caussa delegatur. Sit delegatus sub Iurisdictione delegantis, necne, non videtur interesse: nihil obstante *l unicâ Cod. qui pro sua iurisd.* quia tãtùm vult, aliã caussam delegari non posse, quàm quæ pertinet ad Iurisdictionem delegantis. De persona, cui mandatur Iurisdictio, nulla ibi mentio. Non cogitur tamẽ persona nõ subiecta suscipere caussã *arg. l fin. h. t.*

51 Delegari potest quælibet caussa delegabilis, sub iecta Iurisdictioni delegantis, non etiam aliena *d. l. un.* Unde ea mandari possunt, quæ iure magistratus competunt *l. 1 in princ. sup. de offic. ejus, &c* cuiusmodi sunt ea, quæ antiquis institutis & more civitatis ad officium alicuius magistratus pertinent; uti Iurisdictio super civilibus caussis, non secluso imperio, quod ei cohæret *d. l. 1 in fine.* His consequens est, ea, quæ sunt specialiter legis, senatusconsulti, aut principis providentiâ magistratui iniuncta, mandari non posse, nec mandatâ iurisdictione transire *d. l. 1 in fine*, quòd eiusmodi non habeantur iure proprio & ita more maiorum comparatum esse tradit Julianus *l 5. h. t.*

52 Hinc ea, quæ sunt meri imperii, neutiquã mandantur, nec mandatã Iurisdictione transeunt, quia speciali lege, senatuscõsulto aut principis constitu-

tione sunt concessa *d. l. 1. & l. nemo potest 70. de R. I* Cuius rationem (quamvis parum attinet eam quærere *arg. l. non omnium sup. de legib.*) eam rectè quis arbitratur fuisse, quòd legibus, senatusconsultis, ac constitutionibus, gravissima quæque concederentur, intuitu industriæ personæ, quæ non est eadem in alio: aut si eadem fit, diiudicandum non illi, qui concessit: ut eiusmodi concessio non egrediatur personam. Vid. Menoch. 1. *Arbitrar. q. 54.* Fach. 1. *contr. c. 47. & lib. 12. c. 97.* Et hoc ita in iis, quæ sunt meri imperii.

53 Ea autem, quæ sunt mixti imperii, possent videri citra controversiam mandatâ jurisdictione transire *per d. l. 1. sup. de officio ejus cui &c.* in cujus principio dicitur, quæ jure magistratus competunt, mandari *& l. fin. eod. tit.* quæ habet, mandatâ jurisdictione imperium, quod non est merum, videri mandari. Quod tamen ita accipiendum, si jure magistratus comperant, ut habet *d. l. 1.* non etiam, si specialiter lege sint tributa: ut Papinianus ibi non tantùm agat de mero imperio, sed generaliter de iis, quæ lege, senatusconsulto, constitutione sunt tributa. Ut, si ejus ordinis aliqua sint mixti imperii, rectè dicantur non transire mandata jurisdictione; ex ratione, quòd non alia censeantur transire, mandata jurisdictione, quàm quæ proprio jure obtinentur, non etiam quæ specialiter mandata, quia proprio jure non competunt. Et ita rectè tradit Alciat. *2. Parad. c. 1.* si qua in mixto imperio posita specialiter committuntur, ea non transire mandatâ jurisdictione, propterea quòd gravitas talium negotiorum non permittat, ut eorum cognitio transeat personam, cujus industria est electa. Exemplum est *in l. 2. sup. t. prox.* ubi alienatio prædiorum, non nisi caussâ cognita fieri jubetur; quæ cognitio specialiter nisi Prætori & præsidi data, ideóque nequit demandari: & transactio super alimentis testamento relictis vetita, nisi interposito Prætoris (in urbe, Præsidis) in provinciis decreto, quibus nominatim ejus cognitio ex oratione divi Marci conceditur, & mandari nequit *l. cum hi 8. §. Sed nec mandare 18. inf. de transact.* Sunt & quæ nec imperii, nec jurisdictionis sunt, & tamen non mandantur, uti tutoris datio *l. 8. inf. de tutorib. dat.* quòd ea specialiter committi soleat. Et hujus opinionis sunt, Costal. Ant Vacca, Cujac. Govean. aliique recentiores *ad l. 3. h. t.*

54 Quæstio est, an dicta de iis, quæ sunt meri imperii, quod scilicet mandari nequeant, indistinctè procedant? Sunt qui putant, ea exceptionem pati in casu, quo is, cui contigit eorum exercitium, proficiscitur & abesse cœperit, quasi tunc ea demandare possit *per d. l. 1. §. 1.* Ex quo textu communiter receptum, generaliter posse ea, quæ sunt meri imperii, mandari in isto casu. Minus rectè, cùm JC. ibi tantum conetur ostendere ea, quæ sunt meri imperii non posse mandari; hoc argumento; quòd nominatim sit cautum lege Julia de vi, ut magistratus, qui de ea quærit, si peregre proficiscatur, possit alteri mandare. Unde cæterarum rerum quæstio mandari non poterit ab absente: quod dicendum, ut bonum sit Jurisc argumentum, quod frequens est & pro quo facit regula juris, quòd exceptio firmet regulam in non exceptis. Præterea malè nominatim cautum in casu legis Iuliæ de vi, generaliter accipitur & extenditur ad merum imperium, quasi & illud à proficiscente mandari possit; quia legis istius Iuliæ pœna, non erat gladii animadversio, sed publicatio bonorum cum relegatione, vel deportatione *l. qui dolo 10. in fine inf. ad leg. Iul. de vi:* quæ res longè mitior est, quàm ultimum supplicium; ut in illa statutum non possit ad hoc extendi, uti rectè tradit Cujac. *ad d. l. 1. lib. 1. q. Papiniani.*

55 Hæc ita jure civili. Moribus aliquod obtinet, quibus ea, quæ sunt meri imperii, habentur pars ordinariæ jurisdictionis: ut mandari & possint & mandatâ jurisdictione in vicarios, quos Ballivos, Drossardos, aut simili nomine vocamus, transeant, quoad exercitium.

56 Jure canonico, jurisdictionem suam Ecclesiæ, esse suo jure, non acceptam ab Imperatoribus, ut somniant nostri sectarii, non est dubitandum, eámque competere Prælatis & aliis. Delegari posse, non debet vocari in dubium propter textus varios, qui illam delegationem admittunt *c. Licet de officio vicarii in 6. c. cùm Episcopus 7. de officio ordinarii in 6.* Exceptis iis, quæ specialiter aliquibus sunt commissa *c fin. §. fin. ⁊ de officio deleg.* quòd non habeantur suo jure, sed alieno beneficio, electáque videatur personæ industria. Nec facit *c fin. ⁊ de officio ordin.* ubi ea, quæ concessa specialiter, uti absolutio ab excommunicatione, incursa propter violentam iniectionem manuum in Clericum, competent Episcopis, ab iisdem demandari aliis posse videntur Nam primò dici potest, eamdem ordinario jure competere Episcopis, cùm *d. c. fin.* dicat, *ex officio iis competere,* id est, ordinario, ut ibi supplet Gl. Secundò, admisso, quòd competat ex speciali concessione, dici potest, cum Covarr. *3. var. resol. cap. 20. numero 5.* delegationem ibi permissam esse per Canonem, ob favorem animæ, ne fortè delegatione negatâ pereat: ad imitationem juris civilis, quo contra regulam, quæ specialiter mandata transferri impe-

dit,

dit, propter aliquorum tamen utilitatem transferuntur, ut *in l. 4. sup. de officio ejus*, &c. *& l. 1. §. An autem inf. de suspect. tutorib.*

17 Quantum ad merum imperium, res est controversa, an jure canonico mandari alteri possit, aut mandata jurisdictione transeat? Affirmat communis schola, Gl. *ad c. Quod sedem 10. ubi* Abbas, Felin. & alii ※ *de officio ordin.* Alex. *& Dd. communiter ad l. 1. de offic. ejus. cui mand. est jurid.* Longovall *in Repet. l. 3. h. t. p. 3. c. 4.* Quam in rem varii à variis, eam opinionem propugnantibus, adducuntur textus, quos latè examinat Alciat. *ad d. c. Quod sedem* & pro communi opinione eos parum vel nihil facere probat, eamdem refutans: quem sequitur Covarr. *d. c. 20.* cùm textus allegati non agant de imperio, quod jure singulari competit; vel, si agant, ejus delegatio per Rom. Pontificem ex caussa sit permissa. Unde Felin. *ad d. c. Quod sedem*, post allegata quædam, pro priore opinione facientia, dicit, sine magno periculo sustineri posse, non differre hac in parte jus canonicum à civili, atque ita secundùm regulam, collectam ex *c. 1.* ※ *de novi operis nunt.* in dubio jus canonicum & civile concordandum, nec facilè inducendam inter ea discrepantiam. Unde negantium opinionem rectè tenet Alciat. & Covarr. *d. loco*: quorum responsiones ad argumenta communis scholæ transcribere non vacat, ne alienis nostra impleamus & cùm sint passim in manibus penes eos videantur. Eamdem opinionem cum illis tenet Muscorn. *de jur ind. num. 132. & seqq.* Menoch. *Arbitrar. 1. quæst. 54. num. 9.* Fachin. 9. *controv. cap. 99.* Matth. Stephani *de jurisd. Rom. Imp. lib. 1. cap. 18. num 24. & seqq.*

18 Verùm, cùm in omni disputatione hoc ante omnia veniat advertendum, ut res, super qua movetur controversia, subsit, ne sit de lana caprina, ut dici solet & disceptantes jure redeantur, inquirendum hîc primò, an penes Ecclesiam sit merum imperium? Adserunt passim, quos vidi, auctores & Alciatus, Covarr. Menoch, satis admittunt; dum delegari id posse negant. Penitiùs tamen inspicienti (sit pace eorum dictum) apparebit, merum imperium non esse penes Ecclesiam. Quod vel ex eo solo ostenditur, quòd penes Ecclesiam non sit gladius, de quo *in l. 3. hoc tit.* ad animadvertendum in facinorosos, *can. inter 28. quæst. 2.* qui dicit, Ecclesiam non habere gladium, nisi spiritualem; non occidere, sed vivificare. Quò facit, quòd passim Ecclesiæ sit studium, eripere eos, qui dicuntur ad mortem. Facit & quòd ea, quæ à plerisque, qui communem sequuntur opinionem, mero imperio attribuuntur, uti Clericorum degradatio, depositio, suspensio, excommunicatio, dispensatio. Clericorum ordinatio, visitatio, Ecclesiarum erectio & alia, de quibus Glossa & Abbas *d. loco.* Speculat. *de jurisdict. num 28. & alii*, quòd, inquam, inter ea non numerentur, quæ ad gladii potestatem, aut jus, quod solum ponit merum imperium, secundùm Ulpianum *d. l. 3.* pertineant. Neque enim omnia ista continent animadversionem in maleficos per gravem cruciatum corporalem: ut sub jure gladii comprehendi nequeant, nisi metaphoricè, abusivè, & impropriè, per extensionem, pro lubitu *vocis gladii*, ad ejus pœnæ significationem quam Jurisconsulti ignorant. Cùm verba non sint abusivè & impropiè accipienda, quando de rei veritate inquiritur: nec ita supinè aliorum dictis insistendum, ut non inquiratur eorum propria ratio. Nec certè mirum est, eorum, quæ sunt gladii, ab iis non fieri mentionem: quandoquidem Prælatis ecclesiasticis, non nisi moderata flagellatio, quæ in vindictam sanguinis non transeat, sit permissa; ubi verò graviorem, vel mortis, vel sanguinis pœnam crimen meretur, jubeantur vindictam permittere laicæ potestati, *can. in Archiepiscopatu* ※ *de raptorib.* & expressè passim admoneantur Clerici, ne cædi alicujus, aut sanguinis effusioni cooperentur, cuius suos participes esse non vult Ecclesia, *can. reos 23. quæst. 5.*

19 Non moveat quemquam *Clement. 1. §. 1. de hæret.* ubi permissum illis, quibus inquisitio hæreticæ pravitatis commissa, alios substituere: nam primò illa inquisitio non spectabat ad merum imperium, cuius Inquisitores isti incapaces, sed, cùm tantùm ad eradicandam hæreticam pravitatem haberent commissionem, per alias pœnas, uti carceres, aut per traditionem brachio sæculari, eam non rectè dixeris contineri sub iure gladii, uti mox videbimus. Secundò, ibi substitutio permissa per Pontificem, ut ipse substituere potiùs videatur, quàm illi, quibus ea potestas data: quo casu delegatio nihil continet supradictis contrarium & hoc in faciliorem eradicationem hæreticæ pravitatis, *d. c. In Archiepiscopatu.* Multò minùs movere quemquam debet *c. Si Episcopatus de officio ordin. in 6.* cùm in eo agatur de visitando & sic demoderatè corrigendo; quod neutiquam est meri imperii & ordinario iure Episcopis competit, uti indicat Rubrica, sub qua ponitur istud cap. à qua rectè ducitur argumentum, secundum Everardum *in loco, à rubro ad nigrum.*

60 Momentum aliqui ponunt *in c. fin. ne Clerici vel Monachi*, &c. *in 6.* ubi traditur, Episcopos delegantes caussas iustitiæ, si per delegatos contra malefactores procedatur ad pœnam sanguinis, irregularitatem non incurrere ratione delegationis, quam incurre-

existerent, per se eamdem exercentes: ut videantur posse, imò debere, delegare eiusmodi caussas, atque ita & habere merum imperium, illúdque mandari. Verum obex iste facilè tollitur; Primò, quòd quæstio vertatur, an iure canonico detur merum imperium, quod competat Prælatis Ecclesiæ, ut talibus; cuius negativa pars defenditur. In dicto autem *c. fin.* non agitur de iure gladii, competente Episcopo, ut tali; sed habenti illud per accidens ratione potestatis temporalis, ipsi competentis, ex donato, legato, aut simili titulo, etiam oneroso, uti variis in locis videmus; quod ipsum nihil implicat mali, ut tradit Bellarm. *de Rom. Pontif. lib. 5. cap. 4. & seq.* Imò magno Ecclesiæ bono multis in locis Ecclesiasticis Principibus unà est jurisdictio temporalis, quæ ideo in fide recta permanserunt. Quia autem ipse Episcopus, propter metum irregularitatis, non potest exercere istam jurisdictionem, mandare eam sæcularibus debet. Secundò, ibi Episcopus non mandat alienam jurisdictionem, aut sibi mandatam, sed proprio jure sibi competentem: videmus enim Duces, Comites, Principes, Marchiones & alios inferiores, qui urbes, provincias, castra, aliaque loca in feudum, aliòve titulo tenent, unà cum mero imperio, id alteri delegare, vel quia ea potestas unà sit concessa, vel consuetudine obtenta.

61 Quod attinet ad Rom. Pontificem, illi non est vi suæ dignitatis directa potestas temporalis in laicos, est tamen indirecta, ut latè tradit Bellarm. *d. lib. 5.* nisi quòd in Italiæ plerisque locis directam temporalem jurisdictionem habeat, quæ illi fuit adquisita ex donatione & cessione piorum Principum. Unde quò minus ibi exerceat merum imperiū, non est dubitandum, aut etiam mandet in particulari, citra ullum metum irregularitatis: quæ cùm sit juris humani, non adficit eum, qui est supra jus humanum.

62 Nihil officit dictis *c. In Archiepiscopatu* ꝟ. *de raptorib.* nam in eo agitur de Rege Siciliæ, qui, licèt tamquam vasallus agnoscat regnum illud, ut feudum, dependens à Rom. Pontifice, est tamen verus Rex, habétque omnia jura, quæ Principibus jure conveniunt, iisque speciali privilegio sunt reservata. Quæ & aliis rectè delegat, non obstante *l. Nemo potest 70. inf. de R. I.* quæ habet, gladii potestatem alicui datam, non posse transferri ad alium: loquitur enim de data, id est, mandata potestate gladii. Non habent autem Principes eam sibi datam ab alio, sed jure suo obtinent.

Quantùm ad carcerem perpetuum, quo utitur Ecclesia, *c. Novimus 27. in fine* ꝟ. *de V. S.* ille non potest dici spectare ad merum imperium, cum sit inventus ab Ecclesia ad evitandam pœnam sanguinis. Unde, nec eò spectat deportatio in exilium, quam esse Ecclesiæ, patet *ex cap. 1.* ꝟ. *de calumniat.* cùm non inferat cruciatum corpori, secundùm antè dicta.

63 Cæterum, si quid mero imperio attribui possit de jure canonico, posset videri esse traditio noxii, facta sæculari brachio, cujus usus est in enormibus criminibus, quæ per Ecclesiam condignè puniri nequeunt, ut traditur ꝟ. *de pœnis.* Restè tamen dicetur & hanc jurisdictionis potiùs esse, quàm meri imperii, quòd Prælati taliter tradentes neutiquam possint dici mandare laicis aut iubere aliquam executionem; cùm Ecclesiasticus iudex tradendo brachio sæculari, nihil aliud agat, quàm quòd reum judicet indignum privilegio clericali, eóque spoliatum relinquat sæculari potestati puniendum; cui ista potestas adest non mandata per Ecclesiam, aut judicem tradentem reum: apud quem tamen intercedere jubetur efficaciter, ut citra mortis periculum sententiam ferat, *d. c. 27.* Quæ res multùm distat à mandato meri imperii aut executionis capitalis, ut eam potiùs impediat, quantum in se est.

64 Itaque alteri potest mandari jurisdictio: quæ si ad unam caussam tantùm mandata fuerit, sententiâ dictâ & subsecutâ, executione, finitur mandatum, *c. In litteris 9.* ꝟ. *de offic. deleg.* Morte quoque ejus, cui mandata, quia electa personæ industria. Morte item mandantis, per quam quodvis mandatum solvi constat, *§. Rectè instit. de mandato*; quia non est qui repræsentetur. Idem, si potestate abeat, aut à Principe privetur. In Legato id observatur ut mandata ab eo jurisdictio morte illius non solvatur, sed Proconsulis, qui potiùs videtur mandasse jurisdictionem. Nec obstat, quòd lex dicatur licentiam dandi judicis tribuisse Legato, *l. cùm Prætor 12. inf. de jud.* nam illa licentia demum ei accessit mandata per Proconsulem jurisdictione, antè non competit, *l. Legatus 12. sup. de offic. Proconsf.* Ita tamen mandatum cessat morte mandantis, si res sit integra. Integra non est, cœpto negotio delegato. Cœptum interpretamur, non tantùm per litis contestationem, verùm & per solam citationem, *cap. Gratum & cap. Licet* ꝟ. *de offic. deleg.* ubi ea de re latiùs.

65 Porrò ut sua stet judici iurisdictio, eiúsque majestas à contemptu vindicetur, aliquot Edicta in eam rem sunt facta: & primùm, de quo hic *l. 7. 8. & 9.* contra eos, qui albū prætoris corrupissent. Quod volunt fuisse tabulam dealbatam, in qua Prætores Edictā sua, quò omnibus innotescerent, actionésq; & interdicta proponebant: unde *in l. 6. 1. inf. de edendo*, actor dicitur adversarium suum ad album producere. Album corrumpitur, mutando, radēdo, indu-

inducendo, tollendo. Pœna erat quingentorum aureorum, alii volunt quinquaginta; si tamen dolo malo quis corruperit id, quod jurisdictionis perpetuæ caussâ positum erat: unde dolo cessante, cessabit pœna, uti &, si, prout res incidit, albo propositum corruptum fuerit, quia non est tantus cõtemptus *l. 7. h. t.* Si plures corruperint, omnes tenentur, quia plura sunt delicta & singuli solidam pœnam præstant *l. 8 h. tit.* uti & mandatarius & mandans, si uterque in dolo fuerit. Filiifamilias non sunt immunes ab hac pœna; qui, nisi judicatum præstent, corpore luunt *l fin. inf. de injur voc.* Familia, si album corruperit, posset videri dominus non teneri, nisi tamquam ex uno facto & liberari præstando id, quod præstandum foret, si unus liber fecisset, ne ex uno delicto totâ familiâ careat, *arg. l. illud 32. inf. ad leg. Aquil* Quod & Octavenus sensit, *d. l. 1. in fine.* Verum prævaluit, plura facta hic videri & dominum teneri pœnas dependere ex edicto, pro numero servorum, idque ratione gravitatis facti, propter contemptam prætoriam majestatem. Habet tamen locum sententia Octaveni in casu, quo familia consilium corrumpendi dedit, quia illud videtur unum factum: atque ita dominus liberabitur, tantum præstando, quantum præstandum foret, si unus fecisset, *d. l. 9.* Si familia à domino non defendatur, singuli corpore luunt, *d. l. 7. §. In servos.* Albo etiam sunt solita inscribi nomina decurionum, *inf. de albo scribendo.*

ADDITAMENTA.

Ad lib. 2. ff. tit. 1. de jurisdictione.

Quilibet in Judicio experiri intendens, ante omnia considerare necesse habet Jurisdictionem Judicis, coram quo agere velit: hoc enim præcipuum est fundamentum: Quippe si defectus in jurisdictione appareat, tamquam destructo fundamento, omnia superædificata corruunt, *c. 4. etsi clerici de Iud.* Item *c. 12. n. 12 de foro competenti.* Sebast Vant. *in tract. de nullit process. & sentent. tit. de nullitate ex defectu jurisdictionis, num. 1 fol. 179* Klock. *relat. camer. 7. num 4 & Rel 11. num. 3.*

Judex de suæ Jurisdictionis exercitio, ipsemet cognoscere potest, Vid. Carpzov. *Iurispr. forens. parte 1, constit. 3 defin. 11. n. 2.*

Ad n. XIV. XV. & seqq. Per furcarum erectionem retinetur q; possessio meri Imperii, licèt per centum annos numquam aliquis fuerit suspensus Treutl. *vol. 1. disp 2. th. 7. lit. c* ibique alleg. Angel. *in l. retinere, ff de usufr.* & *in l. hac autem ff de servit urban. prædior* Bald *in l. 1. C. ut nem. lic.* Peguera *decis. 81. n. 4. in fine* Qui sufficit signum, licèt deficiat Signatum, de quo vid Matth. de Afflict, *in c, 1. num 38.* Quid sit investitura: & Hier, Gigant. *de crim. Majest. quæst. 41 lib. 1. fol. 102.*

Quæ solemnitates observandæ in furcarum erectione, vid in der P. H. O. *art. 215.* & *217.* quam allegat Besold *in thes. pract. Verb* Galg/ Stock/ *etc.* ubi multa eleg. huc pertinentia habet.

Ad n. XXX. Jurisdictio dicitur prorogata, cùm litigantes in jurisdictionem ejus, qui alioquin Judex non est, consentiunt *l. est receptum 14. & l. 18.* ubi Dd *ff. de jurisd.* Maranta *parte 4. distinct. 12, n. 11, fol. 170.* à quo partes priusquam Judex adiratur, re adhuc integrâ, recedere possunt, nisi juramentum intervenerit *l si convenerit 18. & ibid. Dd. de jurisdict.* Omphalius *lib. 1. Civil Polit. c 185 num 20.* Quot modis autem prorogatio fiat? vid. Petr. Jacob. Aurelianens *in pract. rubr. 12. de jurisdict 12. num. 94.* Vant. *quib. mod. sent. null. defend num 77. cum seqq fol 666.* Maranta *parte 4. distinct. 12. num. 3. fol 168 & seqq.* Schwanm. *obs. Cam 1 num. 16. 17 & seqq.*

Jurisdictio per se est individua: Sed quomodo, ubi plures habent Jurisdictionem & quidem diversas partes, exerceri & commodè dividi possit? vid. Boër *quæst. 5.* Anton. Fabr. *in cod. lib 3 tit. 26. defin. 1* Et novissim. *in thes. pract.* Besoldi *verb.* Zwey oder dreyherrige Herrschafft. Eleg. & latiss. Fulv. Pacian. *de prob. lib. 2. c. 36.* & Besold. *prox. cit. loc. verbo* Abtheilung.

De probatione Jurisdictionis & per quos actus probetur, vid. latiss. post alleg. Andr. Knich. *de jure territ. c. 3. per tot.* Plura de hac materia, quoad nostrum forum vid. ap. Tob. Paurm, *in tr. de jurisd. Imp. Rom,* præsertim *lib. 2,* Item Wehn. *in obs. pract. Verbo* Gericht *pag. 217.*

TITU-

TITULUS II.

Quod quisque juris in alium statuerit, eodem jure & utatur ipse.

SUMMARIUM.

1. *Edicti prior pars de judice, novum jus dicente, ut ipse eodem utatur.*
2. *Pars altera de obtinente jus novum, ut idem patiatur sibi dici.*
3. *Tenetur hoc Edicto procurator, tutor, curator.*
4. *Item fidejussor.*
5. *Edicto locus est, licèt eo jure non fuerit usus impetrans.*
6. *Exceptio.*

1 Alterum Edictum hîc proponitur bimembre. Prior pars spectat ad eos, qui, cùm Magistratum potestatémque haberent, novi quid iuris in aliquem statuerunt, in quorum coërtionem Edictum voluit, ut ipsi quandoque, adversario postulante, eodem iure utatur. Quod habet summam æquitatem: quis enim aspernabitur idem ius sibi dici, quod ipse aliis dixerit? *l. 1. hoc tit.* Punitur autem dolus ius dicentis, non etiam imperitia, quòd econtrà se habet in Adsessore, cuius & imperitia punitur, *l. 2. hoc tit.* Ratio differentiæ est, quòd hic scientiam iuris profiteatur, quam proinde præstat. Magistratus verò eam non profitetur; ut dictum *suprà de officio Adsessorum*

2 Altera pars spectat ad eos, qui apud Magistratum, potestatémve habentem, novi quid iuris obtinuerunt, vel dici effecerunt: nam quandoque posteà, adversario postulante, eodem iure adversus eos decernetur, *d. l. 1. §. 1. & l. 3. hoc tit.* ex eadem æquitate, quæ dictat, ut, quod in alicuius persona æquum esse quis crediderit, id in sua quoque persona valere patiatur, etsi iniquum ius impetraverit. Satis enim est, quòd id pro se æquum judicaverit, ut etiam contra se idem jus statui permittere debeat. Pœna ista non solùm locum habet, eodem adversario postulante, sed quocumque alio, ex eadem ratione, *d. l. 3. §. 2.* nec tantùm in impetrante, verùm & herede ejus, *d. l. 3. §. Quod autem*, quem iniquitas novi juris impetrati manet.

3 Tenetur & procurator hoc Edicto, scilicet in rem suam, non item in rem alienam datus: quia, nec sibi impetravit, nec inde quid commodi sensit; ut domino; qui, vel mandavit, vel ratum habuit, ea res noceat, *d. l. 3. § 1.* Si nec mandavit dominus, nec ratum habuit, ipse procurator videtur teneri, quia ipse solus est in culpa. Unde tutor & curator, eodem Edicto coercentur, licèt commodo adolescentis intendant, quòd hujus nullum sit factum, *d. §. 1.*

4 Fidejussori etiam ejus, qui jus novum impetravit, nocere habet *d. l. 3. §. Si is pro quo*: ubi, si debitor, qui fidejussorem dedit, impetraverit, ne debitor suus exceptione adversus se utatur, non tantùm ipse excussus à suo creditore exceptione non utetur, sed nec ejus fidejussor: ne, si hic exceptione uti possit, impunè sit debitori, quod iniquum illud jus impetraverit. Quamvis è contra, fidejussoris factum, quo huic Edicto se obnoxium reddidit, reo non noceat, *d. §. Si is pro quo*, quia satis est, non esse impunè illi, qui in Edictum incidit. Filiusfamilias, si in hoc Edictum inciderit, ille quidem eo tenetur; patri tamen agenti actionibus, ex persona filii, ea res non obstabit, ne ejus conditio per filium fiat deterior, *d. l. 3 §. Si filius.*

5 Hæc ita, si ad alicujus postulationem jus novum fuerit statutum, aut impetratum, tametsi eo non fuerit usus impetrans, *d. l 3. in princ.* qui postulato potitus est & effectum habuit iniquitas & consequenter in Edictum incidit. Si tamen Edictum tale impetratum fuerit, ut eo uti potuerit; nam aliàs pro nullo habebitur & cessabit Edictū, ut, si dictum sit inter eos inter quos non est jurisdictio. Quod & dicendum, si Judex statuere quidem voluerit, aut quis postulaverit, nihil tamen statutum fuerit: quia non est consummata injuria, & solus conatus nocere non debet, *d. l. 1, in fine hoc tit.*

6 Exceptio à dictis, una ponitur *in l. fin. hoc tit.* quòd scilicet in Edictum non incidat, qui utitur jure iniquo adversus eum, qui illud antè statuit, aut statui impetravit, quia absurdum fuerit, in Edictum incidere eum, qui ejus beneficio utitur, aut illud defendit.

ADDI-

ADDITAMENTA

Ad tit. 2. Quod quisque juris in alium statuerit, &c.

AD n. V. In l. 3. pr. h. t. dicitur, hoc Edictum & in illos dari, qui impetraverunt jus novum, licèt illo nondum sint usi: Inde probare volunt Dd. affectum in delicto, ut effectum puniri Godofred. *ad d. l. 3. lit. l.* Quod tamen Wes. *h. t. n. 2.* negat, quia hic delictum est consummatum, quod Edictum coercere voluit, nempe petitio & impetratio *&c.*

In heredes dari hoc Edictum dicitur *in d. l. 3. § 5 h. t.* quod, quare fiat, cùm alias pœnales actiones in heredes non transeant, per vulgar vid. Wes. *hic dict. n. 2.*

Hoc Edictum, quando & in quibus locum habeat? Et de ejus Justitia vid. Wes. *dict. n. 2. in pr. & n. 3. usque ad finem.*

TITULUS III.

Si quis jus dicenti non obtemperaverit.

SUMMARIUM.

1. *Edicto hoc tenetur non obtemperans jus dicenti.*
2. *Extremum jurisdictionis, in quo consistat.*
3. *Tenetur edicto & reus & petitor.*
4. *Tenetur & procurator, tutor, curator.*
5. *Actio ex hoc edicto, cur & ad quid detur.*

OMnibus Magistratibus jurisdictionem suam pœnali judicio defendere concessum esse tradit Ulpianus, secundùm jus suæ potestatis, id est, jure suo, jure propriæ potestatis *l. unic. h. t.* Ubi excipe Duumviros, quod non possint jubere possideri, abduci. * 1 Tenentur hoc Edicto quicumque non obtemperant jus dicenti; non quomodolibet, sed qui, quod extremum est in jurisdictione non fecerint: ut qui rem abduci, auferri ex mandato judicis non est passus, * 2 id est, executionem fieri passus non est, quæ est extremum jurisdictionis: nam ultrà eam decernendo amplius judex non potest prosequi. Unde extremum illud non consistit in vocando in jus, aut actionem dando, jubendo caveri, mittendo in possessionem Nec in hoc edictum incidere dicitur, tamquam non obtemperans, qui non est passus a se vindicari rem, modò eam duci, aut ferri patiatur, *d. l. 1 § 1.* quia paruit ei, quod est extremum: uti nec, qui quomodolibet decreto non optemperavit, aut Magistratui est inobediens, tenetur hoc edicto, nam iste aliis modis coërcetur. * 3 Hoc item Edicto non solùm reum teneri, verum & petitorem, habet *d. l. unicâ §. fin.* si condemnatus fortè rem, quam restituere, dare damnatus est, non patiatur sibi auferri, abduci. * 4 Tenentur & procurator, tutor, curator, si alieno juri sint impedimento, non obtemperando jus dicenti: non etiam dominus, pupillus, quorum nullum est factum, *d. l fin. § 2.*

5 Datur hæc actio, quæ pœnalis est, adversario in adversarium, qui ius dicenti non paruit; non in id, quod interest actoris, quia alioquin rem persequeretur, non pœnam, sed quanti res est, quæ in iudicium deducta, *d. l 1 in fine:* ut veniat rei ipsius æstimatio, etsi petitio sit falsa & adversario nullum sit ius in re petita. Ut meritò hæc actio dicatur pœnalis, quia non spectat veritatem, sed quod petitum, sive iure sive iniuriâ & punit non obtemperantem: unde ultra annum non durat, nec ad hæredem transit, *d. l. un. in fine,*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 3 Si quis jus dicenti non obtemperaverit.

QUod in pr h tit. dicitur; Licere Magistratui suam Jurisdictionem pœnali judicio defendere, non pugnat *cum l. 10. ff. de jurisdict.* Aliud enim est suæ personæ, vel suis jus dicere *d. l. 10.* aliud Jurisdictionem, quæ demandata est, publicâ authoritate tueri *d. l. unic hic* Alias varios modos tuendæ iurisdictionis vid. ap. Wes. *h. t num. 6.* & ap. Schot *in exam. juridic. pag. 97.*

Delictum in conspectu Judicis, pro tribunali sedentis, commissum, absque ulteriori probatione & processu puniri potest: quemadmodum & Judex iniuriam, in judicio sibi, ut Judici illatam, ipse recte vindicat. Vid. Gail. *1. obs. 39. per tot.* Carpzov. *parte 1. constit. 16. dif. 28.*

TITULUS IV.

De in jus vocando.

SUMMARIUM.

1. *In jus vocare & rapere, olim licuit propriâ auctoritate*
2. *Postea, non sine jussu judicis id licuit.*
3. *Moribus hodiernis quatenus liceat.*
4. *In jus vocare & citare, diversa; hodie confundi.*
5. *Citatio alia realis, alia verbalis*
6. *Ad realem, opus commissione judicis.*
7. *Fallit in suspecto de fuga.*
8. *Etiam in civili caussa.*
9. *Citatio verbalis quo modo fiat.*
10. *Intellectus* l. Plerumque 18. h. t.
11. *Citatio per edictum*
12. *Citatio quæ fit litteris quid continere debeat.*
13. *Nuntio, seu apparitori, adserenti se citasse, an credatur.*
14. *Cit ri qui possint.*
15. *In jus vocari nisi petitâ veniâ qui non possint.*
16. *Citationis necessitas:*
17. *Omitti ne quidem per Principem potest.*
18. *Necessaria est etiam post litem contestatam.*
19. *Præsens in judicio, an citandus*
20. *Omissio citationis ponit actorum nullitatem.*
21. *Etiam sententiæ in favorem non citati latæ.*
22. *Citationis effectus.*

HAbito Magistratu, qui iurisdictioni præest & ius dicturus, coram eo citandus reus, aut, uti hic dicitur, in ius vocandus, iuris sui experiundi caussâ, id est, ut tentet actor, an quid iuris sibi competat *l. 1 h. t.* ¹ Licuit hoc olim propriâ auctoritate & nisi statim reus sequeretur, aut satisdaret iudicio sisti, manu iniectâ vi ducebatur, rapiebatur collo, ut aiunt, obtorto. Quod lege 12 Tabb. inductum apparet, cuius tenor est: *Si calvitur, pedémque struit, manum endò jacito*, id est, si moretur, frustretur retrorsum eat, manû; inicito: qua de re consulatur Cuiac. *l. 7 obs c. 16. lib & 10. cap 10.* Verùm mos iste, quòd parum esset humanus, nec sine turba contingeret, iuxta illud Horatii, *lib. 1. Sat. 9.*

> *Rapit in jus, clamor utrimque,*
> *Undique concursus,*

in usu esse desiit ² & ceptum, non nisi Judicis iussu in ius aliquem vocare; quòd æquius videretur, rem iuris experiundi caussâ institutam, eius auctoritate transigi, qui iuri dicundo præest. In quam rem adducunt *l. 3. cod. de exhib. reis.* Ubi Imperatores neminem in iudicio exhibendum esse præcipiunt, nisi de cujus exhibitione judex pronuntiaverit. Quæ lex loquitur quidē de reali citatione tantùm, ad quam requiritur caussæ cognitio prævia, idem tamen communiter receptū in verbali. Et facit eam in rem *l. 5. inf. de jud.* ubi dicitur, vocati esse comparere, non contemnere auctoritatem Prætoris; ut priùs hæc auctoritas in vocādo intervenerit. Ad idem facit *l pen. cod. de bonis auctor. jud. possid.* ubi ad conveniendū aliquem adeundus dicitur Rector provinciæ. Hac de caussa *l. 2. tot. seq.* vocato in jus, si non iverit, mulcta imponitur. De cōsuetudine variis in locis non requiritur jussum judicis, sed ³ sine ullo decreto, aut commissione, ad solam partis peti-

petitionem, ea peragitur, ut tradit Vantius *cap. de nullit. ex defectu citat. num. 39.* Et hoc, quoad verbalem citationem; nam quoad realem semper opus est præviâ caussæ cognitione & post eam jussu judicis. Vantius *d. loco num. 31. & seqq.*

4 In jus vocare, hodie dicimus citare: quod tamen verbum alterius est significationis. Nam citari dicebatur reus, cùm ipsâ die cognitionis, quæ antè alicui dicta erat, in foro ac tribunali per præconem evocaretur, ut an præsens esset nec ne, appareret, Duaren. 1. *disput. cap. 1.* Hodie hæc duo confunduntur: ut Citatio sit vocatio in jus, id est ad tribunal ejus, qui jurisdictioni præest, juris experiendi caussâ *l. 1. h. t.*

5 Alia est realis, alia verbalis. Realis est, quâ persona, vel bona, ob delictum, vel æs alienum, aut aliam justam caussam, apprehenduntur & arrestantur, ut vulgò loquuntur. Habet locum regulariter in criminalibus, ne facinorosus fugam arripiat.

6 Requirit mandatum judicis prævium *l. 3. cod. de exhib. reis.* Ratio est, ne quis iniquè lædatur. Excipe tamen deprehensum in flagranti crimine, quem Officialis rectè apprehendit sine ulla commissione, quâ non est opus in notorio. Suspectus quoque de fuga capi potest sine ulla commissione, si

7 periculum sit in mora, *arg. l. ait Prætor 10. §. Si debitorem 16. inf. quæ in fraud. facta sunt ut restit.* Ubi id licet ex caussa debiti civilis, ut multò magis licere debeat ex crimine, ne illud maneat impunitum. In caussa autem civili apprehensio, quam Arrestationem vocant, cùm sit species executionis, regulariter est prohibita *l. un. cod. de prohib. sequestr.* quòd in verso juris ordine ab ea sumatur exordium: nisi quatenus jure, consuetudine, vel privilegio permissa, quo casu, judicis jussus præcedat oportet.

8 Excepto tamen, si debitor de fuga sit suspectus, quo casu, non exspectata commissione judicis, propriâ auctoritate debitor detineri potest. Ratio, quòd consuetudo generalis arrestationem permiserit, etiam forensis, consistit in sumptibus, qui fieri possent ad persequendum debitorem alibi commorantem, evitandis. Hac de re videatur Peckius *tract. de jure sistendi.*

9 Verbalis citatio est, quando reus vivâ voce coram & in faciem citatur per ministrum Curiæ. Habet ea locum, quando reus invenitur: qui, si absit, aut latitet, aut aliter impediat, quò minùs personaliter citati queat, in subsidium citatio fit ad domum habitationis ejus, *c. Caussam 11. de dolo & contum.* ubi Abbas *num. 5.* per publicam denuntiationem, coram testibus, aut potius coram domesticis, relictis penes eos litteris citationis, iisve ostio affixis.

Bart. *ad l. 2. cod. de collat. fundi fiscalis lib. 10.* Post litem inchoatam sufficere volunt, aliquem citari ad domum, relati à Vantio, *d. loco num. 9.*

10 Non obstat *l. plerique 18. hoc tit.* quæ negat aliquem de domo sua in jus vocari posse: nam intelligenda est de more antiquo, quo invitus quis in jus trahebatur, ut licita fuerit ejusmodi vis. Taliter tamen è domo sua: quæ cuique tutissimum refugium atque receptaculum: trahi, minimè est probatum; atque ita accipiendam *d. l. 18.* patet ex ejus verbis finalibus & *ex l. sed si is 21. h. t.* Quod non tantùm obtinet in domo, verùm & in horto & stabulo domui juncto. Molitori molendinum domus est, nautæ navis; qua de re videatur Peckius, *de jure sistendi cap. 6. num. 4.* Jason. *ad d. l. 18.* De domo loquuntur leges, in qua quis habitat, sive sua, sive aliena *l. 5. §. Domum inf. de injur.* Si non habitet, extrahi potest, nisi statutum obstet, quod multis locis, invito inquilino, aliquem extrahi vetat. Et hoc ita in caussa civili: nam in criminali extractio est licita, nisi & in hac statutum obstet.

11 Si remotè absit reus & nesciatur, ubi degat, faciatve per se aut per alium, quò minùs ad se perveniat citatio, tunc solet Edictum proponi in consueto judicii loco, vel alio publico, quo, commemoratâ actoris intentione jubetur absens in judicium venire. Verùm, non utendum facilè istâ citatione per edictum, ut videre est *in Clem. 1 de judic.* Videatur And. Gail. *lib 1. obs. 57.* ubi tradit, præcipuè illi locum esse, si contradictor sit incertus; tunc enim moris est citare omnes, quorum interest. Quo modo & citati solent creditores defuncti, ut compareant & creditum suum proponant. Fit & citatio per proclamationem, per campanam, per tubam, Maranta *p. 6. §. citation. 95. & seqq.*

12 Cæterum citatio, quæ fit per litteras, debet hæc continere. Primò, nomen ejus, ad cujus instantiam decreta est citatio, ut intelligat citatus, an citanti sit legitima persona: qua in re abesse debet æquivocatio nominis, quæ obscuritatem induceret & faceret citantem luere expensas *l. si duo inf. de testam. tutor.* Secundò, nomen judicis citantis: tum ut citatus possit cognoscere, utrum à competente judice citetur, quia supra jurisdictionem citantis impunè non paretur; quamvis citatus comparere debeat & proponere exceptionem, *qua de re Tit. sequent.* tum, ut sciatur, sit ordinarius, an delegatus: nam huic aliàs impunè non paretur antè, quàm si de commissione doceat DD. *ad c. Cùm in jure per text. istum 11. de officio deleg.* Mynsing. *cent 3. obs 1.* Gail 2. *obs. 41. num. 17. & seqq.* Tertiò, locum judicii seu tribunali: ut sciat reus, an extra territorium non cite-

citetur & an locus sit sibi tutus: nam aliàs comparere non cogitur, *Clem. 1. verf. notorium de re jud.* Et hoc, quoad delegatum judicem, non etiam quoad ordinarium, qui cùm certum tribunal habeat, simpliciter loco nullo expresso, censetur ad solitum residentiæ locum citasse *l. si locus 59. inf. de jud.* Quartò, nomen citandi, remoto etiam omni æquivoco: ut citandus extra dubium se vocari intelligat, qui alias impunè non comparet. Quinto; Caussam: ut citatus possit scire, super qua te conveniatur, *Clem. 2. ut lite non contest.* Libellum inserere non est necessè qui tamen insertus tollit citato facultatem petendi aliam deliberationem, *c. 2.* ꝟ *de dilation.* Sextò, diem & terminum comparendi, ne fit indiscreta citatio & citatus sciat diem, quo sibi comparendum, non esse feriatum.

13 Inter alia desideratur, ut citatio fiat secundùm loci consuetudinem; à nuntio, sive apparitore Curiæ. Cui adserenti, se citare jussu judicis, an fidem habere debeat citatus, disputatur. Quod jure inspecto non videtur, cùm ista adsertio contineat factum alienum & solemnitas commissionis sit extrinseca, quæ non præsumitur, nisi probetur Felin. *in c. 1. n. 13.* ꝟ *de judic.* Consuetudine tamen multis in locis receptum, ut habeatur fides nuntio adserenti, se ex commissione citare; Maranta *d. loco n. 52.* Hoc certum est, relationi apparitoris de legitimè executa citatione stari, quia in hoc versatur illius officium, in quo electa personæ ejus industria; ut pro eo præsumatur & fides sit habenda. Gail. *d. l. 1. obs. 54. n. 4.* nisi contrarium probetur Menoch. *de arbitr. casu 112.* Facienda citatio die, non feriato, quâ de re infra *tit. de feriis.*

14 Citari possunt omnes, quibus cum agendum, quibus tamen sensus est: unde non citantur impuberes, furiosi. Excipiuntur duo ordines: unus eorum, quos pro tempore in jus vocari Prætor noluit; quo in numero est Magistratus major, penes quem est imperium & potestas, propter ejus dignitatem, *l. 1. h. t.* Annus enim cùm esset apud Romanos Magistratus, parum intererat actoris, differri negotium in tempus, quo is, cum quo agendum, Magistratu abisset: adeò, ut ne quidem agi posset de delicto in ipso Magistratu commisso, & hoc ita in majori Magistratu. Aliud est in minori *l. nec Magistratibus 32. inf. de injur.* excepto tamen crimine repetundarum *l. 4. cod. ad l. Jul. repetund.* In hoc ordine etiam comprehenduntur, quos justum tenet impedimentum, quod facit eos honestè comparere non posse: uti Pontifex, dum sacra facit, qui propter religionem loci inde se movere non potest, Judex, dum de re cognoscit; nubens, fumum familiare ducens & alii, de quibus *l. 2. & 3. hoc tit.*

15 Alter ordo est eorum, quos quidem in jus vocari concedit, sed non nisi petitâ veniâ: cujus ordinis sunt parentes utriusque sexûs sive naturales, sive legitimi; patronus patrona, de quibus *l. 4. & seq. h. t. & cod. eod.* Pœna est quinquaginta aureorum, quos qui quæ inopia præstare nequit, corpore luit, *l. pen. & ult. h. tit.* Ratio istos excipiendi consistit in reverentia, talibus personis debita, quæ offenditur pristino isto vocandi in jus modo, qui parum habebat humanitatis, ut dictum. Quo hodie sublato, posset videri eum Cujacio; 10. *obs. cap. 10.* & Ant. Fabro *in cod. lib. 2. t. definit. 18.* veniâ opus non esse: nisi dicamus, cùm vocatio in jus non fiat nisi jussu judicis, sufficere eum jussum, ne frustra idem bis petatur, cùm judex sciens, de qua persona agatur & annuens, videatur veniam concessisse. Vide Fachin. *19. contr. c. 87.* Dico, sciens; quia si ignoret qualitatem personæ, aliter dicendum videtur, quòd nequeat dici purgasse vitium, quod nescivit subesse, *arg. l. sed si 10. §. Patronum h. t.* Quo casu videtur pœna locum habere, nisi ille, qui actionem impetravit, ductus pœnitentiâ desistat, quia nulla subsecuta sit violentia *l. Libertum h. t.* Idem est, si non venerit vocatus, aut si non invitus venerit, quia volenti non fit injuria *l. Quamvis 11. hoc tit.*

16 Citatio ejus, eum quo agendum, omnino est necessaria, cùm sit substantiale fundamentum judicii, sine quo, nec in judicando judex, nec in exequendo quidquam attentare debet aut potest: alias foret nullum & irritum, *Clement. Pastoralis de re judic.* cùm citatio respiciat defensionem sui juris, quæ est iuris naturalis, ut omitti nullatenus queat.

17 * Unde patet responsio ad quæsitum, an omitti possit per Principem? Negandum enim hoc, cùm Princeps non possit tollere ea, quæ sunt iuris naturalis positivi, ad quod spectat defensio sui. Unde Abbas *in c. 1. n. 4.* ꝟ *de caussa possess.* dicit, nec Papam, nec Principem posse contrà non citatum pronuntiare; quia posset contingere damnari inauditum innocentem. Et hoc in casibus, in quibus citatio ad sui defensionem necessaria est: nam alias poterit omitti per Principem, ut tradit Covarr. *Pract. quæst. c. 3. num. 6. vers. 1.* Quod & vult obtinere in actibus, quos ipse Princeps agere potest, etiam in præjudicium alicuius inviti; uti auferre alieni rem suam ex caussa publica; quod & ante eum tradidit Craverta *cons. 5. num. 3. & Gabriel. lib. 1. commun. opin. ut de citat. num. 34. & seqq.* Hinc & statuto & consuetudine tolli non posse citationem, communiter volunt Doctores, *ad l. omnes sup. de just. & jure,* citati à Maranta *p. 4. dist. 16. num. 22.*

Non

18 Non autem necessaria tantùm ante litem contestatam citatio rei, & omnium, quorum interest principaliter, & qui ius contradicendi habent *l. nam ita sup. de adopt. l. de unoquoque 47. inf. de re judic.* verùm etiam post eam, quoad actus, in quibus posset alteri praeiudicium generari, uti quoad productionem testium, & similes. Interdum non ipsa pars, sed citandus procurator, qui litem est contestatus, quique per hoc factus est dominus litis. Et hoc ita iure civili De canonico, vel procurator citari potest, vel dominus, Vantius *d. loco n. 85.* Dixi, qui ius contradicendi habent & sic actum impedire possunt; quia aliàs frustranea foret citatio, Alex *in l. recusare 6. inf ad SC. Trebell.* Si negotium plures concernat, omnes sunt citandi: Iudicium enim contra citatos tantùm procedit, neutiquam contra omissos, quibus ius suum salvum.

19 Citatio itaque est necessaria Praesens tamen in iudicio, non est necessariò citandus, eùm citando mandetur, ut in iudicio compareat, quod mandari non debet iam praesenti: qui tamen monendus à iudice eius rei, quae agitur, uam non parens, habebitur contumax, Vant. *d. loco n. 17 & 82.*

20 Omissa citatio faciet, subsecuta nullius esse momenti, etiam sententiam Idem est, si non sit validè facta, cùm in omni iuris parte eodem loco sit, quid actum non esse & vitiosè actum esse *l. 6 inf. tit. 5.* nisi praesentia adversarii vitium purget *l. 1. § 1. inf. de feriis* Gail. 1. *obs. c. 45. n. 4.*

Ubi quaeritur, an sententia ita sit nulla, ut ne quidem sustineatur in favorem non citati? Quod dicendum, ex eo, quòd citatio, secundùm dicta, sit substantiale fundamentum Iudicii, ut eius omissio ponat defectum substantialem, ex quo sequitur nullitas, Bart. *in l. ea quae C. quom. & quando judex sent prof. deb.* Nec obstat, quòd iudicium agitatum cum pupillo, sine tutoris auctoritate, nullum sit *l. 4 C. si advers rem iudic.* & tamen, si in favorem pupilli dicta sit sententia, sustineatur *l nec eo minus 14. ubi DD. C de procurat* quia non subest hic defectus substantialis; cùm pupilli & minores in actibus concernentibus eorum utilitatem censeantur habere legitimam personam standi in Iudicio. Praeterea subest quidem in istis indemnitas, res tamen ab iis prosperè gestae, non rescinduntur *d. l. 14.* Vantius *de nullit. ex defect. atat. n. 10.* 21

22 Citationis legitimè executae, sive per trinam vocationem, sive & per unam peremptoriam, cum tanto temporis intervallo, quantum trina contineret *l nonnunquam 72. inf de judic* sive etiam aliàs effectus est, quòd perpetuet iurisdictionem, inducat litis pendentiam, saltèm secundùm Canones. *Clem 2. ut lite pend* interrumpat praescriptionem *l. 7. de praescript. longi temp.* contra non comparentem ut contumacem procedi faciat, teneatque sententia *l & post 73. inf de judic* nisi iusta doceatur absentiae caussa *l contumacia 83. de re jud* Nec excusabit citatum, quòd non sit eius fori, quia nihilominus comparere debuisset, ut dicetur *tit. seq.*

ADDITAMENTA

Ad tit. 4. de in jus vocando.

REus obstrictus comparere personaliter in caussa civili, non aliter tenetur, nisi actor idem faciat, Myns. *cent 3. obs. 4*

Ad n. XI De citatione per edictum vid. notatu digna Apud Berlich. *parte 1. conclus. 11. per tot.* Althus. *Dicaol. lib 3. c. 49. num 31 & seqq.*

Ad n. XV. De citatione partis necessaria vid. Marsil. *sing 30 48. 75.* Treutl. *vol 1. disp 4. th. 8. lit. a. ibique alleg.*

Citatus à iudice incompetente, an comparere debeat? vid Myns. *cent. 6. obs 7.* Gail. 1. *obs. 48. n. 7. 8. 9. & n 24* ubi habet practicam comparendi, coram Iudice incompetente

Judex, si executionem vel citationem in suo territorio facere non potest, literas ad alterius territorii Iudicem mittit eùmque pro citatione vel executione facienda requirit. Gail. 1. *obs. 56* Carpzov *jurispr. forens. parte 1. const 2 def. 27. 28.* Treutl *vol. 1 disp. 4 th. 5 lit. c.* Quod Marsil *sing 138* limitat, si non secundùm leges, sed statuta loci. sententia lata est, eo enim casu, Judex alterius territorii, petitum exequi non tenetur. Vid. etiam Besold. *in thes. pr. verbo* Compaßbrieff & Wehn. *in obs pract. ver o* Hülffbrieff.

Is, qui facit aliquem citari in iudicium, videtur personam eius approbare, ita ut contra eum excipere neque-

nequeat: hanc regulam latè per ampliationes & limitationes examinat Schrad. *in misc. c. 4. per tot.*
De eo quod dicitur, citationem tribuere citato securitatem totò eundi & redeundi (Vorladung bringt Gleit mit sich) vid Dan. Moll. *lib. 2. Semestr. c. 1.* Treutl. *vol. 1. disp. 6. th. 2. lit. a.*
Citatio quando in Camera Imp. periculo partis decernatur, vid. Gail. *1. obs. 119. n. 7.*

TITULUS. V.

Si quis in jus vocatus non ierit, sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debebat.

SUMMARIUM.

1. *In jus vocatus etiam ad judicem incompetentem, quatenus comparere debeat.*
2. *Non comparenti mulcta indicitur.*
3. *Edictum ad magistratus inferiores non spectat.*
4. *Quando impunè non pareat vocatus.*
5. *Citatio non subditi, quid operetur.*

1 NE prætoris, vel alterius, qui jurisdictioni præest, auctoritas vilescat, vocatus ex quacumque causa, in jus venire debet, non tantùm si vocatus sit ad competentem judicem, sed & si ad incompetentem: cùm ad hoc comparere debeat, ut prætor æstimet, an sua sit jurisdictio & an citato sit aliquod privilegium, per quod jurisdictionem ejus declinet *l. 2. h. t. l. 5. inf. de judic.* Nec verò citato metuendum, ne jurisdictionem alioqui incompetentem agnovisse & prorogasse videatur, cùm illi liberum sit eam declinare, & objicere incompetentiam: & hoc ante litem contestatã, nam postea forum nemo declinat, ut dictum suprà, & 2 habet *l. 4. C. de jurisd.* * Temerè non comparenti, à judice pro sua jurisdictione, mulcta indicitur *l. 2. §. 1. hoc tit.* Quod non accipiendum de judice, qui non habet jurisdictionem in illa caussa, sed qui jurisdictionem habet, & jus dicendæ mulctæ. * 3 Unde non spectat istud edictum ad magistratus inferiores, quibus non est jus dicendæ mulctæ, quæ est pecuniaria *l. 131. §. 1. inf. de V. S.* posita in arbitrio jus dicentis, secundùm jus Digestorum *l. si qua pœna 224. §. 1. inf. d. tit.* postea certus modus magistratibus constitutus *l. 4. & fin. C. de modo mulct.* * Et hoc nisi justa caussa vocatum excuset, 4 ut quia vocari non debuit, aut potuit *argum. l. in fine & l. 2. inf. tit. 7. ne quis eum, &c.* & quòd sit potius peccatum per eum, qui vocavit. Quò facit posterior Rubr. pars, quæ est de eo, qui vocavit eũ, quem ex edicto non debuit. Similiter excusatur, si nihil intersit actoris, adversarium eo tempore non venisse *l. 2. in fine hoc tit.* ut, quem certum est alterius esse fori, cùm quæ certa sunt, non indigeant aliâ inquisitione, aut quia Judex pro tribunali non sedit. Quo modo & alibi habitans citatus, impunè non comparet quoad hanc mulctæ dictionem *l. fin. sup. tit. 1.* * Hoc tamen operatur citatio 5 non subditi, ut Judex ejus, cui subest, habitâ denunciatione petitionis actoris, procedat ad missionem in possessionem bonorum non comparentis, sub sua jurisdictione sitorum Gail. *1. obs. c. 1. 36.* Denique si judicio sisti fidejussorem dederit, suppositum tamen Jurisdictioni vocantis *l. 1. hoc tit. qua de re t. seq.* Qui promisit quidem Judicio sisti sub pœna, & non stiterit, ad pœnam agendum; nullâ verò adjectâ pœna, incerti cum eo agendum *l. fin. hoc tit.* qua de re infrà Tit. 8.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 5. Si quis in ius vocatus non ierit, &c.

AD n. 1. Si quis, nec mediatè nec immediatè sit subditus, vel notorium sit, Judicem non habere Jurisdictionem, potest impunè emanere *l. fin de jurisd.* Gail. *1. obs. 48. n. 9.* Cui adde alias justas excusandi caussas: Si quis contra Edictum sit vocatus *l. 11. ff. de in jus vocando.* Si quis ex rusticitate emanserit *l. 2. §. 1. hoc tit.* Et si non intersit actoris, ut citatus veniat, veluti si dies sit feriatus *d. l. 2. §. 1.* Wes. *hoc tit. n. 2.*

TITU-

TITULUS VI.

In jus vocati ut eant, vel satis cautum dent.

SUMMARIUM.

1. *Cautione judicio sisti evitatur pœna non comparentis.*
2. *Exceptio ab hac regula.*

1 MUlcta non comparentis evitatur, si Iudicio sisti certo die satisdederit citatus, id est per fidejussorem locupletem pro rei, de qua agitur, quantitate *l. 1. h. t.* Quæ res non tantùm æstimatur ex facultatibus, sed & ex conveniendi facilitate. Quo modo dans fidejussorem, jurisdictioni ejus, ad quem vocatur, non subjectum, non satisfacit, nisi privilegio loci renuntiaverit *l. 2. tit. præced.* quòd scilicet eo non sit usurus *l. 7. in princ. inf. tit. 8. qui satisd. cog.* * Excipiuntur ab hac regula necessariæ personæ, parens, patronus, eius uxor, liberi, nurus: pro his enim qualiscumque fidejussor accipitur & idoneus habetur *l. 1. 2. 3. h. t.* quod datum honori talium personarum. Qui accipere recusat, sciens eam esse necessitudinem, tenetur pœnâ edicti de in Ius vocando *l. 2. h. t.* Duos qui sistere promisit, si alterum tantùm stiterit, non satisfecit promissioni, atque ideo locus erit pœnæ edicti *l. fin. h. t.* 2

ADDITAMENTA

Ad tit. 6. In jus vocati ut eant, &c.

HOdie in citatione verbali, nullus est satisdationis usus, sed in reali, quoties est talis caussa, in qua fidejussor admitti potest. Schot. *in exam. jurid. pag. 106.*

TITULUS VII.

Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat.

SUMMARIUM.

1. *Actione ex hoc edicto. quid contineatur.*
2. *Non tenetur vi eximens eum, qui vocari non debuit.*
3. *Quinam teneantur edicto.*
4. *Exceptio.*

COntingebat in Ius vocatum, venire quidem paratum, sed per alium vi eximi, id est quoquo modo fieri, aut impediri, quo minùs veniat *l. 4. h. t.* Per quod, cùm prætoris violetur auctoritas, hoc illi ferendum non erat, atque ideo vetuit edicto, in 1 factum data actione in eum, qui vi exemerit: * quâ non continetur, quod in veritate est, id est, damnum, quod actor verè passus, sed quanti ea res, de qua controversia est, ab actore æstimabitur. Ut hæc actio etiam locum habeat, si actor calumniator sit & calumniandi animo litem instituerit *l. 4. & 5. h. t.* quia non Ius agentis inspicitur, sed factum eximentis contra popularem legem prætor coercet. * Nec obstat, quòd vi eximens eum, qui vocari non debuit, non teneatur hoc edicto, ut mox dicetur; nam vocari non posse pendet ex edicto prætoris, quod scite quisque potuit: vocari autem non debere, pendet ex facto, de quo non est privati cognoscere, sed tantùm Iudicis à prætore eam in rem dati. Notat edictum eum, qui vi facit, quò minus producatur, etiamsi desit dolus *l. 3. §. fin. h. t.* ut si exemerit eum, quem putabat parentem, aut patronum esse, aut privilegio aliquo subnexum, & per errorem, qui error ipsum non excuset. 2

3 Tenetur hâc actione non tantùm, qui per se, sed & qui per alium vi exemit, sive præsens, sive absens modò doceatur exemptio *l. 1. h. tit.* Plures si exemerint,

sint, singuli tenentur, quia omnes deliquerunt: ut unius præstatio alterum non liberet, & maneat nihilominus obligatus, qui vocatus est *d.l.5.§ penult.* quem solutio pœnæ per eum, qui exemit, liberare non debet *l.fin. h.t.* Servo eximente, contra dominum est actio noxalis; nisi sciente eo fecerit; tunc enim dominus suscipiet judicium, cessante noxali *l.2.§.1.h.t.* Datur non tantùm actori, sed & heredibus ejus, si eorum jus, sit factum deterius, quia eatenus est rei persecutoria; non tamen in heredes, neque post annum, quia pœnalis. 4 * Excipe primò vocatum ad judicem incompetentem, & eum, qui vocari non debuit aut potuit *l.1.in fine & l.2.h.t.* Secundò excipe, si vocatum ad judicem pedaneum quis exemerit *d.l.3.§.1.* quòd edictum loquatur de in jus vocato: vocari autem in jus, sit vocari ad prætorem, aut ejus tribunal, non ad pedaneum judicem, cui non est tribunal. Excipe tertiò, si non obstante exemptione, reus nihilominus in judicium sit productus; quia effectum non habuit exemptio. Cum effectu autem intelligenda verba, præcipuè legis pœnalis *d.l.5.§.2.*

ADDITAMENTA

Ad tit. 7. Ne quis eum, qui in jus vocabitur, &c.

AN huius tituli aliquis sit usus? vid. Schot. *prox. cit loc p. 107.*
Affinia remedia: eorúmque ab hoc Edicto differentias vid. ap. Wes. *h t n. 5.*

TITULUS VIII.

Qui satisdare cogantur, vel juratò promittant, vel suæ promissioni committantur.

SUMMARIUM.

1. *Cautio triplex.*
2. *Satisdatio & satisfactio, in quo conveniant.*
3. *Stipulatio prætoria, cur fidejussores desideret, non etiam pignora.*
4. *Satisdatio alia necessaria, alia voluntaria.*
5. *Qui qualiter caveant.*
6. *Clerici satisfaciunt repromittendo.*
7. *Iuratoriâ cautione qui satisfaciant.*
8. *Fidejussores idonei qui.*
9. *Fidejussorem non idoneum, ignoranter admittens, an sibi prajudicet.*
10. *Fidejussorem idoneum ab initio dans, qui postea fiat non solvendo, an cogatur iterum dare.*
11. *Fidejussorem idoneum accipere recusans, tenetur injuriarum & offerenti & fidejussori.*
12. *Idoneum præstare qui non teneantur.*
13. *Finis & effectus satisdationis.*

IN ius vocati ut eant, aut satis, vel cautum dent, habet edictum Prætoris *sup. tit. 6.* Quæ cautio, cùm variè fiat, ut patet ex hac Rubr. necessè fuit explicare, qualiter caveatur & per quos. 1 * Cavetur, vel per satisdationem, vel per nudam repromissionem, vel juratam: quæ duæ posteriores species, sub satisdationis appellatione interdum continentur *l.satisdationis 61.inf.de VS.* 2 * Satisdationem eo modo appellatam tradit JC. *hic l.1.* quo satisfactio: non quòd sit eadem, sed quòd similis & tum quoad nominis compositionem, tum quoad finem. Nam, ut per satisfactionem implemus desiderium exigentis solutionem, ita per satisdationem exigentis securitatem, dum adversario nostro, pro eo, quod à nobis petitur cavemus (sic legendum *in d. l. 1.* non etiam *cavit*) ut eum hoc nomine securum faciamus, datis fidejussoribus; 3 * quos prætoria stipulatio desiderabat, non etiam pignora *l. 7. inf. de prætor. stipulat.* ex ratione, quòd esset facilior facultas conveniendi fidejussores, qui olim & ante principalem excuti poterant, cùm pignora non haberent, semper promptū emptorem & non nisi variâ circumductione distraherentur. In contractibus tamen pignora sufficiunt *l. promissor. 21. in fine inf. de constit. pecun.* & hodie possent sufficere etiam prætori, ex quo fidejussoribus est beneficium ordinis. 4 * Hæc alia est necessaria, quæ à lege, vel magistratu imponitur, ut de sistendo, de qua hic, de non offendendo, de solvendo expensas, de rato, de judicato. Alia voluntaria, quæ partium conventione præstanda venit.

Satis-

5 Satisdare non coguntur, sed sufficit repromittere eos, qui res immobiles in loco, ubi litigatur, possident *l. penult. in princ. hoc tit.* ubi talis accipiendus dicitur, qui in agro, vel civitate bona immobilia possidet, aut ex asse, aut ex parte, etiam quoad solam proprietatem, non item usumfructum tantùm. Ratio est, quòd, cùm prædia possideant, aliâ cautione non sit opus: faciunt enim ista nullum subesse periculum illusionis cùm talia bona perinde capi possint pignori in executione, atque si essent specialiter obligata. 6 * Repromittendo item satisfaciunt Clerici, quos jurare non ita permittunt Canones, uti adserit *l. cum Clericis 25. C. de Episc. & cleric.* quam legem confirmat Honorius Pontifex *cap. 1. & de juram. calumn.* Ex quo colligunt, Clericis prohibitum esse, jurare sine licentia superioris: quod Abbas *d. c. 1. n. 18.* admittit quidem in Judicio, non etiam extra illud, quòd in judicio sæpe incitetur quis ad dicendum falsum.

7 Juramento promittunt clarissimi, illustres *l. pen. C. de dignitatib. lib. 12* & illi, qui fidejussores idoneos invenire non possunt, ne difficultas eos inveniendi causset dilationem judicii & paupertas debitoris obstet actori, quò minus suum adsequatur: ut intersit ejus, talem cautionem recipi, quam præstare reus potest, ne quis ad impossibile obligetur *cap. penult. de donat. inter vir. & uxor.* Juramentum illud duo continebit: prius, quòd adhibitâ diligentiâ fidejussores non potuerit invenire; alterum, quod judicio se sistet, *Nov. ut nulli judicum &c. 134 §. Necessarium, ubi Gl.* Et hoc, nisi sit suspectus de fuga, qui non facilè juratoriæ cautioni est committendus; atque hoc agendum, ut re verâ cautum sit agenti *juxta l. litibus C. de agric. & censit. lib. 11.* Si lis fuerit super re mobili, ea apud officium deponenda, donec vel satisdederit, vel lis finiatur *l. 7 in fine h. t.*

8 Fidejussores, quos satisdatio requirit, idonei sint oportet, non tantùm facultatibus, pro rei, quam actor postulat, gravitate, verùm & facilitate conveniendi *l. 2 h. t.* unde sint suppositi jurisdictioni ejus, coram quo vocatus est reus, nisi caveant, fori præscriptione se non usuros *l. 7. h. t.* Sint etiam tales, qui obligari & conveniri possint. Unde non rectè datur mulier, quæ juvatur Velleiano; non minor, propter beneficium restitutionis; non miles, cui est privilegium fori *d. l. 8. §. 2. h. t.* non etiam servus, quia personam legitimam non habet *d. l. 8, § 2,* nec filiusfamilias ex caussis, ex quibus de peculio non datur actio *l. 3. inf. de fidejuss.* Adeò ut datio talis personæ non impediat, quò minùs ex integro sit cavendum *d. §. 2,* Ratio est, quòd satisdatio jussa, aut promissa non sit impleta *d. l. 3,* quia is est datus, qui obligari aut conveniri nō potest. Quod non tantùm obtinet in casu, quo necessaria est satisdatio, ut in casu hujus Tit. verum etiam, quo est voluntaria, id est ex partiū conventione *l. 3. in pr. ne inf. de fidejuss.* quæ de promissa satisdatione agit. Et hoc ita quoad inhabilē, conveniēdi facultate, de quo agunt jura citata, sive sciverit, sive ignoravetit creditor.

9 Magna dubitatio est, an idem procedat quoad datum fidejussorem facultatibus non idoneum? vult Glossa, Bart. Castr. *ad d. l. 3,* in necessaria satisdatione, sive scienter sive ignoranter admisso non idoneo, nihil præjudicari actori, in voluntaria verò præjudicari creditori. Rationem differentiæ ponunt quòd in priori casu offendatur lex sive Judex, ut factum contra illum sit nullum *arg. l. si libertus 16. inf. de jure patron.* Publicum enim jus, privatorum pactis non mutatur: in posteriori verò, agatur de facto hominis cui quisque præjudicat *arg. d. l. 6, in fine princ.* Probatur *d. l. 3, in fine,* ubi dato non idoneo fidejussore secundùm promissionem, magis est ut sit satisdatum, quia, qui admisit eum fidejubentem, idoneum comprobavit. Ad idem facit *l. inter caussas 26, §. Abesse, inf. mandati, & l. si nomen inf. de hered. vend. cum similib.* Et ita tenet Hippol de Marsil *de fidejussorib. n. 66.* Verùm isti distinctioni non satis respondet *l. 3, §. fin. ut in possess. legat.* ubi si semel cautum est caussa legatorum, iterarò caveri non debet, quòd legatarius suæ facilitati impensum ferre debeat, si minùs idoneos fidejussores acceperit: neque enim oportet per singula momenta onerari eum, à quo satis petitur. Facit etiam *l 4, inf. de prætor. stipulat.* ubi stipulationes prætorias sæpe interponi dicit JC. quando sine culpa stipulatoris cautum esse desiit. Ut videatur minus conveniens superior distinctio & in utraque idem statuendum, cùm utrique respondeat ratio *d. l. 3, fin.* Neque enim minus potest existimari, prima admissione, totam edicti partem esse consumptam, atque est consumpta promissio de satisdando. Nisi tamen iustè ignoraverit creditor conditionem dati fideiussoris, quo casu rectè dicetur non consumpta obligatio satisdandi, secundum *d. l. 4.* quæ loquitur in casu, quo cessat culpa admittentis minus idoneum. Hac tamen differentia, quòd in necessaria iterum sit satisdandum, iuxta *d. l. 4. & l. quoties hoc tit* quæ dicit vitiosè cautum, non videri cautum & hoc ex mente prætoris, quæ est, ut is, qui accepit fideiussorem, sit securus *l. 1. h. t.* In voluntaria verò sit actio ad interesse, quòd semper in satisdationis stipulatione veniat id quod interest *l. si quis 112, inf. de V. O.* Hippolyt. *de fidejuss. n. 73.*

10 Alia quæstio est, an, qui ab initio reumeum qui-

quidem dedit, sed qui postea factus est non solvendo, iterum cogatur dare. Distinguunt & in hac quæstione interpretes inter necessariam & voluntariam satisdationem, quòd in illa alius sit substituendus, non etiam in hac, Bart. *ad d. l. 3,* & ibi communiter Doct. ac Bartholum secutus Hippol. de Marsil. *d. loco num. 74*, Gomez *lib. 2 var. resol. c. 13. n. 7*, Nic. ab alto *Singul. 51, n. 7*, Strada *de decoctorib. p. 5, n. 2*, Prior pars probatur *l. si ab arbitrio 10, in fine h. tit.* quæ propter calamitatem fideiussoris, aut inopiam, medio tempore accidentem, caussâ cognitâ ex integro vult satisdari: *& l. 4 inf. ut in possess. legat.* quæ in nova caussa, ut si decesserit fideiussor, aut substantiam inopinato impetu amiserit, dicit æquum esse, de novo cautionem præstari *& d. l. 14, inf. de prætor. stipul.* quæ prætorias stipulationes vult sæpius interponi, cùm sine culpa stipulatoris cautum esse desiit, ut in casu proposito. Ratio est, quòd mens prætoris sit, reddere securum eum, qui satis accepit *l. 1, h. t.* Non est autem isto casu securus, cùm non dicatur satisdatum, nisi duret satisdatum *arg. l. si pro parte 19, § Versum, inf. de in rem verso.* Posterior pars probatur *d. l. 3, in fine*, ubi per non idoneum admissum videtur magis esse, ut satisdatum sit: ut idem magis dici debeat in casu, quo in principio fuit idoneus. Rationem differentiæ ponunt, quòd satisdatio debita iure obligationis, semel præstita sit extincta, non etiam prætoria. Posset tamen de ea dubitari, cùm, uti primo casu, non aliàs habeatur cautum ex mente prætoris, nisi cautum maneat, ita & in hoc secundo, ex voluntate contrahentium. Deinde, uti in illo quæ de novo eveniunt, novo egent auxilio *l. de ætate 11, § Ex caussa, inf. de interrog. in iure facien.* ita & in hoc. Sed diversitatis ratio in eo posset dici consistere, ut iudicia facilius exitum suum consequantur, nec illudatur edicto, cui vult satisfieri prætor. Idem non est in voluntaria, quia periculum cedit illi, qui accepit fideiussorem.

11 Dandus itaque fideiussor idoneus: quem oblatum recusans, tenetur iniuriarum, & illi, qui eum offert, quòd non sit levis iniuria, duci in ius eum, qui satis idoneum offert, quæ res non est sine infamia; sed & fideiussori, qui non acceptus *l. 5, h. t.* cuius hoc facto sugillatur existimatio apud bonos viros, penes quos eius fortunæ habentur minùs integræ *arg. l. si creditor 16, inf. de minorib.*

12 Non tenentur autem omnes idoneum præstare: nam excipiuntur necessariæ personæ, quarum reverentiæ hoc datum ut qualemcumque dederint, sufficiat, saltem quoad facultates *l. 2, § 2, hoc tit.* non etiam quoad facilitatem conveniendi: nam requiritur, ut conveniri possit coram prætore, ne frustranea sit datio.

13 Finis satisdationis est, ut securus sit actor, nec judicium sit elusorium. Effectus est, quòd satisdationem offerens, non possit in jus duci, rapi. Onus hoc satisdandi reo tantùm hic iniungitur, qui in jus duci, rapi poterat, nisi satisdaret iudicio sisti. De actore nihil tale cautum iure veteri. Iure novo & ab eo cautio exhibenda de peragendis suis intentionibus, de permanendo in iudicio & de aliis, quorum usus non passim ita receptus. De satisdatione eorum, qui per procuratorem agunt, aut excipiunt, infrà suo loco agetur, & traditum *instit. de satisdationibus.*

ADDITAMENTA

Ad tit. 8. Qui satisd. cogantur, &c.

A *D n. III* Hic secundum est, quod vocula *cautio* simpliciter prolata à lege prætoria, intelligatur de idonea, quæ fit per fideiussores vel pignora *l. 1, § Stipulationem, ff. de prætor. stipul. l. 1, §. Caveri, de collat. bonor.* Sed vocula *cautio* simpliciter prolata, à lege civili, vel à Testatore, intelligitur de nuda promissione, quæ fit per stipulationem, nisi aliquid aliud sit dictum, vel adjectum: ut quia promisit quis idoneè aut sufficienter cavere. Schneidevv. *in pr. inst. de satisdat. Tutor. n. 5, & seqq.* Aliàs circa hanc rem vide eleg. distinguentem Suth. *diss. 3, aph. 44.*

Cùm possidere immobilia & possidere mobilia pretiosa æqualia judicentur *l. Lex quæ 22, C. de administr. tutor.* Zanger. *de except. parte 2, c. 21, n. 36.* König. *in process. c. 46, n. 4,* non immeritò possessio rerum mobilium pretiosarum, sublevat actorem à satisdando: Cum res mobiles pretiosiores, nemo tam facilè jactare præsumatur, sicut res viliores. Jul. Clar. *in §. Donatio, q. 10, n. 3,* Gail. *2, obs. 51, n. 2,* Ioh. Fichard *lib. 2. consl. 33, n. 19,* Coler. *de Aliment. lib. 1, c. 11,* Quod tamen rectissimè à Dd. restringitur ad eum casum, quo possessor rerum pretiosarum, est vir frugi, nec suspicione prodigalitatis laborat. Zanger. *dicto c. 21, n. 37,* Carpzov. *parte 1, constit. 5, defin. 19, per tot.*

Ad n.

Ad n. VI. Clerici tamen in causis laicorum, mediante juramento, ad testificandum compelli possunt per text. express. *in c. Nuper nobis 31. ꝟ de Testibus.* Prosper. Farin. *de testib q. 74. n. 66.* Matth. Coler. *parte 1. decis. 211. & parte 2. decis. 241.* Quò major enim alicujus dignitas est, eò minus debet se subtrahere à testificando & perhibitione veritatis: Testis a. injuratus nullam fidem facit & consistit tota substantia depositionis testium in Juramento *l. jurisjurandi 9. §. 1, C. de testib. c. Hortamur 20. caus. 3. q. 9. cap. tuis 39. ꝟ de testib.* Gail. 1. *obser. 101 n.* 1. Mars. *sing. 241. n. 7.* Et cur juramentum tenuere vellent Clerici, cùm hoc per se malum non sit; sed saltèm confirmatio veritatis *C etsi Christus 26. circa finem. ꝟ de jurejur cap. 3. caus. 22. q. 1.* Et species cultûs divini. Setser. *de juram. lib 1. c. 1. n. 11.*

Ad n. VII. Hoc hodie non observari, sed viros etiam illustres, ad fidejussionem, de consuetudine cogi, testatur Clarus *§. fin. quaest. 46. vers Scias autem.* Val Franc. *tr de fidejuss. c. 3. n. 262. & seq.* Hodie igitur de juris necessitate, iuratoriæ cautioni, non nisi ii relinquuntur, qui fideiussores dare non possunt, neque immobilia habent quæ oppignorent, quod & iuramento probant *Nov. 112. c. 2. Nov. 134 c. 9.* Bald. *in Auth. generaliter n. 4. C. de Episc. & Cleric.* Gail. 2. *obs. 47. n. 8.* Soar. *in commun. opin. lit. f. n. 160. adde* Joseph. Ludov. *decis. Perus. 63. n. 6.*

TITULUS IX.

Si ex noxali caussa agatur, quemadmodum caveatur.

SUMMARIUM.

1. *Satisdatio in caussa noxali, cur necessaria.*
2. *In eadem caussa sistere, quid?*

Habet & locum satisdatio in noxalibus, in quibus quia facilè erat eludere vadimonium, [1] servo postea in potentiorem alienato; quo facto liberabatur dominus actione noxali, quæ caput sequitur: providit prætor, edicendo, ut in eadem caussa servus exhibeatur, in qua erat, cùm iudicium acciperetur *l. 1 hoc tit.* * Ubi traditur, [2] in eadem caussa sistere, esse sistere, ut actoris persecutio non sit deterior, id est, ut nihil commoditatis, aut facilitatis in servo mutetur: qualiter & sistendus liber homo *l. si quis 11. hoc tit.* Unde nec alienari, nec noxæ dedi potest, quamvis hac via non liberetur, cùm noxa caput sequatur *l. 2. hoc tit* Agitur non tantùm in dominum, sed & in fructuarium, qui nisi servum defenderit, denegatur ususfructûs persecutio *l 3. hoc tit* Non impeditur autem quis servum actori dedere & ex pluribus dominis unus pro parte sua cedere potest *l. 4. hoc tit.* Neque enim ampliùs actor ab eo petet, qui iure suo cessit, aut cedere est paratus.

TITULUS X.

De eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat.

SUMMARIUM.

1. *Differentia inter Titul. hunc & Titulum VI*
2. *Actio ex hoc edicto datur & heredi.*
3. *Et ad id, quod interest.*

Malè Titulus hic dicitur frustraneus, eadéq; continere eum Tit. 7. cùm sit differentia: nā [1] illo vis exercetur eius, qui fecit, quò minùs in ius vocatus sequeretur, produceretur, hoc autem coercetur etiam is, qui dolo, calliditate, sive suasionibus aliquē avertit, quò minus compareret: veluti qui venienti ad iudicium triste quid pronuntiaverit, propter quod necessè habuit non venire *l. 1. §. h. t.* Ex illo tantùm agit is, qui vocavit in ius; & hoc autem non tantùm actor, qui hoc facto suum amisit *l. 3. h. t.* verùm & reus, cuius interest pœnam non esse commissam *l. fin. §. 2. h t.* Qui si ab actore impeditus fuerit, sufficiet illi exceptio contra eum agentem ad pœnam promissam *l. 1. § Si reus h. t.* In illo actor meram pœnam persequitur; unde etiam plures, qui deliquerunt, singuli in solidum tenentur, nec unius solutio alterum liberat, hoc verò tantū id quòd interest, ut solutio unius, alios liberet, quòd ultrà non intersit *d. l. 1. § pen.* Illi locus est, reo exēpto, huic etiam actore impedito. * Datur etiam heredi, [2] sed non ultra annum, adversus heredē; non alias, quā, ne ex dolo defuncti lucretur, quia eius ratione est pœnalis *l. 1. in fin. h. t.* * Tēdit ad id, quod interest: [3]

quo etiam continetur id quod amissum eam ob rem, veluti, si interim reus dominium sibi acquirat, aut actione liberetur *d. l. fin. in fine*. Quo tamen casu, si is, per quem factum erit, non fuerit solvendo, actio restituitur in ipsum reum: quod æquum est, ne quis lucretur per dolum alterius, in adversarii sui detrimentum *d. l. fin. §. 1*,

TITULUS XI.

Si quis cautionibus in judicio sistendi causâ factis, non obtemperaverit.

SUMMARIUM.

1. *Promissores & fidejussores judicio sisti, si non obtemperaverint, qua actione & ad quid teneantur.*
2. *Cessat hac actio, vel ipso jure, sublata actione principali.*
3. *Vel per exceptionem, reo justè impedito.*
4. *Item reo post diem se sistente, integro actoris jure.*

1 SI reus non obtemperaverit cautionibus, vadimonium non obeundo, id est, ad constitutum diem se non sistendo, aut nō in eadem caussa, ut actori sit persecutio loco deteriori *l. si quis 11. hoc tit.* stipulatio committitur adversus eum & fidejussores ab eo datos *passim hoc tit.* datâ certi condictione, si certa pœna promissa; quam certam apponi commodius, quòd probatio ejus, quod interest sit difficilis, & ad modicam summam reduci soleat *l. fin. inf. de prat. stip.* incerti verò ad id quod interest, pœnâ nullâ expressâ *l. fin. sup tit. 5. si quis jus voc. & l. 2. §. fin. sup. tit. 8. qui satisd. cog.* Cujus æstimatio ad illud tempus referetur, quo reus sisti debuit, non ad id, de quo agitur *l. qui autem 12. hoc tit.* licèt eo reum se stitisse non intersit actoris; quia satis est, semel actionem competiisse *l. evicta 16. §. Si servus inf. de evict.* cùm actiones, ut non nisi certis modis competere incipiunt; ita nec nisi certis amittantur.* Et hoc ita, nisi caussa subsit

2 justa, quæ actionem, aut ipso jure faciat denegari, aut ope exceptionis elidi. Ipso jure, quando principalis actio sublata est per transactionem: quis enim de pœna commissa laboret post negotium transactum *l. 2. in princ. hoc tit.* Per mortem rei, antequam dies venerit *l. 4. sup. qui satisd. cog.* quia ubi non est delictum, non debet esse pœna. Nisi tamen dolo promissionis ante diem perierit: tunc enim actio superest, quia nemini liberum est facto suo se ab obligatione eximere, ita tamen, ut pœna antè peti non possit, quàm dies venerit *l. si enim 10. § 1. hoc tit.* quia, cùm quis in certum tempus se obligavit, non est privandus commodo medii temporis, nec ante ejus eventum cogendus solvere pœnam *l. in illa 8. inf de verb. obligat.**

3 Per exceptionem eliditur, si reus iustam caussam adferat, quâ impeditus se non stitit judicio, veluti adversam valetudinem, tempestatem, carcerem, funus domesticum, absentiam Reip. caussa, ut alias, *de quibus hoc tit.* Si actoris non interfuerit reum se stetisse, ut quia nec ipse comparuit, aut judex copiam sui non dedit: tunc enim æquum est remitti pœnam *l. 2. sup. tit. 10. de eo per quem fact. erit &c.**

4 Uti & si post diem conventum reus se sistat, secùmque potestatem agendi faciat, modò actoris jus ex mora non sit factum deterius *l. 8. hoc tit.* Nec facit *l. 3. §. 1. inf. de V. O.* ubi non quæritur, an intersit, sed tantùm, an pœna sit adjecta; nam hoc ita obtinet in pœna conventionali: aliud in irroganda ex edicto prætoris, quæ, ubi æquitas sua det, illam moderatur.

ADDITAMENTA.

Addit. 11. Si quis cautionibus, in iudic. sistendi caussa, &c.

QUibus ex caussis cesset pœna non sistentis? vid. eleg. Schot. *in exam. jurid. pag. 114.* Berlich. *parte 1. concl. 17. num. 48. & seqq.* Wehn. *in observat. pract. verbo* Ehehafften/rc. *pag.* 114. Coler. *decis. 104.* Wes. *hoc tit. numero 3.*

TITV-

TITULUS XII.

De Feriis & Dilationibus.

SUMMARIUM.

1. *Feria unde dicta & quid?*
2. *Alia sunt solemnes, seu ordinaria, alia repentina.*
3. *Actus judiciales tempore feriarum exerceri prohibiti.*
4. *Citatio die festo facta, ad non festum, non tenet.*
5. *An pro die feriato citatus comparere teneatur die proximo non feriato.*
6. *Examen testium fieri die festo, an possit.*
7. *Sententia pronuntiatio, aut executio, an licita die festo.*
8. *An appellatio?*
9. *Apud arbitros procedi eo die non potest.*
10. *Limitantur pradicta ex caussa necessitatis & pietatis.*
11. *Feriis his, an partes renuntiare possint.*
12. *Dilationum alia legales, alia conventionales, alia arbitraria.*
13. *Dilationes initio litis qua competant.*
14. *Qua post sententiam.*
15. *Qua in medio litis.*
16. *Dilationes semel tantùm dantur in caussa civili.*
17. *In criminali actori dua, reo tres dantur.*
18. *Finis & effectus dilationum.*
19. *Tempus earum continuum.*

SUnt & alia, quæ dant excusationem reo, qui vadimonium deseruisse videtur, scilicet si dies, quo comparendum illi fuit, in ferias inciderit *l 2. & 5. sup. si quis in jus voc. non ierit*; si dilatio concessa fuerit, *de quib. hoc tit.* * Et primùm quòd attinet ad Ferias, illæ ita dictæ à feriendis hostiis, auctore Festo, denotant tempus illud, quo à forensibus negotiis & jure dicundo vacatio concessa *l. 6. penult. & passim hoc tit.* Earum varia divisio videatur apud Macrob. *lib 1. Saturnal. c. 16.* * Quatenus nostro proposito serviunt, Feriæ aliæ sunt solemnes, quæ ex ordine observantur & ordinariæ dictæ; aliæ repentinæ; quæ extra ordinem indicuntur, ex caussis variis pro arbitratu indicentis, ut propter Principis adventum, nuptias, natam illi prolem, res bene gestas, aliamve publicam lætitiam aut caussam *l. sed etsi 26. §. Si feria, inf. quib. ex caus. majores, &c.* Hæ a Principibus indici solitæ, unde & imperiales dictæ *l 4. cod. eod.* Priores illæ inductæ, vel ob cultum divinum, ad quas spectant dies dominici & festi, vel ob humanum usum, ad colligendos fructus, quæ dicuntur messium & vindemiarum. * Utrisque hoc commune est, quòd actus jurisdictionis contentiosæ in iis exercere non liceat, nec ea, quæ processum judicialem concernunt, præcipuè verò dominicis diebus & festis *l 2. & ult. cod. h t. cap. fin. x eod.* Et hoc nō tantum quoad caussas temporales, verum & quoad spirituales, quia textus indistinctè & generaliter prohibet actus juridicos, ut generaliter sit intelligendus, cùm non minus caussa prohibitionis obtineat in spiritualibus, quam temporalibus. Non sunt autem tantùm prohibiti actus judiciales istis diebus, sed & declarati irriti, atque nullius momēti *l. h. t. & d. l 2. cod. eod.* Unde, non tantum citatio ad diem feriatum non subsistet, nec cogetur citatus comparere coram Judice, quia frustraneum foret, *arg. l. 2. in fine sup. tit. 5.* cùm judex sui copiam dare, aut actum judicialem exercere impediatur *l. 2 h. t. & d. c fin* sed ne quidem legitimè decernitur citatio die festo, eò quòd tale decretum contineat strepitum judicialem, cum aliquali cognitione, saltem termini statuendi, die festo prohibita. *d. c. fin & l. fin. cod. eod.*

Sed quæri posset, an die festo citatio facta pro die non festo sit valida? Quod negandum, ut non cogatur comparere citatus ex communi, secundū *d. c. fin. d. l. 2. & l. fin. cod. eod.* ubi jubetur silere vox præconis. Intimatio autem citationis spectat ad vocem præconis.

Alia quæstio est, an citatus pro die feriato cogatur comparere proximo non feriato? Videtur hoc velle Innoc. *ad d. c. fin. num. 1.* ex ratione, quòd ea res nihil contineat iniqui aut prohibiti. Verùm cōmunior opinio distinguit, an directè & formaliter sive expressè quis citetur ad diem feriatum, uti & ad dominicum, ad diem S Joannis, an verò non exprimatur dies feriatus, sed certus dies mensis, in quē fortè incidit feriatus dies? Primo casu voluit citationem omnino esse invalidā, quòd directè sit contra præceptum observandi dies festos: ut ne quidē citatus obligetur comparere proximo die non feriato, cúm, quod nullum est, non possit dici operari aliquem effectum. Secundo casu neutiquam volūt citationem peccare in prohibitionem, propterea

quòd in dubio non præsumatur mala intentio citatis iubentis sed potius bona: unde obligabitur citatus proximo die habili comparere. Quò facit, quòd traditur, sententiam, continentem expressum iuris errorem, esse nullam; eam verò, quæ licet sit contra ius, non continet tamen expressum iuris errorem, subsistere. Hinc moris est, in citationibus eiusmodi addere: *Si juridica dies fuerit, aliàs die juridicâ proximâ*, uti consuluisse Joann. Andream refert Abbas *d. c. fin. n. 21.* Quòd si in citatione adsignetur terminus, intra quem compareat, veluti intra festum, vel usque ad festum S. Joannis, nihil ea continebit iniqui, ut rectè tradit Abbas *d. loco n. 22*, cum talia verba indicent protogationem temporis, pro quo fit mandatum, usque ad diem festum, qui non ponitur inclusivè pro termino, sed exclusivè, ut eius violata non possit dici observatio. Sic, si alicui præcipiatur, ut intra dies octo compareat, licet intra eos fiunt festa, tenebitur nihilominus comparere intra præfixum terminum, sive ultimus dies sit feriatus sive non quia potuit terminum prævenire, & intra dictos dies mandatum implere.

6 Quæstio item est, an testes examinare liceat die festo; non videtur, non ex eo, quòd à testibus præstandum sit iuramentum, cùm testi iniurato non credatur *c. Nuper 51.* ※ *de testib.* ut istius iuramenti præstatio die festo sit prohibita *c. 1.* ※ *h. t.* potest enim illud omitti partium consensu *c. Tuis 39. & ibi* Gl. ※ *de testib.* sed quòd ille actus videatur iudicialis, multùm pertinens ad judicii strepitum, quem totaliter prohibet & annullat *d. c. fin. & l. fin. Cod. h. t.* ubi lites quiescere iubentur: non quiescerent autem per examen testium, quod pertinet ad processûs formationem.

7 Sententiæ pronuntiationem, per dictos textus esse prohibitam, minimè negandum, cùm contineat strepitum judicialem *d. cap. fin. in fine.* Exceptam volunt sententiam excommunicationis, quòd non tanto contineat strepitum iudicialem, quàm potiùs præceptum continens medicinam spiritualem, ad bonum animæ ordinatam. Abbas *in d. c. fin. n. 10. & seq.* Ut à fortiori absolutio sit permissa, quæ est favorabilior.

Executionem verò sententiæ esse licitam die festo, videtur velle Abbas *in c. fin. n. 22.* ※ *de judic.* quòd sit actus extrajudicialis, non contentus sub prohibitione *d. c. fin.* ※ *h. t.* Verius tamen & eam esse prohibitam & irritam *per d. c. fin.* Quod licèt non loquatur expressè de executione, tamen, cùm sententiam eloqui die festo prohibeat, propter strepitum judicialem, etiam executionem prohibere dicendum, quam fine strepitu non fieri, certum est. Quò facit *d. l. fin. C. eod.* quæ à cunctis executionibus excusari vult dies festos. Quæ etsi sit juris civilis, rectè tamen applicatur Canonibus, quando agitur favor religionis.

8 Appellationem die festo interponi posse communiter est receptum: prosequi autem eam minimè licere. Gl. *penult. in d. c. fin* Abbas *ibid. n. 13*, Bart. *ad l. 1, C. h. t.* ex ratione, quòd tempus illi præscriptum sit continuum, ut elabi possit. Quæ ratio, hoc tantùm efficit, ut appellatio interponi possit in casu necessitatis, quo scilicet tempus præfinitum exspiraret, ne quis privetur sui defensione, quæ naturaliter competit *secundùm dicta* ※ *eod. n. 18.*

9 Porrò apud arbitros etiam silere cognitionem jurgiorum, habet *l. 7. C. eod.* cùm more procedant judiciali Arbitrator tamen, cùm tantùm sit amicabilis compositor, non videtur impediendus in suo munere. Abbas. *d. loco n. 10.* Notarii instrumentum procuratorium, aut simile, die festo conscriptum, videtur valere, quia non spectat ad actum judicii. Similiter advocatum die festo judicem informare posse citra noxam, veriùs est, cùm neque ea res concernat actum judicialem.

10 Hæc ita, quoad actus jurisdictionis contentiosæ, die festo exerceri prohibitos, propter strepitum, jurgia, quæstiones, quæ avertunt à divino cultu. Nisi tamen necessitas, quæ non habet legem, aut pietas aliud suadeat, cùm summa sit ratio, quæ pro pietate facit. Necessitas est, quando ad iudicii effectum, necessarium est, ut actus die festo fiat: ut si res tempore peritura sit, id est dilatio actionem peremptura *l. 1. in fine h. t. c. fin.* ※ *de judic.* aut res aliàs salva non futura, ut quia debitor suspectus de fuga, qui capi etiam die festo potest, in caussa etiam criminali, Gl. & Abbas *in d. c. fin.* Huc spectant res, quæ desiderant celeritatem, uti missio in possessionem, ventris nomine, causâ rei servandæ, legatorum, damni infecti & similium. Pietatis nomine venit actus misericordiæ, spectans ad miserabiles personas, ut earum causæ expediantur citò, ne graventur expensis, ut tutores. curatores dentur minoribus, alimenta decernantur. Actus item religionis, scilicet ut caussæ Ecclesiæ, patriæ, civitatis expediandur; si non sit commodum differri judicium.

11 An partes possint renuntiare hisce feriis? Cùm nemo, nisi iuri suo renuntiet, nec aliàs renuntiatio quid operabitur, quàm quatenus feriæ sunt inductæ in suum favorem: cuius ordinis sunt feriæ messium & vindemiarum in quibus partium consensu actus iudicialis procedere *c. fin.* ※ *h. t.* Secùs est, quoad ferias solemnes inductas ob cultum divinum & repentinas, cùm concernant favorem alterius, cui nemo rectè renuntiat Gail. *1. obs. c. 53. n. 16.*

Quan-

Quantum ad actus iurisdictionis voluntariæ, illi die festo sunt admissi, quòd fiant sine strepitu; cuius ordinis sunt dispensationes, indulgentiæ, emancipationes, manumissiones *l. 2. & 8 h. t.* Quantum ad opera extraiudicialia, distinguendum inter liberalia & servilia Illa non veniunt sub prohibitione præcepti quo ab omni opere illicito abstinere iubemur festo die *c. 1, & h. t.* quòd non sint illicita, ut etiam totâ die iis inhærere liceat, veluti scribere & consulere etiam scripto, dareque operam studiis, non tantùm theologicis, verùm & iuris, Medicinæ, Matheseos, non distinguendo, subsit lucri caussa, nec ne. Abb. *ad d. c. 1. n. 4.* Navarr. *in manuali c. 13.* Servilia opera festo die omnino prohibita *d. c. 2. h. t.* quod ab omni opere illicito vacare vult die festo, Christiano. Ejus ordinis est opus mechanicum & corporale, non solùm ex parte instrumenti, verum etiam ex proximo effectu, ad quem naturâ suâ vel vi suæ institutionis ordinatum, ut suere, texere, fodere, fabricare, *&c.* Sunt & quædam non servili die festo prohibita, cujus ordinis sunt mercatus ac nundinæ, sive privatæ, sive publicæ, magno concursu hominum fieri solitæ, qua de re vide dicta *ad decretal. h. t.*

Altera Rubr. pars est de dilationibus, quæ sunt assignatio temporis, intra quod actus aliquis expediendus. 12 • Harum aliæ sunt legales, quales lex ipsa attribuit, aliæ conventionales, quas partium consensus largitur, aliæ arbitrariæ, ex arbitrio judicis dependentes, *de quibus l. 7. & fin. h. t.* 13 • Aliæ initio litis competunt, & ante eius ingressum petendæ: cujusmodi sunt illæ, quæ dantur ratione justi impedimenti, quare comparere quis non debeat, vel non, modo isto, vel non pro tempore isto *de quibus sup. de in jus vocand.* Eò etiam spectant deliberatoriæ, quæ sunt viginti dierum à lege concessorum, intra quos deliberet reus, cedat, an contendat *Auth. offeratur C. de litis contest.* Quæ denegantur; si ex litteris citatoriis reus potuerit plene instrui *cap 2. & de dilation.* 14 • Aliæ dantur post sententiam, veluti ad appellandum, quæ sunt decem dierum & ad executionem sententiæ, quæ olim erant triginta dierum, postea duplicatæ, hodie sunt per Justinianum Imp. quadrimestres *l 2. & 3. C de usuris rei jud.* Quod spatium prorogari à judice potest, causâ cognita, si quid reo inciderit, quo celerem rei præstandæ facultatem ei auferat. Arctare etiam potest, sed rariùs *l 2. inf. de re judic. & c quod 33. in fine & eod. tit.* Hodie motibus multorum tribunalium dilationis istius concedendæ facultas, est in arbitrio judicis. 15 • Aliæ dantur in medio, ad allegatorum & exceptionum probationem & dicuntur probatoriæ, dependentes ex arbitrio judicis, pro probandorum qualitate & loci, unde probatio petenda est, distantia. Verùm eam libertatem lex postea est moderata: ut, si ex eadem provincia, in qua lis agitur, sint producendi testes, aut instrumenta, non amplius spatium, quàm trium mensium indulgeatur; si ex aliena, non ultra sex; si ex ultramarina, non ultra novem: quod tempus non excedit judex *l 1, Cod. de dilationibus.* Arctare tamen potest, secundùm moderamen locorum *l. 7. D. hoc tit.*

16 Dilatio autem omnis probatoria, est peremptoria, cùm termino lapso non patiatur ultra adversarium tergiversari. Non nisi semel concedenda, saltem in caussa civili *l. fin h. t. & d l 1, in fine*; quia odiosa, liti moram adferens, quam cito expediri publice interest. Facit tamen urgens caussa, veluti si quid inopinatum emerserit, aut impedimentum datum petenti, sine sua culpa, non tantum secundam, sed & tertiam & quartam dilationem concedi; causâ tamen cognita & cum solemnitate legali *cap. 4. & de except.* Gail. *lib. 1, obs 91, n. 4. & seq.*

17 In criminalibus caussis duæ dilationes actori, tres reo dari possunt, causâ cognitâ *d. l. fin.* Ideo in his dantur plures, quòd sint gravioris momenti, cùm in iis ut plurimum agatur, vel de capite alicujus, vel de existimatione *l. capitalium 23, D. de pœn.* ne aliàs, vel reus conqueratur læsam suam innocentiam, vel actor deficiat in probatione criminis, quod sciri, interest publicè, ne sit impunitum *l. 6, Cod. de defensoribus civit.* Quod autem reo dentur plures, quàm actori, est, quòd illius caussa sit favorabilior *l. favorabiliores 125, D. de R. I.* ut innocentia ejus facilius defendatur, cùm satius sit nocentem absolvi, quàm innocentem damnari *l. 5, inf. de pœnis.*

18 Finis est, ut litigatoribus sit idoneum spatium præparandi se ad judicium. Effectus, quòd dilatione pendente non debeat procedi ad ulteriora.

19 Est autem tempus ejus continuum, eòque durante conquiescit officium super isto articulo *l. 3, C. de dilationibus.* Dies pro termino adsignatus totus cedit illi, cui adsignatus: quâ dies termini est in termino; datus enim in commodum ejus, non debet restringi in eius odium. Unde ultimo etiam eius momento rectè comparet *§. Omnis. in fine instit. de verbor. oblig.*

ADDI-

ADDITAMENTA

Ad tit. 12. de Feriis & dilationibus.

DE Feriis multa eleganter tradit Menoch. *de arbitr. judic. lib 1 quaest. 30.*

Adn. III. Scholares diebus feriatis agere possunt. Vid. Horat. Luc. *de Schol. privil. 74.*

Renunciatio feriarum, an & quando subsistat? Vid. Gail. *1 obs. 53. num. 16* Petr. Peck. *de jure sistendi c. 12. num. 3.* Et in quibus casibus, diebus feriatis, Iudicium valeat, vid. Gail. *prox. dict. loc. num. 13.*

In festis solemnibus, Rei sub fidejussoribus, in Germania, hodie non relaxantur *l nemo 3. cod. de Episc. aud.* ut notat Batt. *ibid.* Quid hac in re in Italia servetur? vid. Clar. *§. fin. quaest. 46. vers. Solent etiam* Menoch. *2. arbitr. jud quaest. 303. num. 38.*

De dilationibus probatoriis concedendis vid Gail 1. *obs 91.* ubi *num. 4. 5. 6. & 10.* docet, quando secunda, tertia & quarta dilatio, & quibus solemnitatibus concedenda: Et *num. 20 21. & 22.* Quando prorogatio dilationis concedenda: Et an tempus prorogatum idem dicatur? adde Mynf. *cent. 1. obs. 70. 71. 72. & 73.*

De terminorum computatione, & quomodo in ea Ius civile à camerali, quoad mensium dies discrepet? Vid. Schvvanm. *in diff. jur. civil. & cam. different. 4. per tot.*

TITULUS XIII.

De edendo.

SUMMARIUM.

1. *Ratio ordinis.* 2. *Edere quid?*
3. *Libellus quid?*
4. *Libellus debet esse clarus & requisita ad hoc.*
5. *Petitio quomodo formanda in actione universali & particulari.*
6. *Item in actione reali & in personali.*
7. *Libellus etiam alternativè concipi potest.*
8. *Actionis nomen in libello, an exprimendum.*
9. *Libellus quomodo emendetur & mutetur.*
10. *Emendatio admittitur usque ad sententiam.*
11. *Mutatio usque ad litis contestationem.*
12. *Imò & post litis contestationem, ex veriori sententia.*
13. *Verùm tunc novâ interpretatione opus esse.*
14. *Edenda sunt reo instrumenta ab actore, non contrà.*
15. *Fisco an edenda instrumenta à reo.*
16. *Edere rationes tenentur & argentarii.*
17. *Adversus recusantes data actione ad id quod interfuit.*
18. *Motiva juris an parti edenda.*

1 HOc in ordine recessum ab eo, qui est in Codice, in quo priùs agitur de edendo, quàm de in jus vocando, uti & observat praxis. Rectè Ulpianus hic *l 1,* quâ quisque actione agere volet, eam edere debere ait, ut reus sciat, utrum cedere, an ultrà contendere debeat, & si contendendum putet, veniat instructus, cognitâ actione, quâ conveniatur.

2 Edere est copiam describendi facere, vel in libello complecti, & dare vel dictare *l. 1 § 1. hoc tit.* Hoc est libello conceptam actionem dare, vel excipiendam dictare, ut species litis futurae appareat *l. 3. cod. eod.* Nam scripto ea res peragenda videtur, libello judici oblato, *Auth. offeratur cod. de litis contest. c... de libelli oblat.* actoris intentum, ejúsque caussam continente.

In judicis summariis sufficit voce declaretur intentio, *Clem. sape, de V. S.* Cui respondet quod habet *d. l. 1. §. 1.* eum quoque edere, qui adversarium suum ad album producit, & demonstrat, quid sit dicturus, vel id dicit, quo uti velit.

3 Libellus autem duo praecipuè continere debet petitionem scilicet actoris, ejúsque caussam *c. 3. in d. tit.* Nam & haec exprimenda, ut faciliùs reus scire possit, cedat, an contendat. * Unde clarus sit oportet, certus, dilucidè exprimens intentum, quia aliàs speciem litis non demonstraret, nec teneretur reus respondere: sed potiùs rejiciendus esset libellus, nisi eum explicaverit actor, ad petitionem rei. Quamvis parte non opponente sententia secura sustinea-

negetur, saltem in caussa civili, *Gl. & Doct in l. fin. C. de annal. except.* non etiam in criminali *per l 3 inf de accusat. & inscript* Vitanda etiam omnis ineptitudo, quæ faceret sententiam subsecutam nullam *c Examinata* ꝟ *de judic.* Clarus, ut sit libellus in criminali, exprimendum nomen accusati, accusatoris, delicti, loci, annus, mensis, *qua de re inf. de accusat.* In civili *quis, quid, coram quo, quo jure petatur, & à quo.*

Diei & consulis editio non videtur necessaria ad partis instructionem, cui sufficit vidisse intentionē idq; ne ex hac parte malitiæ quid excogitetur *d. l 1. Editiones.* In personam, an verò in rem agatur, universalem an particularem, mobilem an immobilem, tota, an pars petatur, & ubi sita, explicandum *c 2.* ꝟ *h t & l. si in rem 6, inf de rei vindic.* Quoad

5 universalem & particularem differentia est in modo petendi. Illam universaliter petere sufficit; veluti, peto hæreditatem mihi relictam, peto reddi rationes tutelæ, me pupillo gestæ. Res singulæ non exprimendæ, Gail. *l 1 obs. c. 68* In hac, res per circumstantias describenda *d c 2 & d l si in rem,* ut amoveatur obscuritas. An verò libellus incertus admittatur in universalibus disputat, & tenet, quòd sic Petr. Barbosa *ad rubr. D. soluto matrim. p.*

6 *3 num. 49 & 50.* Est & differentia inter actionem in rem & in personam: nam in illa caussam propinquam, scilicet dominium, allegare satis est, in hac etiam remota alleganda, hoc est, non tantum dicendum, quòd reus sit obligatus, verum & addendum, quo ex contractu. Ratio differentiæ in eo consistit, quòd nisi una ex caussa nostra esse possit *l, 3 §. Ex pluribus inf de acq. possess.* deberi autem ex pluribus caussis possit. Unde in actione reali illa caussa censetur deducta, non etiam in personali *l. & an eadem 14. inf. de except rei jud* In qua ideo reus dubius esse posset, ex qua caussa agatur, & proinde ignorare, cedat, an contendat, Gail *1. obs 61. n 4.* Non est tamen inutile in actione in rem exprimi dominii caussam, ne postea ex alia caussa agens submoveatur exceptione rei judicatæ, quasi omne jus suum in judicem deduxisset, qui nullam specialem caussam expressit. Clarus itaque libellus sit oportet.

Ubi quæritur, an alternativè libellus rectè concipiatur? Posset videri, non rectè & utiliter ita

7 concipi, ex eo, quòd libellus debeat esse certus; talis autem non videatur alternativè cōceptus quòd alternatio ponat incertum *arg. l. ubi 75 § Illud inf. de V. O. & l prætor edixit §. Quod autem 4. inf de injur.* Ex quo & incerta sequeretur sententia. quæ libello conformis esse solet, quod non est admissum. Verùm ea res nihil officiet, non tantum, si obligatio sit alternativa, aut in rei sit potestate, rem vel pretium præstet, ut in materia *l. 2 cod de rescind. vendit.* ne adversario jus suum invertat, sed & aliâ, si incertum sit, quâ actione agendum, præsertim quando illa incertitudo pendet ex facto alieno. ut *l. 1. §. Quia autem inf. quorum legat* Similiter quando quis probabiliter dubitat de actione sibi cōpetente, ut *in c. constitutus, & ibi* Abbas *n 9* ꝟ *de in integrum restit.* Gail. *Observat. 6.* Mynsingerus *cent. 2 Observat. 42* In accessoriis quoque, ut fructibus & expensis, libellus incertus sustinetur: uti & quando agitur ad id, quod consistit in faciendo *d l. 75 §. Quid quod.*

Quæritur autem, an & actionis nomen in libello sit exprimendum? Volunt aliqui conceptis ver-

8 bis id exprimendum esse, quod plerisque actionibus certum esse constat. In quam partem adducitur *l 1 hoc tit* in verbis, *quâ quisque actione agere volet, eam edere debet* & *l non videtur 33. inf. de judic.* ubi reus potest petere sibi genus actionis edi. Et hoc ita jure civili: quod aliqui correctum volunt *per c. Dilecti,* ꝟ *de judic.* quo sufficit ex apta libelli conceptione actionem intelligi, Verum, cùm ea res nec concernens peccati caussam, nec materiam spiritualem, non sit subjecta Canonibus; minus rectè dicitur per Canones correcta. Imò rectius dicitur, dictis legibus nihil obstantibus, etiam jure civili sufficere verba libelli ita adaptare, ut ex iis intelligatur, quâ actione agendum sit; cum alia de caussa nomen actionis non sit edendum, quàm ut commodiùs reus deliberare possit, cedat, an cōtendat Quod cum ex facti narratione & petitione ei subjecta cognoscere possit, non est curandum de speciali nominis expressione, cum nihil referat, proprio nomine quid exprimatur, an aliàs sufficienter demonstretur, *l. 6. inf. de reb. cred.* Unde consequitur, caussam petitionis appositè exprimendam esse.

9 Verùm, quid si minùs appositè aliquid sit expressum, aut error contigerit in libello, an licebit actori eum emendare, aut mutare? Ubi sciendum, emendare libellum esse, aliquid ei adjicere, aut resecare, vel eum reformare, confusum distinguere obscurū dilucidare, salvâ semper libelli substantia & eodem actionis genere manente: veluti si quis ex caussa mutui petierit decem & postea ex eadem caussa petat viginti, vel è contra. Mutare est omissâ priore actione, vel personâ, litem ex alio capite instituere, vel, manente eadem actione & persona & caussa petendi, recedere à re petita & aliam petere: veluti si quis primò decem ex stipulatu petierit, postea petat Stichum, vel eadem decem petat ex emto.

10 Quantum ad emendationem libelli, ea admittitur, non solum ante litem contestatam *l. 3. cod. h. t.* sed usque ad sententiam: neque enim caussa originalis agendi mutatur, nec deseritur petitio, nec tam facit aliud peti, quàm idem: expensæ tamen temeratiæ petitionis onerant actorem *c. Examinata, x. de testib.* Nisi justus error eum excuset. Plura de emendatione libelli, an locum habeat post litem contestatam in judicibus universalibus, an in particularibus, Fachin. 11. *contr. c. 91. & 92.* * Mutatio

11 usque ad litis contestationem admittitur *per l. edita 3 h. t.* Nec ea res patitur difficultatem; cùm ante litem contestatam necdum cœptum sit judicium, quod demum accipitur, postquam judex per narrationē negotii, caussam audire cœperit *l. 1. cod. de litis contest.* Ut antè parti sit licitum, à lite recedere, & multò magis debeat licere libellū corrigere, si quid minus intentioni conveniat; aut mutare, quia necdum agatur detrimentum partis. Unde intelligitur quàm superfluè vulgò inseratur libellis clausula *salvo jure addendi, mutandi, &c.* cùm ipsum jure sit concessum ante litem contestatam. * Post litis contestationem non admitti libelli mutationem, com-

12 munius est receptum ex eo, quòd in judiciū deductum videri nequeat, quod post illud accidit *l. non potest 23. inf. de judic.* Contrariū tamen est probabilius *per §. Si minus instit. de actionib.* ubi videtur, licitum esse, mutare libellum in eodē judicio, cognitâ veritate, non est autem judicium ante litis-cōtestationē. Facit *l. 4. §. fin. inf. de noxal. actionib. & l. hujusmodi 84 §. Qui servum de legat. 1.* ubi, post unam actionem intentatam, cognito errore, licet aliam proponere. Qui textus clariores sunt, quàm ut sustineri possit negantium opinio. Pro qua facere, in derogationem allegatorum textuum, nemo existimet sanctionem novissimam Justiniani Imp. *Nov. de litigiosis 112. §. Omnem*, quâ constitutum, actorem cogi, adversario postulante, actionem exercere usq; ad finem, cùm ista sanctio tantum redarguat fraudem eorum, qui actionis institutæ prosecutionem in aliud tempus differunt, ad vexandum adversarium. Nos autem hic loquimur de iis, qui ab instituta agendi forma recedunt, eique renunciant, mox aliam amplectentes: quod licet, cùm nemo invitus cogatur agere & in lite cœpta pergere *l. 1 cod. ut nemo invitus, &c.* Ita tamen, ut, si reus desideret à priore actione debeat absolvi, ne iterum eadem de re conveniatur. Pari ratione & licet motæ actioni aliam adjungere, modò tales sint actiones, quæ ab initio cumulari potuissent, veluti possessorium cum petitorio, qua de re *tit. decretal. de caus. poss. & propriet.* vide Donell. *ad d. l. edita 3 n. 17. cod. h. t.* Gudelin. *de jure noviss. lib. 4. c. 5. circa finem.*

13 Verùm adhuc superest difficultas, an libelli mutatio post litem contestatam ita permittatur, ut nihilominus duret eadem instantia? Videtur id insinuari *in d. §. Si minus*, qui permittit in eodem judicio, cognitâ veritate, errorem suum corrigere. Verum cum in judicium venisse dici nequeat, quod post litem contestatam accidit *d. l. non potest. inf. de judic.* verius est, eamdē instantiam non manere, sed novâ interpellatione opus esse. Nec obstat *d. §. Si minus*, quia is non accipiendus, quasi post mutationem duraret eadem instantia, sed quòd actor ante sententiā adverteus suum errorem, possit, antequā absolvatur judicium, mutare libellum, non institutâ nova vocatione in jus. Cùm citandus non sit, qui in judicio est præsens, quem sufficit monere ejus rei, eiq; novæ actionis editionem facere, dato deliberandi spatio. Cui & sumptus retardatæ litis & eius, quod interest, actionem ab initio minùs rectè conceptam fuisse, reddendum. Ita enim postulat æquitas, ne aliàs, consilium suum mutare in alterius detrimentū alicui sit liberū *l. nemo potest 75 de R. I.*

14 Hæc de editione libelli, sive actionis, quæ inprimis necessaria, secundùm dicta. Præter eam & alia instrumenta sunt reo edenda, quibus in judicio actor usurus contra reum, cuius interest eorum habere copiam, ut aptè actoris intentioni possit respondere, & fides veri constet *l. 5 6. fin. cod. h. t.* Facit, quòd istorum editio sit species defensionis. Contrà reus sua instrumenta actori edere non cogitur ad fundandam eius intentionem & petitionis originem *d. l. fin* cùm actor ipse instructus ad judicium venire debeat, non etiam ex domo adversarii petere probationes *l. nimis grave C. de testib.* Cuius interest ea non exhiberi, quòd actore non probante reus veniat absolvendus, etiamsi nihil ipse præstiterit, tam in causa criminali quàm civili *l. 4. C. h. t.* Ubi excipe primò, ea instrumenta, quibus reus in judicio est usurus, fundando suam exceptionem; nam hæc exhibenda, ut videat actor, quantum illis fidei habeat & sciat, cedat, an contendat. Secundò, nisi aliter exigat æquitas, aut nisi aliud judici videatur ex caussa *l. 1. C. h. t.* veluti, si sit proprium instrumentum actoris, si comune *l. pen. C. eod.* quia cuilibet liberū, uti re suâ & communi ad usum destinatam. Si caussa sit publici muneris *l. 4 in princ. D. h. t.* Sic & edere cogitur usurarius *clem. 1. § Cæterùm de usuris.* * Fiscum quoque petere posse instrumento-

15 rum editionem à reo, aliqui putant *per l. 3. h. t. & l. 2 §. Divus inf. de jure fisci:* sed cùm fiscus utatur jure communi, rectè accipiuntur dictæ leges & similes, de jure, ad fiscum pertinente, vel quando aliàs negotium probari nequit. Videatur Gail. *obs. 106. &* Menoch. *Arbitr. lib. 2 casu 499.*

Instru-

16 Instrumenta quoque publici muneris exhibenda sunt: uti & argentariæ mensæ exercitores, rationes suas edere cogit æquissima ratio l. 4 & 10. h. t. etiamsi fint filiifamilias, aut servi d. l. 4. §. 2, quòd eorum officium publicam caussam habeat, ut rationes sint quodammodo communes d. l. 4. Idem juris est in eorum successoribus l. 6. h. t. & hoc sive cum ipsis argentariis conversia fuerit, sive cum alio d. l. 10. Exhibenda autem ab iis rationum saltem ea pars, quæ ad instruendum eum facit, qui exhiberi desideret, juramento prævio, quòd non calumniæ caussâ petat eam sibi edi l. 8. § penult. h. t. * In eos, 17 qui edere recusant, actio data est in id, quod interfuit eas editum temporis, cùm decerneret prætor eas edi, non quod hodie interest. Imo & quod interfuit peti potest, etsi interesse desierit l. 8 h. t. nam actio semel nata ex eo quod interfuit, non intercidit per hoc, quòd interesse desierit; cùm actiones semel competentes non extinguantur nisi certis modis, inter quos non est iste.

18 Quæri hic posset, an allegationum juris, quas vocamus motivum juris, copia sit exhibenda parti. Varias opiniones refert Menoch 2. *Arbitr. casu 171.* & vult esse judici arbitrarium, si id caussa postulet, nisi consuetudo, super hac re quid certi induxerit. Rectè dicetur, non esse earum copiam parti exhibendam, eo eo, quòd non exhibeantur, ut instruant processum, sed potiùs ad instruendum & movendum animum judicis. Ut ad adversarium eum pertineant: cui similiter est liberum pr. [illegible] parte jura allegare ad instruendum judicem. Alex *in auth. jubemus C. de judic.* Ex qua ratione Innoc. *in c. Per tuas 18. X de testib.* interrogatoriorum copiam edendam parti negat, quòd dentur ad instruendum judicem & sequitur Felin. *ibid. n. 3.* Unde est, quòd communiter pars eas judici offerens protestetur, ne copia adversario fiat. Wamess. *consil. canon. 26.* nisi aliter pateat de mente partis, quæ patitur eas actis inseri, ut tradit Marantap. *6. §. Decimus actus*: aut nisi nova facta contineant tum enim prudentis judicis est, eas parti edere, non omnes, sed præcipua fundamenta, quæ dubitationem habent, secundùm Menoch. *d. loco in fine.* Adde & Marantam *d. p. 6, tit. de actorum edit. n. 30.*

ADDITAMENTA

Ad tit. 13. de edendo.

AD n. II. Inter edere & exhibere, differentia hæc est: Exhibere dicitur, præsentiam corporis facere, sive sint tabulæ, sive aliarum rerum species *l. 2. ff. ad exhib. l. 3. §. 9 ff. de tab. exhib. l. 22. 246. ff. de V. S.* Edere autem est copiam, sive exemplar vel libellum, quo quis intentionem suam complexus est, dare vel dictare, &c. ut hic.

Adn. XIV. Quando & quibus ex caussis reus edere teneatur actori rationes & instrumenta, latissimè tractat Menoch *de arb. jud. q lib. 2. cas 499.* P. Frideric. Mind. *lib. 2. de process. c. 48. per tot. præsertim n. 4* Berlich. *parte concl 45.* Consil Argent *vol. 2. cons. 8. n. 13.*

Detrectans editionem & Juramenti præstationem, si actor est causa cadit, sin reus instrumenta pro editis & recognitis habentur: Quandoque etiam indictione mulctæ arbitrariæ, ad edendum instrumenta, vel jurandum reus compelli potest. Carpzov. *jurispr. forens. parte 1. constit. 17. def. 30. 31.* Ruland. *de commiss. parte 2. l. 1 c. 26 n 3,* Gail, *1. obs. 134. n 11* in qua tota obs. tractat de actorum editione & compulsorialibus.

Cum omnis substantia & vis totius caussæ, in actionibus investigandis (de quibus latè agit Oldendorp. *in tract. de investig. action Rubr. quomodo investiganda actio, &c.* Et Rutger. Ruland *de commiss. parte 3, lib. 1 c. 2. & seqq.* libellisque rectè formandis potissimum consistat, igitur ex præcipuorum Classicorum & Practicorum scriptis, quædam exempla & Typos variorum productorum, remissivè subjicere & allegare placuit. Videatur Meisner imper Cameræ Assess. *in decis. cameralibus*, ubi variarum actionum libellos Germanos, summarios & articulatos aliáque producta habet Noë Meurer. *in process. camer. parte 8 n. 14 & seqq.* Adrian. Gylman *in Symphor. supplicationum Tomo 1 parte 1. tit. 1. supplic 4. fol. 5. & supp fol. 14.* Schneidevv. *ad tit. inst de action.* Ludov Gilhaus *in arb jud. civil c. 3. de libellis.* Rofter *de formandis libellis* Joann. Petr de Ferrariis *in practica* Rosbach. *in praxi civili cap. 33. n. 49* Nicol. Vigel. *in meth. jur. civil. parte 1, lib. 17. c. 1 & seqq.*

TITU-

TITULUS XIV.

De pactis.

SUMMARIUM.

1. *Pactum, unde dictum & quid?*
2. *Pactum strictè & latius sumitur.*
3. *Pactum aliud nudum, aliud non nudum.*
4. *Pactum non nudum, aliud publicum, aliud privatum.*
5. *Item aliud expressum, aliud tacitum.*
6. *Redditio chirographi, ponit pactum tacitum de non petendo.*
7. *Reddito pignore censetur remissum jus pignoris.*
8. *Pactum item, aliud in rem, aliud in personam.*
9. *Pactorum caussa efficiens.*
10. *Pacisci, qui non possint.*
11. *Prodigi contrahendo, an & qui obligentur.*
12. *Pupilli, an & quatenus obligentur, remissivè.*
13. *Puberes paciscendo obligantur.*
14. *Mutus, surdus, filiusfam. & servi, qualiter obligentur.*
15. *Paciscitur quisque sibi, non alteri.*
16. *Contractuum proprietates substantiales, naturales & accidentales.*
17. *Pacta, stulta inepta, legibus & bonis moribus contraria, quæ dicantur.*
18. *Pacta, quibus ad delictum quis invitatur, improbata.*
19. *Pactum ne maleficium fiat, probatum.*
20. *Pactum de quota litis, remissivè & Medici cum ægroto improbatum.*
21. *Pactum de succedendo non obligat;*
22. *An firmetur juramento tale pactum.*
23. *Testamentum non obstante tali pacto, revocari posse.*
24. *Licet quis juraverit, se illud non revocaturum remissivè.*
25. *Juramento huic contraveniens, an sit perjurus.*
26. *Donatio mortis caussâ, vi juramenti transit in donationem inter vivos.*
27. *Pœna adjecta in casum revocationis, an debeatur.*
28. *Pactum super hereditate, inutile etiam, quoad partem.*
29. *Pactum reciprocum de succedendo non tenet.*
30. *Pactum super hereditate tertii improbatum.*
31. *Nisi consentiat is, de cujus hereditate agitur.*
32. *Pactum super hereditate tertii ignorantis, an firmetur juramento.*
33. *Pactum super hereditate fortuitò obventura valet.*
34. *Pactum de succedendo, lege, aut consuetudine induci potest.*
35. *Ex concessione principis potest reddi irrevocabile testamentum;*
36. *Pactum de non succedendo improbatum.*
37. *Firmatur tamen juramento, secundùm canones.*
38. *Non habita ratione dotis, vel legitima.*
39. *Renuntiatio simplex, an excludat à legitima.*
40. *Renuntiatione factâ & acceptâ legitimâ, aut dote, an auctis patris facultatibus possit peti augmentum.*
41. *Renuntiatio ista non excludit à petitione alimentorum.*
42. *An præjudicet liberis renuntiatio.*
43. *Renuntiatio per filiam, monasterium ingressam facta, an mortuo parente excludat monasterium à debita portione.*
44. *Renuntiatio, an noceat liberis, adsignatâ eis dote, aut legitimâ.*
45. *Renuntiatio nocet liberis, nominatim exclusis.*
46. *Renuntiatio hæc, an ratione læsionis rescindenda.*
47. *Renuntiationis jurata effectus.*
48. *Cessat effectus, remissâ renuntiatione.*
49. *Item præmortuis iis, in quorum gratiam facta,*
50. *Et quidem præmortuis omnibus.*
51. *Cessat item, exheredato aut succedere nolente, in cujus gratiam renuntiatum.*
52. *Renuntiatio effectum non habet, nisi quoad successionem ejus, cui renuntiatum.*
53. *Valet pactum super fideicommisso conditionali.*
54. *Aliud est repudiare, aliud pacisci.*
55. *Pactorum effectus.*
56. *Pactum servandum etiam cum hoste initum.*
57. *Ex pactis nudis non datur actio, sed exceptio.*
58. *Intellectus* l. 7. C. de pactis.
59. *Ex pacto geminato an detur actio.*
60. *Pactum incontinenti, vel ex intervallo adjectum, quo modo inesse dicatur bonæ fidei contractibus.*
61. *Inesse ex parte actoris & ex parte rei, quid & quando dicatur.*
62. *An & stricti juris contractibus insit pactum incontinenti adjectum.*
63. *Intellectus* l. lecta 40. D. si certum petatur.
64. *Intellectus* l. petens 27. C. de pactis.
65. *Ex pacto incontinenti adjecto, quæ actio detur.*
66. *Pactum tollit naturalem obligationem.*

Quia sæpe dubius est litis eventus, etiam in casu, quo quis bonam caussam fovet; & expensæ judicii sunt graves, non est infrequens, vocatum in jus, actione & instrumentis actoris examinatis, de litis successu dubitatem consultius facere, super lite paciscendo,

paciſci, aut tranſigere: de quibus duobus hic, priusquam ad reliquas judiciorum partes tranſitus fiat, ſubjungitur & primò de pactis.

1 Pactum a pactione ductum adſerit Ulpian. *l. 1. h. t.* tamquam concretum ab abſtracto: eſtque, eodem definiente: duorum, vel plurium in idem placitum conſenſus. Rectè conſenſus loco generis ponitur, aut cum aliis, conventio: quæ duo nomina ſunt ſynonyma & latiùs patentia, quam pactum, cùm, ut habet JC. *in d. l. 1.* Conventio nomen ſit generale; omnes obligationum & contractuum ſpecies ſub ſe continens. 2 * Pactum itaque ſtrictè ſumptum ſpecies eſt conventionis & diſtinguitur à contractu, ut mox videbitur. Diſtinguitur etiam à pollitione, quæ eſt tantum unius offerentis permiſſio, etiam ab ſenti facta & obligans ad præſtationem *l. 3. inf. de pollicitat.* Interdum pactum ſumitur latiùs, ut ſit idem cum conventione: qualiter ſumptum genus eſt contractum & de iis prædicatur. 3 * Dividiturque in pactum nudum & non nudum, quod veteres veſtitum, vocabulo minus accommodo, dixerunt, rectius legitimum dixeris. Non tamen omnia pacta legitima, ſunt contractus, cùm ſint quædam ita dicta, quòd per legem ſpecialiter confirmeatur & interdum actionem ex pacto dent aut tollant & tamē pacta nuda permanent, *de quibus inf. eod.* Ut dixeris potiùs pactum civile, quòd non tantum nitatur æquitate naturali, ſed & civili diſpoſitione, per quam confirmatum. Illud in nudo placiti, ſive conſenſus fine conſiſtit, id eſt fines & terminos placiti non egreditur, nixum naturali æquitate, neque à traditione, neque à ſtipulatione ſumpto effectu: veluti, ſi inter nos conveneris, ut ego tibi equum meum, tu bovem tuum mihi commodares, ad opus aliquod faciendum; vel ut hæreditatis nobis delatæ, ego hāc partem, tu illam obtineres, & factum vel datio aliqua non intervenerit. Ut definiri poſſit, *duorum vel plurium de dando aut faciendo, in idem conſenſus*; & communiter pacti ſimpliciter poſiti nomine venit, ad quod pleraque hoc Tit. tradita referuntur. Hoc non ſtat in nudo juris gentium nomine, ſed, vel tranſit in proprium contractûs nomen per legem; cujusmodi ſunt contractus, quos *nominatos* vocamus, ut emptio-venditio, locatio-conductio, mandatum & ſimiles *l. 7. § 1 h. t.* vel proprio quidem nomine caret causâ non caret; cuius ordinis ſunt contractus, quos *innominatos* vocant, uti permutatio. Do ut des & ſimiles *d. l. 7. §. 2.* ex quibus actio eſt præſcriptis verbis ita dicta, quòd detur ex præſcripto conventionum, vel perinde uti convenerit, *qua de re inf. ad tit. de praſcript. verb.* Poſterius hoc pactum definitur, *duorum, vel plurium dandi vel faciendi conſenſus, habens cauſſam*: ex quo contrahitur obligatio & venit nomine contractûs. Qui alius eſt, utrimque obligatorius, uti emptio, locatio, alius, ab una parte tantum, ut ſtipulatio, mutuum.

4 Pactum iterum, aliud publicum, quod fit circa rem, aut cauſam publicam, veluti circa inducias, aut pacem cum hoſte ineundam, ab eo, qui circa eam poteſtas, ut à principe aut belli ducibus *l. 5. h. t.* aliud privatum, quod fit inter privatos, ſuper horū rebus. 5 * Ex hoc aliud expreſſum, quod conſtat conſenſu verbis, literis, re expreſſo *l. 2. h. t.* aliud tacitū, quod elicitur ex præſumpta paciſcentium voluntate. Exempla ſunt *in l. 2. §. 1. l. 3 & 4 h. t.* Sic invecta & illata in prædium urbanum locatori tacite ſunt pignori *d. l. 4.* qua de re *inf. quib. mod. pig. tacitè contrah.* 6 * Et redditio chirographi facit tacitè conventum, ne petatur *d. l. 2. §. 1.* cum non poſſit videri, alio fine facta redditio; quàm liberationis, aut tacitæ conventionis, ne petatur. Cujus ratio eſt, quòd principalis obligationis auctoritas continetur chirographo. Ut non obſtet, quod redditio pignoris dicatur, non liberare debitorem, quia pignus tantum continet cauſam acceſſoriam, quâ ſublatâ, remanet nihilominus id, quod eſt principale. 7 * Quia autem per redditionem pignoris, remiſſum ſit jus pignoris, nō eſt dubitandū: nam reddere, nihil aliud eſt quàm retro dare, id eſt dare, quod accepimus *l. verbū 94. inf. de V. S.* Ut eo loco res ſit, quo erat, ante quā pignori ſupponeretur, quod ipſum debet habere effectum, ſi non liberationis à debito principali, ſecundum dicta, ſaltem ab acceſſorio; niſi invito aut ignorante creditore redditio contigerit *l. quod debitori 15. cod. de ſolut.* quia invitî & ignorantis, nulla eſt voluntas.

8 Aliud item pactum in rem, quod rem comitatur & omnes tangit, quorum intereſt, ut quoties quis generaliter paciſcitur, ne petatur; aliud in perſonam, quando quis paciſcitur, ne a ſe petatur *d. l. 7. §. Pactionem.* Illud hæredi prodeſt *l. tale 40. in princ. h. t.* non etiam hoc *l & heredi 21. h. t.* Aliud judiciale, aliud extrajudiciale: aliud denique obligatorium, quod obligationem parit, aliud liberatorium, quod liberationem inducit, *qua de re infrà*.

9 Pactorum cauſſa efficiēs remota, eſt lex, aut gentiū, aut civilis, aut prætoria. Propinqua eſt; conſenſus ea ineuntium *l. 1. §. per h. t.* etiam abſentium, cùm nō tantùm verbis, ſed & literis & per nuntium pacta ineantur. 10 * Ex his conſequens eſt, eos nō paciſci, quibus ſenſus deeſt: cujus generis ſunt infantes, furioſi, amentes, qui non tantùm non obligantur aliis, ſed ne quidem alios ſibi obligant, quòd deſit iis conſenſus, cauſſa obligationis *§. Pur ofus 8. inſtitut. de inutil. ſtipulat.* Infantiam egreſſus, etſi alteri obligari nequeat ſine tutore, alios tamen ſibi obli-

obligat; quod ita receptum caussâ utilitatis, cùm aliquem habeat sensum & in compendium eius inventum non debeat verti in dispendium *§. Pupillus inst. d. t.* 11 * De prodigis dubitari posset, quòd sensu omnino non careant, cùm possint conditionem suam facere meliorem, & comparentur pupillis *l. 9. §. Sed et si inf. de rebus cred.* ut possint videri obligari, saltèm naturaliter, ad instar pupillorum. Quo facit quòd ex delicto teneantur & pœnam subeant. Responsum tamen, ne quidem naturaliter eos contrahendo obligari *l. Is cui 6 de V. O.* & ne quidem fidejussorem pro iis dari, aut datum obligari, quod est signum, eos naturaliter non obligari. Est enim prodigus instar furiosi, cui nulla est voluntas *§. Furiosi inst. de curat. & l. 1. in fine de curat furios.* Quod accipiendum de prodigo; cui bonis est interdictum, de quo infrà *de curat. furios.* 12 Vide Cujac. *ad d. l. 6. de V. O. & ibid.* Donell *n. 13. 14. 15. & latè.* Ant. Fabrum *8. conject. c. 5. & 6.* Pupillos, auctore tutore, obligari etiam civiliter ex omnibus caussis, habet *l. 9. 5. 13. inf. de auctor. tutor.* cùm tutor consensum suppleat. Civiliter sine tutore auctore eos non obligari, patet ex variis locis *inf. d. tit.* quòd credantur sensum non habere. Et hoc in iis, qui sunt infantes; de aliis, an saltem naturaliter obligentur, dicetur infra *de oblig. & act.* 13 * Puberes, quin obligentur paciscendo, non est dubium, non tantum, si curatore careant, verum etsi eum habeant, aut, cùm quod agunt, intelligant & liberam personam habeant *l. puberes 101. inf. de V. O. & ibi* Cujac. Curator enim datur rebus, non personæ. Nihil facit *l. 3. cod. de in integ. restitut.* quæ minorem habentem curatorem comparat prodigo: nam ista comparatio non est universalis, sed tantum quoad rerum alienationem, quarum administratio est penes curatorem. Vide Fachin. *3 contr. c. 9.* Ant. Fabr. *Iurispr. Papin. tit 12. de tutel princ. 6. illat. 25.*

14 Mutus pacisci non prohibetur, quia potest mentem exprimere, vel scripto, vel signo alio, quod sufficit ad paciscendum *l. 2. §. 1. h. t.* Uti nec prohibetur surdus; nam & hic sensa mentis exprimere potest, ut etiam omnino surdus, vel voce, vel scripto, aut alias *l. in quibuscumque 48. inf. de oblig. & act.* Filiifamilias paciscuntur non inutiliter, ne à se, aut patre petatur *l. si tibi 17. §. fin. & l. seq. hoc tit.* In detrimentum patris pactum, ab iis initum non subsistit *l. filius 23. cod. eod.* Servus, etsi jure civili pro nullo habeatur & in eum non cadat obligatio civilis *l. in personam & l. quod attinet, de R. I.* pacisci tamen potest, & domino acquirit, non etiam detrahit *d. §. fin.* quia per filiosfam. & servos melior conditio nostra potest fieri, non deterior *l. melior 133. de R. I.* Cum patre dominóve istæ personæ nullam civilem obligationem contrahunt, quòd civiliter habeantur una persona *l. 4. inf. de jud.* Naturalem cum illis, quò minus ineant, nihil vetat, quia naturaliter diversæ sunt personæ; uti & cum aliis: quibus quod manumissus solverit, non repetit tamquam indebitum *l. si duo 83. infrà de solut.* quod est signum, naturaliter eum obligari.

15 Paciscitur autem quisque sibi, non alteri, eo modo, quo quisque sibi stipulando quærit, quod suâ interest *§ Alteri, instit. de inutil. stipul.* & quidem tempore pacti: nam ex post facto, si interesse incipiat, non confirmabit pactum *l. si tibi 17. §. Si pactus h. t.* Quæ regula etiam de jure canonico subsistit, cùm & isto jure requiratur duorum consensus, ad aliquem, alicui obligandum; hic autem fit unius tantum. Faber. *§. Si quis n. 8. instit. de inutil. stipulat.* ubi rectè allegat. *cap. 2. de usuris in 6.*

16 Pacta interponi super contractibus ineundis, non est dubium, modò eorum proprietatibus non repugnent. Ubi sciendum, proprietatum, quæ contractibus cohærent, duplex esse genus: unum earum, quæ sunt de substantia contractu & abesse non possunt; alterum earum, quæ abesse possunt & vulgò dicuntur naturalia contractus. Priores nullo modo abesse possunt, quia dant esse rei: cujusmodi est pretium in emptione, merces in locatione, atque ita pactum super iis additum, quo mutantur, non tenet, nec facit contractum videri initum. Posteriores, quas quasi comites contractibus jus adjunxit, mutari possunt, secundum regulam, quòd contractus ex conventione legem accipere dignoscantur *l. contractus 23. de R. I.* cujus ordinis sunt, præstatio culpæ, evictio rei & similia, quæ per acta removeri possunt. Quò spectant notata ab Hotom. *quæst. illustr. c. 36* Zasio *in singularibus suis intellect.* & D. Peckio *ad c. contractus c. 3. n. 9. & 10 de R. I in 6.*

17 Ineuntur pacta, super quavis alia materia, modò stulta non sint, aut impossibilitatem contineant. Quo modo pactum, cum moribundo amico, ut post obitum revertatur, déq; statu suo indicet, ineptum est, cùm sit à pietate alienum, ea velle discere & curiosè scrutari, quæ Deus utiliter nos vult ignorare & deinde in potestate animarum non sit, pro lubitu suo deserere ea loca, ad quæ divino jussu semel migrarunt. Similiter & ineptum est pactum, si quis cum aliquo paciscatur, ut reliquias suas in mare projiciat *l. penult. inf. de condit. instit.* Legibus quoque & moribus contraria pacta rejici, habet *l. 6 C. hoc tit.* & generaliter, quoties pactum à jure communi remotum est, servari non oportere, tra-

tradit Ulpian. *l. 7. §. Et generaliter. hoc tit.* Remotum est, quod lege est improbatum, quod peccat in verba, vel potius in mentem legis, secundum *l. scire sup. de legib.* Quod prohibitum tantùm, non etiam declaratum irritum, nullius esse momenti voluit *l. non dubium, cod. d. tit.* Bonis moribus contraria sunt pacta, quæ lædunt pietatem, æstimationem, verecundiam nostram, quæ ideo nullum ponunt obligationem, eò quòd habeantur impossibilia, *l. Filius 15. inf. de condit. instit.* ad quæ nulla est obligatio. * Hinc non valent pacta, quibus ad delinquendum quis invitatur uti, de furto, aut alio maleficio faciendo, ne dolus præstetur, *l. contractus 23. de R. I. l. si unus 27. §. Illud, h. t.* ne injuriarum aut similis delicti caussâ agatur, quòd expediat, timeri furti, injuriarum & aliorum delictorũ pœnam, cùm spes immunitatis, sit illecebra peccati. Et hoc ante delictum admissum: nam postquam admissum fuerit, pactum super eo non est improbatum, *d. l. 27. §. Pacta,* quia non continet idem vitium. Eâdem ratione & similia pacta, ne agatur judicati, depositi, ædium incensarum, valent, quia cuilibet juri sibi quæsito renuntiare licet. * Uti nec improbatum, convenire, ne maleficium fiat, cùm de eo, quod lege cavetur, non sit inconveniens pacisci. *l. non impossibile 50. h. t.* Non tamen, eam ob caussam, rectè promittitur pecunia *l. 7. §. Si ob maleficium h. t.* quod non pactionibus privatis, sed potiùs amore virtutis, vel legum auctoritate, à criminibus avocandi sint homines; ut isto in casu nulla subsit caussa tali pactioni, *arg. l. fin. inf. de condict. sine caus.* Deinde præ se fert apertè malefaciendi voluntatem, qui nummis eam æstimat.

Inter pacta, quæ contra bonos mores fiunt, duo præcipuè à Jurisconsultis memorantur. * Unum est, quo caussidicus cum cliente paciscitur de quota litis: quod non tenere probat textus in *l. Sumptus 53. h. t. & l. 5. C. de postul.* quòd invitet ad delinquendum, cùm patronus, ut quotam ampliorem consequatur, victoriæ caussâ dolis & mendaciis usurus præsumatur, de quo plura infrà *ad t. de postul.* Huc referri potest & pactum, quod init Medicus cum ægroto, super aliqua re, de quo *l. 3. inf. de extraord. cognit.* quòd pactum istud sapiat quamdam extorsionem. Et licèt ista lex tantùm loquatur in certo casu, generaliter tamen istam vult obtinere Pinell. *ad l. 2. p. 2. c. 2. n. 32 & 33. C. de rescind. vendit.* Nec tantùm in casu onerosi contractus, sed & gratuiti, per *l. Archiatri Cod. de profess. & Medic. lib. 10* quæ promissa à periclitantibus habet irrita.

Alterum pactum est super hæreditate alicujus, ejus successionem concernens: & est duplex, unum de succedendo alicui, de quo agitur in *l. pactũ quod dotali 15. & l. fin. Cod. h. t.* alterum de non succedendo, de quo agitur *l. 3. Cod. de collat. & l. fin. inf. de suis & legit.* * Prius illud nullam inducere obligationem, responsum à J C. *in l. Stipulatio hoc modo 61. D. de V. O.* & responsum ab Impp. *d. l. 15. & d. l. fin.* ex ratione, tum quòd auferat libertatem testandi, jure publico concessam; ut privatorum cautione, quæ legis auctoritate non censetur, imminuî nequeat, *d. l. 15. & l. 1. C. de SS. Eccles.* tum quòd contineat votum captandæ mortis, plenum tristissimi periculosiq; eventus, *d. l. fin. §. Sed nobis. & l. de fideicommisso 11. C. de transact.* Cui accedit, quòd turpe sit agere de bonis viventis; ut ex tali pacto, tamquã turpitudine notato, nec nascatur caussa petendi, nec impediatur promissor mutare voluntatem, *d. l. 61. de V. O. & l. 4. C. de inutil. stipulat.* Quod non tantùm verum, ut non valeat in vim testamenti sed ne quidem donationis mortis caussâ, *l. licet 19 Cod. h. t.* quam verba pacti neutiquam admittunt, quæ loquuntur de successione, quæ non datur per mortis caussâ donationem, quæ titulum ponit privatum. Imo qui vivi ignorãtis bona donavit alteri, si postea eidem succedat, non tantum hæreditariæ ei denegantur actiones, verùm & aufertur hæreditas per fiscum, *l. donari 29 in fine cum seq. inf. de donat.* propterea quòd adversus bonos mores & jus gentium festinando indignũ se hæreditate præstiterit. Ut nihil possit ei prodesse, quòd non sit mutata voluntas ejus, quoeum pactum initum, cùm quod in principio actus non valuit, non convalescat tractu temporis. Vid. Cujac. *ad l. generaliter 26. de V. O.* Ant. Faber *de Erroribus pragmat. dec. 13 per plura capita.* Forster. *tract. de pact. cap. 6. n. 9 & seqq.*

Quæritur autem hic, an juramentum subjunctum salvet prædictum pactum? Respond. præsupponendo, juramentum esse super materia, quæ repugnat bonis moribus, uti vocant, civilibus secundum illos non tenere; validum tamen & servandum esse jure canonico, atque ita videri posse prædicto juramento firmari tale pactum; cùm, licet reprobetur per leges, hoc tamen non aliâ ratione, quàm quia sit contrariũ bonis moribus civilibus, de quibus intelligenda *d. l. Stipulatio 61.* non etiam qui cõtra bonos mores naturales, cùm non revocare tale pactum nihil mali moris includat: ut patet ex consuetudine, quibusdã locis non admittente testamẽti factionẽ, veluti olim apud Germanos, teste Corn. Tacito *de morib. Germ.* & hodie apud nos in Geldria: quæ tamen ideo non judicatur improba. Ut succedat regula, tradita in *c. cum contingat 28. §. de jurejur.* omne juramentum, quod non vergit in dispen-

pendium animæ jurantis, nec in tertii detrimentum, servandum esse. Non obstat, quòd diei posset, subesse votum captandæ mortis & proinde non esse liberum à peccato: nam hoc non tangit jurantem, sed eum, in cujus favorem est juratum, quo tamen nomine juramentũ non potest dici irritum, *arg c 6. ※ de jurejur.* * His tamen non obstantibus, probabili us videtur, hujusmodi testamentum non esse irrevocabile, sed mutari posse, ex eo, quòd juramentum sequatur primordialem actûs naturam & conditionem, cui apponitur, *l fin. de non numer. pecun* ubi juramento, quod subjunctum est chirographo, subest eadem conditio, quam habet chirographum, scilicet numerationis: atque ita & huic pacto jurato subest conditio libertatis revocandi, à jure concessæ, *l 4. D. de adm leg,* quam jurans non censetur per iuramentum sibi ademisse,

Non obstat *d c, 6* quia obligatio, de qua ibi, simplex est, non habens subintellectam conditionem, quæ redderet eam elusoriam. Ut iurans ibi solvere obligetur simpliciter, ex iuramento nihil mali moris includente ex parte iurantis. Dicta procedunt, si iuramentum simpliciter sit adiectum de faciendo testamento & in eo scribendo aliquem hæredem tunc enim sequitur naturam actus, ut tradit Covarr. *de testament p. 2. Rubr n. 44.* Vide Fachin *8. contr 72.* Sichard. *ad l. 3. n 3. C. de collat.* Botholt. *tract. de Pact c. 5. n. 66. & seqq.*

24 Quid si specialiter quis iuraverit, se dicere hæredem Titium, nec revocaturum aut mutaturum voluntatem? Validam nihilominus fore revocationem & posterius testamentum priore potius, hæredèmq, in posteriore scriptum potiorem, verior habet sententia, qua de re plura dicentur inferius ad *tit. de injusto, nupto, &c.* Ubi etiam dicetur scriptũ hæredem non teneri in secundo testamento hæreditatem restituere illi, qui in primo est scriptus.

Verùm alia hic oritur Quæstio, an prædicto iu-
25 ramento contraveniens sit periurus? Sunt qui negant, inter quos est Gomez. *ad L. tauri 3. n. 95.* ex eo, quòd iuramentum sequatur naturam actûs, cui adhibetur, ut, si ille sit prohibitus & hoc nullius sit momenti. Ut non possit habere adiunctam obligationem, quòd implicet contradictionem, aliquem ad peccatum obligari, à quo prohibetur; ut videatur potius iteratò peccaturus, si perficere promissum cogeretur, sub pœna periurii. Verùm, cùm tale iuramentum nihil includat bonis moribus naturalibus contrarium, nec peccato obnoxium reddat iurantem, licet actus sui naturâ sit mutabilis: non tamen absque ratione potest videri mutans, periurii reatu notari, cum servare debuerit iuramentũ, quod servare poterat sine animæ suæ detrimentõ, Alex. *in d l. 61 col. 2. vers Item facit inf. de V O.* Joan. Andr. *in c. Quod semel, de R.I. in 6.* Plures alios citat Covarr. *d. loco n. 52.* Non rectè obiicitur natura actûs, quæ est mutabilis: nam expressè ea est remota per ipsum iurantem, qui, ut non peccavit, eam removendo, ita contraveniendo non est immunis à periurio. Gomez *instit. de actionib. § Item si quis, n. 36.* Non rectè etiam obiicitur, quòd sit contra bonos mores: nam tantùm est contra bonos mores civiles, qui non sufficiunt ad invalidationem iuramenti. Imò, iis non obstantibus, iuramentum tenet & obligat, ut dicetur infrà suo loco. * Quod multò ma-
gis obtinet de donatione mortis causâ cui additũ 26 iuramentum de non revocando, ponit eam esse inter vivos, cùm ista donatio ex simplici pacto transmigret in donationem inter vivos, *l. ubi ita 27. de mortis c. donat.* ut iuramento eadem vis non sit deneganda, uti appositè tradit Covarr. *De testam. p. 2. Rubr n. 33.*

27 An pœna subiuncta in casum revocationis debeatur? Non videtur, quod, ubi actus non tenet, ibi nec ipsa pœna debeatur, quando in pœna etiã militat ratio prohibitionis actûs principalis, uti hic; quia ut est turpe inhiare bonis viventis, ita & per pœnam adstringere, *d l. 61.* Et hoc nisi iuramentũ sit adiectum, quod faciet promittentem teneri ad pœnam. Cuius adiectio non est mala ex natura rei, nec apparet ullâ lege prohibitum esse, ut moraliter malum, pœnam promittere: ut succedat regula *c, cùm contingat, ※ de jurejur.* Nec est, quòd dicatur, accessorium esse irritum, quando principale non tenet: nam hoc nihil ad iuramentum, quod cùm ex parte iurantis servari possit ut nihil includens mali servandum est, nihil habens commune cum prohibitione revocationis, per ius humanum tantum improbata. Quò facit, quòd usuræ prohibitæ sunt etiam iure naturæ, iuramentum tamen de iis solvendis est servandum & stipulatio alteri facta inutilis: pœna tamen ei adiecta utiliter petitur. Molina *Tract. 2. de iustit. & iure, disput. 151. col 6.*

28 Porrò non tantùm inutile tale pactum initum super tota hæreditate, verùm & super parte, quia totius & partis idem est judicium, *l qua de tota 76 inf. de rei vindic* Nec facit, quòd maneat salva libertas testandi quoad reliqua bona: nam libertas testandi non tantum consideratur quoad factionẽ testamẽti, verum & quoad hæredem, ne quis illum habeat, etiam in parte tantùm, quem habere nolit, ut patet clarè *ex l. cum duobus 52. §. Idem respondit inf. pro socio, & l Pactum 5. cod. h. t* Et hoc si agatur de succedendo in totam hæreditatem, vel partem: nam si

can-

tantùm agatur, ut, salvâ libertate testandi, ad aliquem certa bona veniant, valere tale pactum volunt, eo modo, quo sustinetur donatio omnium bonorum. Oldrad. *cons. 129.* & post eum Ant. Peregrinus *de fideicomm. art. 41 n. 29.* latè eam rem examinans. Fach. *5. contr. c. 84. & 85.*

29 In pacto reciproco de succedendo idem statuendum, quòd scilicet nec hoc subsistat, cùm reciprocatio non tollat turpitudinem. Non obstat textus *in l. licet 19. cod. h. t.* quia loquitur de militibus. Ubi non rectè quis objiciet, quòd militia non tollat vitium bonis moribus repugnans, cum teneantur & milites servare jus gentium: nam ideo in his prædictum pactum non est turpe, quod quælibet eorum voluntas sit loco testamenti, quando in expeditione degunt, quæ facit eos solutos testamenti solemnibus. Itaque pactum hoc reciprocum valebit inter milites, in vim testamenti *d. l. 19. & ibi Dd. communiter*, Cyn. *in l. ult. numero 19. C. h. t.* non etiam inter paganos, qui testantur solemniter. Adde Fachin. *5. controv. c. 86.*

30 Hæc de pacto de succedendo, inito cum ipso testatore. Est & pactum de succedendo initum inter duos, de successione tertii, dividenda inter se, de quo *in l. fin. C. hoc tit.* ubi id ipsum improbatur, quòd ineatur super hæreditate viventis, atque ita

31 contineat votum captandæ mortis. * Purgari tamen hoc vitium potest, si consentiat ille, de cujus hæreditate agitur, qui faciet pacto standum esse, si consensum non mutaverit *d. l. fin. vers. nisi fortè.* Quare autem minus improbum censeatur hoc casu, quàm superiori, ratio est, quia non obstringitur is, de cujus bonis agitur, de ea relinquenda, sed tantùm in casu, quo relinquere placuerit, certa hæreditatis portio singulis ex ejus arbitrio adsignatur. Quod in se nihil turpe continet, cùm non sit illicitum, sperare alicujus hæreditatem aliquando obventuram, modò desit votum captandæ mortis: quod hic deest relicto arbitrio ei, de cujus hæreditate agitur. Sic rectè colimus eum, à quo hæredes instituti, aut spes est, quòd instituemur. *

32 Quomodo & posset videri, pactum initum super tertii ignorantis hæreditate, firmari juramento; cui non minor est vis, quàm consensui ejus, de cujus hæreditate agitur, licèt aliud velit Covarr. *ad c.*

33 *Quamvis, p. 3. in princ. n. 3.* * Super hæreditate fortuito obventura, nullo certo nominato, omnino tenet pactum, cùm nullum subsit captandæ mortis alienæ votum: quo modo & societas super hæreditatibus fortuitò obventuris, rectè iniri dicitur *l. 3. §. De illo inf. pro socio.*

34 Hæc de primo pacto de succedendo, quod illicitum habent leges, nisi lege, aut consuetudine probetur. Potest enim per eam induci nova succedendi forma, ut certæ personæ, maximè, inter se sanguine junctæ, ex testamento vel ab intestato succedant. Nam quod lex singulari militum favore constituit, potest jus universale condendo apud omnes statuere. Viglius *in §. Accessit, n. 9. instit. de testam. per text. ibi* Adde Papon. *Arrest lib. 20. tit. 2.* Bois *dec. 204. n. 14. & seqq.* Zas. *cons. 1. lib. 2.* Everard. *cons. 129.* Wames. *cent. 1. cons. 74. n. 31. & 46. & cent. 2. cons 12. num. 1. & seqq.* plurésque citat. Joann. Gœdd. *de contrah. stipul. c. 6. concl. 7.* Ex quibus pacta hujusmodi de succedendo, plerorumque locorum consuetudine ac statutis approbari constat; & quidem potissimùm inter familias illustres, ut de consuetudine Germaniæ notat. And. Gail. *2. obs. 14 & 127.* Cæterùm inter principes, qui habent condendæ legis auctoritatem, pactum de succedendo valere volunt, quòd sint legis anima & eorum actus, servandi pro lege *l. pen. C. de donat. inter vir. & uxor.*

35 Unde colligitur, quid respondendum ad quæstionem, an ex concessione principis possit testamentum alicujus reddi irrevocabile? Quod affirmandum est, Covarr. *de testam. p. 2. Rubr. num. 6. & 15.* accedente voluntate testatoris, cùm res ista nihil includat per se illiciti, secundum dicta: quandoquidem & lege induci possit, ne mutetur voluntas & aliquibus in locis obtineat, ut testari non liceat de propriis bonis, aut tantùm de parte. Facit eam in rem *l. omnium 19. C. de testam.* ubi ait Imp. Voluntates hominum audire volumus, non jubere, ne post sententiam nostram, inhibitum videatur commutationis arbitrium. Unde, si ex testantis voluntate testamentum mutari prohibuerit, videtur sublata libertas ejus mutandæ, citra injuriam, quæ non fit volenti.

36 Alterum pactum est de non succedendo, quando nimirum agitur de renunciatione successionis, cujus species continetur *l. fin. inf. de suis & legit. & l. Pactum. 3 C. de collat.* quæ species hic rectè tractatur, propter connexionem, quam habet cum priori. Dubitatur autem, an & ea sit reprobata? Pro negativa facit, quòd nullum subsit tali pacto votum captandæ mortis, cùm non tam captetur vivi hæreditas, quàm ejus acquirendæ spes potiùs præripiatur, quod in se nihil mali involvit. Eodem facere videtur *l. 1. §. Separens, D. si quis à parente manumiss.* ubi pater emancipans, acceptâ pecuniâ, repellitur à successione filii cõtra tabulas. Quomodo

& tale pactum probatum est moribus, jure tamen amprobatum, *d. l. fin. & d. l. 3.* ubi filia, quæ dote contenta renuntiârat paternæ hæreditati, non prohibetur, eo nihil obstante, patri ab intestato succedere, dummodo conferat, quod dotis nomine sibi est datum. Ratio non est in turpitudine, uti in casu priori, quia, uti dictum, nihil mali subest pacto, quo quis se privat, sed in eo, quòd retrahat liberos ab obsequio paterno, quod spe successionis futuræ retinetur & ad quod meritis potiùs provocandi sunt liberi, quàm pactionibus obstringendi, *l. si quando, § Illud, C. de inoff. testamen.* Videtur etiam tale pactum, non tam spontaneum, quam reverentiâ paternâ extortum; ut non debeat eo gravari renuntians, quò minùs post mortem patris portionem suam petat, nisi hæredibus declaverit, se relicto contentum fore, *d. §. Illud, cum seq.* Præterea, non per pacta, quæ privata sunt, sed juris modo, lex voluit deferri hæreditates & iis prospicere, qui facilè adducuntur, modico præsenti recepto, repudiare opulentam insperatam hæreditatem. Ut tale pactum attendi non possit quo via succedendi legibus præscripta invertatur: cum privatorum pactis juri publico non derogetur & facere nemo possit, quo minùs leges locum habeant in suo testamento, *l. nemo potest, inf. de legat. 1.* Nihil facit *d. §. Si parens*; quia non agit de futura successione repudianda, sed de iis, quæ patri in remunerationem & authoramentum emancipationis debentur, ex edicto Prætoris. qui isti patri minimè succurrendum putavit, qui acceptâ pecuniâ filium è potestate dimisit, aut tantam pecuniam, quanta sufficit, recepit, *d. l. 1. § 3.*

37 Quæritur, an juramento hujusmodi pactum firmari possit? Jure civili inspecto, nihilò magis firmatur: nam ex ratione ejus, improbato aliquo actu, etiam juramentum & cætera omnia, quæ ad illius actûs confirmationem adjiciuntur, improbantur, *l. non dubium, cod. de legibus.* Jure autem canonico servandam esse talem renuntiationem, rescriptum extat *in c. Quamvis, de pactis in 6.* propter vinculū & religionem juramenti, nihil involventis bonis moribus contrarium: renuntiatio enim juris sui est cuilibet permissa. Ubi non est necesse, renuntians sit major; cùm etiam minoris juramentum non contrarium bonis moribus teneat. Quæ constitutio *d. c. Quamvis* obtinebit etiam in foro civili & per judicem sequenda erit, cùm agatur materia peccati, *canonista in c. cùm contingat, ii de jurejur.* Alexand. *d. l. 3, n. 2,* nisi tamen dolus, vel metus caussaverit tale pactum & juramentum, qua de re infra, *tit. de jurejurando.*

38 Facit autem *d. c. Quamvis* mentionem relictæ dotis: unde quæritur, an non habitâ dote aut legitimâ, teneat renuntiatio? Negat Anchoran, *ibid.* quòd textus ibi ius contineat limitatorium, cuius proinde forma servanda. Sed contrarium est verius, quòd decisio *d. c.* non fundetur in dote accepta, sed tantùm religione juramenti, quod servari potest sine dispendio animæ iurantis. Covarr. *ad d. c. Quamvis, p. 3, §. 2. n. 7.* Quod omnino ita procedit, quando specialiter legitimæ, vel doti est renuntiatum.

39 Quid si simpliciter tantùm renuntiatum sit hæreditati? an & à legitima non accepta excludetur renuntians? Consentiens Interpretum est vox. filiæ salvam esse legitimæ petitionem, non obstante istâ renuntiatione, quòd alia sint jura legitimæ, alia successionis: cùm illa debeatur jure naturæ & habeatur loco æris alieni; hæc verò ex arbitrio patris: ut hujus renuntiatio neque attrahi ad illius denegationem, nisi specialiter ei sit renuntiatum. Ita communiter receptum esse tradit Thessaur. *decis. 159, n. 2.* Verùm istam opinionem rectè rejicit Covarr. *in d. c. Quamvis, p. 3, §. 2. n. 7, & §. 3, n. 3,* verius judicans, simplicem renuntiationem etiam à legitima excludere, quòd ea deberi nequeat ei, cui non est jus succedendi ab intestato, *l. Posthumus 6, §. 1. inf. de inoff. testam.* Repugnat enim juris ratio, quæ legitimam definit, esse hæreditatis portionem, aut partis hæreditaris, ab intestato contingentis, ut colligitur *ex l. Papinianus 8, §. Si quis mortis inf. de inoff. testam. & l. Parentibus C. eod.* Jas. *in l. si arrogator n. 10, sup. de adopt.* ut, hac repudiatâ, illius petitio salva esse nequeat, ut tradetur inferius *tit. de acquir. vel amitt. hæred.* Et continet renuntiatio ista exclusionem ab omnibus iis, quæ à patre exspectantur; exspectatur autem à patre legitima. Est enim generalis, cui additum juramentum includit & ea, quæ aliàs mentionem specialem desiderant; cùm jurans censeatur de omnibus cogitasse, quæ ei possent competere Jason. *in l. si quando § Et generaliter n. 6. C. de inoff. testam.* Ant. Faber. *de errorib. pragmat. decade 12, cap. 5.* De hac quæstione & seqq. vide & Roderic. Suarez *ad l. quoniam in prioribus C. de inoff. testam. in declarat. L. Regni Limitat. 4, n. 5. & seqq.* Surd. *de Aliment. tit. 9, quæst. 19, in fine.*

40 Alia quæstio est, an in casu, quo renuntiatio contigit, acceptâ legitimâ, vel dote, auctis postea patris facultatibus, possit peti ejus augmentum? Non videtur, ex eo, quòd renuntiatio videatur referri ad futuram hæreditatem, quæcumque & quantacumque sit futura. Quò facit, quod dictum superius, ei non deberi legitimam, cui non est jus succedendi ab intestato: ut nō est ei, qui renuntiavit cum juramen-

to,

to, nullâ acceptâ legitimâ; ut nec ei adesse debeat petitio ulterior, qui quid accepit loco legitimæ; cùm quod juris est in toto, idem & in parte ponatur Covarr. *d. p.* 3. §. 2. *n.* 3. Et facit, quòd acceptum loco legitimæ, in casum diminutæ postea hæreditatis, maneat immune ab omni periculo, nec sit obnoxium ulli diminutioni *l. fin. inf. de collat. dotis, l. Filia. C h. t.* Unde augmentum videtur peti non posse *arg. l. pen. C. de solut.* Papon. *Arrest. lib.* 16. *tit.* 4. *art.* 1. Contrà tamen vult Faber *de err. prag. decade* 13. *e.* 5. Cujus opinio faciliùs procedet in casu, quo aliquid acceptum loco legitimæ in vita patris, citra juramentum, juxta *d. §. Et generaliter*, in quo hoc expressum: cùm, in vita patris, non rectè constituatur legitima, sive dicatur quota hæreditatis, quæ nulla est viventis, sive bonorum, quorũ quantitas inspicitur demum, deducto ære alieno & funeris expensis, atque ita demum post mortem; quam opinionem probat Peregrinus *de fideicomm. art.* 6. *n.* 17 *alios allegans*. Non cõtradicit, quòd ut tali non nocet diminutio bonorum ejus, qui dotem dedit, cùm hoc nullo jure caveatur, atque ita non debeat quoque prodesse augmentum bonorum, per regulam, qui non sentit incommodum, is nec commodum sentire debet. Nam fuit datum in dotem, quæ nullam patitur diminutionem, quam & pater tenebatur filio dare ex officio; habita ratione bonorum, quæ nunc habet, non etiam quæ habiturus est moriens, quia incerta: ut non impediatur concurrere, si tunc temporis velit, collatâ tamen suâ portione. Castr. *ad l. qui superstitis* 94 *n.* 4. *inf. de acquir hæred.* Faber. *d. loco c.* 4. *& defin.* 21. *hoc tit.*

41 Succedit alia hic quæstio, an renuntiatio removeat petitionem alimentorum? Volunt id aliqui, argumento sumpto à dote & legitima, quas peti non posse in casu prædictæ renuntiationis, jam est dictum, cùm dos & legitima cedant loco alimentorum. Verum alia est ratio alimentorum: nam ut dos & legitima succedant loco alimentorum, non tamen, nisi ex præcepto juris civilis; alimenta verò debentur jure naturæ, cui nemo renuntiat. Adeò ut etiam velint exhæredato, etsi ei non debeatur legitima, non rectè tamen denegari alimenta, qua de re infrà suo loco. Videtur ista opinio probari *per l. Libertis* 18. *§. Posthumis, inf. de adim. legat.* ubi sub diminutione legatorum relictorum, non veniunt alimenta. Ad idem facit *l. Libertus* 41. *inf. de operis libert.* ubi remissio obligationis liberto facta per patronum, non includit alimenta. Facit & quòd generalis exclusio, aut prohibitio, non excludat alimẽta, ut tradit Craver. *cons.* 189. *n.* 1. Et hoc, si aliunde non habeat, quo se alat renuntians, quia tunc succedit jus naturæ, præcipiens liberos ali à parentibus *l.* 2. §. *Ius naturale sup. de just. & jure*, ne alias videantur eos necare *l. necare inf. de agnosc. liber.* Tenet hanc partem Gomez *ad leg.* 22. *Tauri num.* 18. *alios allegans*, Surd. *de Alim. tit.* 8. *q.* 15. *n.* 7.

42 Alia item quæstio est, an prædicta renuntiatio præjudicet liberis renuntiantis? Posset hoc videri, ex eo, quòd liberi succedant avo repræsentativè ex persona patris, vel matris, in eamdẽ portionẽ *l.* 1. *§. Si filius inf. de suis & legit.* Ut proinde iis plus juris esse nequeat, juxta regulam surrogatorum, quàm fuit parenti, qui renuntiando, se & consequenter liberos privavit. Verum tamen distinctione hæc res resolvenda. Nam ut renuntians supervixit patri, aut præmortuus est. Primo casu non est quòd agant liberi: secundo casu jus suum iis est salvum. Ratio diversitatis est, quòd hæc renuntiatio habeat tacitam conditionem, scil. si hæreditas ad renuntiantem devolvatur: nam neque hæreditati, neque portioni legitimæ renuntiari potest, nisi suò conditione, si deferatur, cùm prius sit, ut deferatur jus, quàm ut ei renuntiari possit *l. si ita scriptum* 45. *§.* 1. *inf. de leg.* 2. Verificatur autem dicta conditio in primo casu, quo supervixit renuntians, atque ita se exclusit ab hæreditate patris renuntiando, ac per consequens & liberos, quibus nihil juris est, nisi per renuntiantem. Quo facit *l.* 6. *inf. de injusto rupto* &c. ubi exhæredatio filii excludit etiam nepotes ex eo. In secundo verò casu deficit ista cõditio, cùm præmortuo renuntianti non possit videri delata patris hæreditas, quæ nulla est viventis: ut habeatur renuntiatio quasi non facta & nulla, cùm quod nullum est, nullum possit producere effectum. Ut etiã non obsit nepotibus, qui admittentur ad successionẽ avitam jure proprio, quod habent ratione proximitatis, defunctum quidem parentem repræsentantes, quoad gradum, non etiam quoad jus, quod proprium habent ex sua persona, vocati per legem, quæ admittit in linea recta remotiores cum proximioribus; vel, ut ait subtiliter Bald *d. l.* 3. *num.* 13. quando per repræsentationem admittuntur liberi, quod fit per locũ à remotione, sive privatione parentis, ideòq; non possunt, adsumere portionem ejus jam extinctã, sed subintrant in locum, quem mortuo, ac remoto parente inveniunt vacantem. Facit, quòd juramentũ sit personale, non afficiens, nisi ipsum jurantem & renuntiantẽ *l.* 3 *§. pen. inf. de jurejur.* Et confirmat dictã distinctionem *l. divi fratres* 17. *in fine princ. de jure patron.* ubi factum, vel nota patris non excludit filiũ à bonis liberti aviti: item *l. si ex patronis* 16. *in fine cum l. seq. inf. de bonis libert.* ubi exhæredatio patris, defuncti ante avum, non ex-

non excludit filium à successione avita. Quod & obtinebit in casu, quo sunt hæredes renuntiantis, cùm, uti dictum, renuntiatio tantum respiciat renuntiantem, ut & juramentum, nec prosit, aut noceat alteri, *d. l. 3 §. fin* Castrens. *in d. l. pactum*, *n. 7. cod. de collat.* Gomez. *ad L. 22. Tauri n. 10.* Covarr. *d. p. 3. §. 2. n. 4.* Gabriel. *lib. 3. commun. Opin. tit. de jure dotium concl. 1. n. 43. & seqq.* Rod. Suarez *ubi sup. d. limit. 4. n. 10.*

43 Hinc venit resolvenda & illa Quæstio, an renuntiatio, per filiam ingressam, removeat Monasteriū quò minus, parente postea mortuo, agat ad debitam portionem? Videtur aliquibus non removeri Monasterium, ratione conditionis, quam dictum hic subesse, scilicet si renuntianti deferatur successio: non fuit autem delata, cum ante mortem patris sit habita pro mortua per professionem; ut possit tunc videri deferri monasterio, quod est loco liberorum. Contra tamen dicendum, scil. removeri monasteriū, cui non competit jus ex sua persona, sed ingressi, quæ cùm omni jure se privavit, ita nihil est, quod monasterium sibi possit adrogare: quod etiā non semper est loco liberorum, sed tantum in casibus, jure expressis, inter quos non est iste. Covarr. *d. §. 2 n. 12* Vasquius *de success. p. 1. §. 18. n. 93.* Conc. Trid. *Sess. 25. c. 16. de Regularib. & ibi alleg.*

44 An superior resolutio procedat in casu, quo dos, aut legitima est assignata renuntianti? plerique contendunt, eo casu non esse liberis aliquod auxilium, ex eo, quòd partem debitam parens acceperit Gabriel. *d. concl. 1. n. 47.* Probabilius tamen videtur cum Baldo, *ad d. l. Pactum, quæst. 2. C. de collat.* & Castr. *ad l. qui superstitis 94. n. 4. inf. de acquir. hæred.* nihilò magis excludi nepotes: nam dos, aut alia portio, concessa in vita patris, non excludit aliquem à successione, *ut patet inf. de collat. dotis*, sed tantùm renuntiatio jurata, quæ, cùm sit personalis non debet obesse liberis, ex persona sua & jure venientibus, ita tamen, ut conferant partem sui parentis. Ant. Faber *cod. h. t. defin. 1. 16. 17. & 18.* Wamesf. *cent. 2. consl. 11. n. 9. & 12.* Maranta *disput. 10.* Suarez *d. Limit. 4. n. 7 & 11.*

Quid si nominatim actum fuerit de liberorum exclusione? Cùm possit quilibet disponere, etiam 45 de bonis sui hæredis, perinde atque de suis, *l. unum 67. §. Si rem de leg. 2.* videntur isto casu liberi excludi, si velint esse hæredes suo parenti; *l. cùm à matre 14. C. de rei vind.* quòd hæres factum defuncti, cum quo est eadem persona, non improbet, nec obligationis conditio ex persona hæredis immutetur, *l. 2. §. Ex his inf. de V. O.* Facit, quòd ex qua persona quis lucrum sentit, ejus & factum præstet, *l. ex qua persona 140. inf. de R. I.* Si verò non fuerint hæredes parentis, ejus factum liberis minime oberit, sive cū patruis concurrant, sive eum solis nepotibus, cùm utroq; casu, non tam beneficio parentis, quam legis & suo jure veniant. Faber *in cod. suo h. t. defin. 15.*

46 Effectus itaque renuntiationis juratæ est exclusio ab hæreditate, de qua renuntians pro isto tēpore erat certus, aut cujus in posterum certam spem aut jus apparens habebat: non etiam venit jus istud quod vel postea delatum, vel ad quod renuntians erat quidem vocatus, sed ipse ignorabat, *l. cum stipulamur 125. inf. de V. O.* cùm renuntiatio, quæ stricta est, licet generaliter prolata, non debeat tamen extendi ad non cogitata.

47 Verùm hic dubitatur, an æque rescindi debeat ejusmodi renuntiatio ratione læsionis? R. Servandum quidem juramentum; propter læsionem tamen, quæ proponitur, gravem, caussatur ejus relaxatio: cùm ratio non ferat, ut sustineatur actus, cum gravi alterius læsione, quæ minor sufficiet in minore, quàm in majore. Covarr. *d. p. 3. §. 4. n. 8.* Faber *de Erroribus prag. dec. 13. c. 6* an verò possit prædicta renuntiatio revocari, propter liberorum nativitatem vel supervenientiam, *ex l. si umquam, C. de revoc. donat.* commodius tractabitur inferius in materia donationum.

48 Procedit autem prædictus effectus, nisi per eum, quem concernit renuntiatio, remissa fuerit. Unde quæri posset, an pater sit dicendus eam remisisse, instituendo renuntiantem? Hoc omnino dicendū, cùm instituendo vocet eum ad hæreditatem, quod est contrarium renuntiationi. Posse autem patrem instituere renuntiantem, non est dubium, cùm pater eo animo non acceptātit renuntiationē, ut sibi legem poneret, à qua recedere ipsi non liceret, & testamenti factionem liberam sibi adimeret, sed ut eam liberiorem haberet; cum pactum de non succedēdo eam potiùs amplíet, quàm restringat. Ut pater rectè renuntiationem removeat, factam in sui favorem, cui quilibet renuntiat. Covarr. *d. l. §. 1. n. 9* Mynsf. *cent. 2. obs. 7.* Gail. *2. obs. 148. n. 11.*

49 Præterea fine effecti est renuntiatio, præmortuo eo, in cujus gratiam est facta, cùm sit strictè interpretanda, nec extra casum suum extendenda & cessante caussâ finali dispositionis, cessare debeat ipsa dispositio, *l. fi. & inf. qui testamen. fac. poss.* cùm aliis prodesse nequeat, quam quibus pater voluit prospicere & intendit renuntians, *l. cùm pater 77. §. Libertis 27. inf. de legat. 2.* nisi tamen ex eo extent liberi ipsum repræsentantes & in jus ejus succedentes, qui faciunt necdum cessare caussam renuntiationis. Covarr. *d. loco §. 3. n. 4.* * Oportet autem omnes

omnes sint præmortui, quorum favorem renuntiatio respicit: nam si aliquis supersit, renuntiationi erit sua vis; facta enim est in singulorum favorem singulisque jus quæsitum, ad exclusionem renuntiantis, argumento eorum, quæ de substituto pluribus, inferius dicentur, cui antè non est locus, quam omnibus præmortuis. Nisi tamen sit facta in favorem unius tantùm, qui præmoriens faciet renuntiationem cessare, ut rectè tradit Jason *in l. avus 33. n. 4. h. t.*

51 Quid si filius, in cujus gratiam facta est renuntiatio, fuerit exhæredatus, aut succedere noluerit? R. Renuntiationem nihil operari, ex eo, quòd cesset ejus caussa. Intelligenda enim est, dummodo is, quem ea concernit, voluerit, aut potuerit esse hæres. Quæ conditio cessat isto casu, quia aliàs renuntiatio prodesset extraneo, de quo non est excogitatum, Quò facit, quòd in finem singularem dispositum, non debeat extendi, *l. jus singulare, sup. de legib.* Nisi facta fuerit in gratiam patris, ut ei esset major libertas disponendi de rebus suis, etiam quoad extraneos, quia tunc necdum cessat renuntiatio: nisi tamen ex tacita conjectura possit præsumi facta ei, qui liberos quidem non habebat, contemplatione tamen eorum, qui nasci possent, quibus, non natis, cessat renuntiationis finis, ut rectè tradit Gomez. *ad leg. 22. Tauri, n. 12*

52 Non habet autem renuntiatio ista effectum, nisi quoad successionem ejus, cui est renuntiatum: nam, quò minus succedat renuntians aliis, ad quos hæreditas pervenit jure proximitatis, non est dubium, cum non amplius sit hæreditas ejus, cui est renuntiatum. Gomez. *d. loco, n. 13* Decius *ad l. quoties 91. n. 6. & 7. de R. I.* Cagnol *ibid. n. 5.* Forster *de success. lib. 7. cap. 4. n. 18.*

53 Quæ dicta sunt de pacto succedendi, minimè concernunt fideicommissum, quo aliquis gravatus est sub conditione, ante cujus eventum rectè super eo paciscitur, ut habet *l. 1. C. h. t.* ubi gravatus fideicommisso conditionaliter, si sine liberis, pactus cum fideicommissario pro certa parte se liberat. Quod & habetur *in l. cùm proponas 16. C. eod.* ubi precaria substitutio remittitur, quòd nihil vitii contineat, cùm non agatur de hæreditate vivi, sed mortui & incertum conditionis, pacto finiatur. Ad idem facit *l. de fideicommisso 11. C. de transact.* Ut videatur per has leges abrogatum, quod habet Paulus *4. Sent. tit. 1. §. Rogati*, ubi tale pactum dicitur non valere contra voluntatem testatoris. Videtur obstare textus *in l. si ita 45. §. 1. inf. de leg. 2.* ubi legatum conditionale non repudiatur ante eventum

54 conditionis.* Verùm aliud est repudiare, aliud paciscì. Paciscimur etiam super non delatis: repudiatur autem tantùm delata, *d. §. 1.* & quidem certa. Nam generaliter homine legato, repudians Pamphilum, nihil censetur egisse, adeò ut eumdem eligere possit *l. Homine 18. inf. de opt. leg.* Non obstat, quòd filiusfamilias super stipulatione conditionali, à se inita, pacisci non possit: quia in stipulationibus conditionalibus, præsens tempus inspicitur, quo patri per stipulationem acquiritur spes, quæ ne quidem aufertur per filii emancipationem *l. si filius 78. de verb. oblig.* in legatis autem tempus cessionis, *l. quæ legata 18. inf. de reg. juris, ubi* Cujacius.

55 Quantum ad effectum pactorum attinet, ea sunt servanda, super materia, sive privata, super qua arbitrium disponendi est cuilibet etiam in sui dispendium, *l. pen. cod. h. t.* sive publica, per eos, quibus administratio Reip. est credita:* per quos etiam

56 cum hoste initum pactum est servandum, *l. 5. h. t.* non tantum ab ipsis, qui inierunt, sed & ab eorum successoribus, cum hujusmodi pacta ineantur nomine Reipub. quam repræsentant successores in administratione, aut imperio, *l. proponebatur 76. inf. de judic.* Nec facit, quòd cedant in detrimentum privatorum quibus fortè per talia pacta, aut res sua aufertur aut damna illata non reparantur, quia privata caussa publico bono cedit. Gabriel. *commun. opin lib. 3. de jure quæsito non toll. concl. 1. & 2.* Privatorum pactis cum hoste non est eadem vis, quatenus cedunt detrimento publico. Covarr. *de matrim. p. 2. c. 3. § 4. n. 22.* Nam, quatenus cedunt detrimento tantum ipsorum paciscentium, sunt servanda, ut pulcrè tradit Duaren. *ad l. c. h. t.* Vide Fachin. *9. contr. c. 58 & seq.* Hotom. *illust. qq. c. 7.* Grot. *de jure belli & pacis lib. 3. c. 19 & quatuor seqq.*

57 Quantum ad vim obligandi & agendi, ea est pactis nominatis, ut vocant, non etiam innominatis, nisi ex parte ejus, qui implevit, ut latius dicetur *inf. ad t. de præscriptis verbis.** Pactis nudis obligandi tantùm naturaliter est vis. Jus civile iis non accommodat actionem, ne oris libertas nimium constringatur, propterea quòd talia pacta videantur tantùm leviter emissa, citra animum obligandi. Unde maluerunt leges implementum eorum relinquere placito paciscentium, quàm juris vinculo alligando lites augere. Dederunt tamen ex iis exceptionem, *l. juris gentium 7. §. Sed cum nulla, h. t.* propter naturalem obligationem, quæ ad excipiendum est efficax & impedit soluti condictionem, *l. naturaliter 13. inf. de condict. indeb.** Non obstat textus in *l. 7. C.*

58 *h. t.* quæ dat ex pacto actionem præscriptis verbis, si stipulatio non intervenerit: nã ibi non agitur de pacto, cùm res intervenerit, uti patet ex verbo, *tradidisti,*

a fit, ut transiverit in contractum innominatum *per l. 10. cod. h. t.* Quo modo *in l. si paciscenda 8. C. eod.* non agitur de pacto nudo, sed tali, quod vel transivit in societatem, vel contractũ innominatũ.

59 Quæstionis autem est, an ex pacto geminato detur actio? Quod plerique volunt, quasi cessante causâ levitatis, propter geminationem. Adferunt pro hac parte *l. 1. § Debitum. inf. de const. pecun.* Contrariam tamen partem, veriorem judico: tum, quòd id nullibi sit expressum; tum quòd pactum geminatum non cesset esse nudum, cum non rarò contingat iterari promissionem simili levitate. Et licet possit videri geminatio, quid operari; non tamen novum aliquem effectum, quem non operatur pactum ipsum. Nihil obstante *d. § Debitum,* quia agit de constituto; quod ideo actionem jure prætorio inducit, quia continet relationem ad prius debitum, quæ facit cessare levitatem promissionis: atque ita duo vincula conjuncta aliquod operantur, quæ separata nihil efficerent.

60 Quid de jure canonico? Volunt plerique, eo jure ex nudo pacto dari actionem, *per c. 1 & 3 de pact.* quos sequitur Covarr. *ad c. Quamvis, p. 2. § 4 n. 29.* Wesenb. *in parat. hic n. 9.* probabilius tamen non dari, cum nullibi hoc ipsum exprimatur & non minus isto jure indeliberatè & leviter sæpe promissio censeatur facta quam civili; nec minus isto quàm hoc, litium frequentia sit exosa. Alciat. *3 parad. c. 3.* Nihil obstante *d. c. 1 & 3.* ubi dicitur pacta esse servanda, nam & prætor ait in Edicto: *Pacta servabo* & tamen constat, prætorem ex pactis actionem non dare, sed ea tantũ servare, datis exceptionibus. Cujac. *ad c. 2. vers. notandum X de sponsalib.* Quod etiã verum est, si eo jure sit additum juramentum. Nam quod isto jure legitur de confirmatione pacti per juramentum, eò non pertinet, ut propter jusjurandũ actio detur, sed ut jurans ad observationem pacti possit cogi officio judicis ecclesiastici. Peccat enim, fidem datam non servans. V. Connan. *3 comment. c. 3. n. 6.* Fachin. *2. contr. c. 100.* Ant. Fabr. *ad d. l. 7. § Ait prætor. 7 h. t.* Ut autem ita de jure obtineat, de moribus tamen, etiam pactis nudis, est vis ad instar stipulationis & omnino obligat, potissimùm inter mercatores, inter quos bona fides locum sibi præcipuè vindicat. Tiraq. *de pœnis caus. 51, n. 14* Cost. *de quota & rata q. 82. n. 8.* Bronch. *cent. 1, assert. 39.* Gudelin *de feud. p. 2. c. 4. & de jure nov. 3. c. 5.*

61 Quid si pactum sit adjectum contractui, an ex eo actio erit? Pactum, vel in continenti, sive ex continenti adjicitur, quod simul cum ipso contractu concluditur; vel intervallo, quod post contractum perfectum apponitur. Iterum vel concernit substãtiam alia contractus, veluti, si in emptione sit circa pretium, vel adminicula, veluti, si conveniat, ut conductor præstet levissimam culpam. Pactum circa substantiam contractui detrahit, eique inest ab utraque parte adjectum incontinenti. Ponit autem speciem contractus aliam, veluti, si emere volens, conveniat de danda aliqua specie, aut de aliquo faciendo *l. 3. inf. de præscript. verb.* Ex post facto appositum facit contractum mutari, reformari, tolli, si pars pretii dematur, addatur, si contingat ut à contractu recedatur *d. l. 7. §. Adeò autẽ 6. hoc tit.* Pactum circa adminicula adjectum incontinenti, inest ab utraque parte & actoris & rei *d. l. 7. §. Quinimo, & l. in bonæ fidei 13. cod. eod. tit.* nam pactum contractui dat legem *l. pacta conventa 72. inf. de contrah. empt.* Adjectum verò ex intervallo, non inest quidem ex parte actoris, cui non est actio ex pacto nudo, inest tamen ex parte rei, cui quæsita est exceptio, quam dat pactum. Cujac *ad d. l. 7. & ad l. Lucius 24. inf. de pos. quæ est ex lib. 9. qq. Papin. Idem 2. obs. 15. & lib. 14. c. 28.* Bronch. *cent. 1. ass. 31.*

62 Dicitur inesse ex parte actoris, quando ex pacto ei competit, præparataque est actio: ex parte rei, quando reus ipso jure est tutus, etiam non appositâ exceptione. Et ita obtinet in contractibus bonæ fidei, citra controversiam; de iis enim expressé agitur *d. l. 13. & d. §. Quinimo.*

63 Controversũm autem est, an idem attribuendũ sit contractibus stricti juris? Quod non pauci adfirmant, propter textum *in l. lecta 40. versic. Dicebã inf. si certum pet.* ubi post propositam speciem contractus stricti juris, respondetur, pacta incontinenti adjecta stipulationi, eidem inesse, nec tantùm prodesse ad exceptionem, sed etiam quoad actionem. Eodem spectat *l. petens 27. cod. h. t.* Costal. *ad d. l. 40.* Non est tamen improbabilis eorum opinio, qui fatentur, inesse quidem ex parte actoris propter *d. §. Quinimo,* & textum *in d. l. 13.* quæ loca expressè meminerunt bonæ fidei. Quod frustra fieret, si idẽ obtineret in strictis iudiciis. Ratio est, quòd in eiusmodi contractibus præstetur omne id, quod æquum est, alteri ab altero præstari: quod non idẽ obtinet in strictis, ut in iis aliud iuris esse sit dicendũ, quoad præsentem materiam.

Nihil obstat *d. l. 40.* quæ, dum indistinctè dicit, pacta inesse stipulationi, accipienda ex parte rei: uti ex specie illius legis convincitur. In qua primò convenit de usuris solvendis, si certo die non solverit debitor, idque interventu stipulationis; quã ex continenti secutum est pactum, quo dies soluti-

onis

onis ratificata & placuit divinis pensionibus summam debitam solvi. Quæsitum fuit, an debitor in mora existens, teneatur ad usuras totius summæ, an verò singularum tantum pensionum, in quarum solutione est cessatum? Quod posterius placuit JC. eò, quòd ubi non est petitio sortis, ibi nec possit esse petitio usurarum, quæ debentur accessoriè ad summam *l. cùm post 60. §. Usuras inf. de jure dot.* Ubi subjungitur ratio, quòd pacti incontinenti adjecta insint stipulationi, id est, quòd reus (de eo enim agitur) ratione pacti, non teneatur solvere aliarum pensionum usuras ante cessum earum diem: & hoc ipso jure, ut non sit opus proponere exceptionem. Unde patet *d. l. lecta* non spectare ad actionem, cùm agatur de solutione facienda per reum. Nec facit, quòd ibidem *vers. etsi ut ille putabat*, dicatur, tale pactum, non tantùm ad exceptionem prodesse; neque enim inferre vult Jurisconsultus, prodesse ad actionem, ut malè ibi sentit Glossa, sed exceptionem ipso jure inesse, nec esse proponendam ab ipso reo. Est enim distinctio inter pactum, in continenti adjectum & ex intervallo, quòd illud faciat ipso jure inesse exceptionem, ut non sit necesse eam proponere; hoc verò tantùm ponat exceptionem, hoc est faciat reum excipere posse, non autem ipso jure tutum esse *d. §. Quinimo, & l. 3. inf. de rescind. vend.*

64 Nihil quoque obstat *d. l. petens*: nam in ea agitur de pacto, confirmato per stipulationem, quod præcessit, aut sequitur, modò hoc actum sit, etiam quod postea placuerit incontinenti, sub stipulatione præmissa contineri. Nec est, quòd quisquam moveatur eo, quòd Imperator ibi desideret pacti subsequentis vicinitatem, quasi etiam generaliter pactum nudum incontinenti adjectum, insit stipulationi, ut vult Alciat. *5. paradox. c. 2.* quasi ea, quæ sequuntur incontinenti, certâ ratione præcedere intelligantur: nam ideo incontinenti vult Imp. subsequi pactum, ne subjiciatur aliud, quàm, de quo cogitatum est, tempore stipulationis. Jason. *ad d. l. petens, n. 7, & 8.* Cujac. *10. obs. c. 24, & ad d. l. 7,* Donell. *ad d. in bona fides 13, C. h. t.*

65 Hinc nova exoritur quæstio, quænam actio ex pacto incontinenti adjecto detur? Verius videtur, non aliam dari, quàm ex contractu, cui pactum est appositum: est enim ejus pars, quæ a toto non dissentit. Facit, quòd pactum ex se, non det actionem: unde in legibus superioribus, non dicitur actionem parere: sed formare contractum, eique legem dare. Ratione contractus aliam actionem dare nequit, quàm habet ipse contractus, ne aliquid contractui tribuamus, quod illi non adest. Probari hæc pars videtur *per l. Fundi 79. inf. de contrah. empt. & l. 6 §. 1, de act. empt. & l. ex conventione 11. C. h. t.* Facit &, quod habetur *d. l. 7, §. Quinimo vers. Idem responsum*, ubi pacti ex intervallo adjecti nomine, ex empto agi non potest, ex eo, quòd non insit. Non negandum tamen, esse casus, in quibus utraque actio locum habet, idque ex ratione adjunctorum *l. Labeo 51, de contrah. empt. & l. 2, C. de pactis inter empt. & vend.* Videatur Alciat. *5. Parad. c. 1* Duaren. *ad d. l. 7, § Quinimo h. t. & ibid.* Cujac. Donell. *ad d. l. in bona fide n. 11.* Hotom *Illustr. qq 37.*

66 Est & ea pacti vis, quòd tollat naturalem obligationem. Ubi quæritur, an ipso jure tollat? Quod videtur *per l. Stichum 95. §. Naturalis, inf. de solutionib.* ubi comparatur pactum numerationi, cujus effectus est, debitum naturale extingere. Facit, quòd unumquodque extinguatur eo modo, quo est inductum *l. nihil jam naturale inf. de R. J.* Obstat *l. si unus 27, §. Pactus ne peteret h. t.* Sed dicendum, ibi agi de exceptione pacti, natâ jure prætorio ex pacto nudo, quæ ideo per pactum posterius non tollitur ipso jure, sed per exceptionem, nisi pactum posterius sit legitimum, habens eam vim, sibi attributam à lege. Sic nudo pacto tollitur actio injuriarum, quæ odiosa, quam ideo lex 12. Tabb. remissione tolli permisit. Quod & obtinet in actione furti *d. §. Pactus, l. si tibi 17, §. 1, h. t.* Vel dici potest, *in d. §. Pactus* non agi immediatè de tollenda obligatione, sed de impedienda petitione. V. Fachin. 10. *contr. c. 96, & lib. 13, c. 23, & 24.*

ADDITAMENTA

Ad tit. 14. de Pactis.

AD *n. IV.* Pactis publicis rectè annumerantur induciæ, pax & confederationes principum & magistratuum, de quibus pulchrè Joann. Bodin. *5. de republ. 6,* Greg. Lopez, *1, animad. 7,* Rævard. *4. var. 1.* Wes-

Wes. parat. hic n. 4. Et hoc casu princeps damna, subditis illata, publici boni caussâ, remittere potest. Jas. inl. 3. n. 8. & Dnar. h. t. Gail. 2. obs. 57. & 2. dep p. 19. n. 25. Vasq. 1. controv. 4. & Mynf. 4. obs. 9.

An, quando superior, ob cultum religionis, vel alias similes caussas, principem sibi subditum invadere, eique violentiam inferre vult, liceat inferiori, cum vicinis, vel extraneis principibus Christianis fœdus inire, hoc pacto, ut auxilium ipsi ferant, eúmque adversus superiorem conjunctis viribus defendant? Matth. Cunon. depact lib. 1 c. 24. n 172. & mult. seqq. innumera fere, pro negativa, argumenta adducit, postea verò n 194. affirmativam defendit, pro eaque n. 216. concludit. Adde R. A. zu Augspurg de anno 1555. §. Solches alles/ ꝛc. & R. I. de ann 1524. §. Als auch/ ibi daß wir uns versehen/ die Stände deß H. Reichs/ als Schützer und Schirmer deß Glaubens/ ꝛc. Schrad. de feud p 9. c. 3. n. 37. & c. 4. n. 55. Rosenth. de feud p. 10 concl. 11. n. 9. Modest. Pist cons. 43. n 29. & cons 19. vol. 1. Author deß gründlichen Berichts/ von deß H. Reichs Statt Friedberg Regulen/ ꝛc.

Pactum principis, impunitatem promittentis ei, qui atrox aliquod facinus delegit, servandum est, per eleg. tradita à Cunon. dict. tract c. 29. n. 15. & seqq Dec. & Bronch. ad l 65. de R. I n. 7. & 8. Marsil. sing. 177. Quod tamen in Judice, qui accusato, vel delato de crimine veniam promisit, non procedit, quia promisit id, cujus præstatio, in eius potestate non consistit, cùm judicare debeat & coercere delicta, non veniam eorundem concedere, quod principis solius est Cunon. d. tr c. 23. n. 5. & per discursum, toto illo c. adde Farinac. lib. 1. tit. 1. q. 6 n. 10 & seqq. Menoch. 2. arb. jud. qq casu 367.

Ad n. XXXVI. XXXVII. & seqq. Inter requisita, ad formam renuntiationum spectantia, primum sese offert certioratio. 2 requiritur ut filiæ renuntianti, pro qualitate patrimonii, dos congrua constituatur. 3. Juramentum. 4 requiritur, interventus & præsentia Parentum & cognatorum Vid. hac de re eleg. Besold. in thes. pract. verbo Verzieg adelicher Töchter/ ꝛc. ubi inter alia etiam tractat quæstionem: An filiæ ex necessitate renuntiare cogantur?

Ad n LIV. & LIX. Pacta specialia, legem ex conventione accipiunt, eámque repræsentant l 1. § Si conveniant. deposit. l 1. ubi Salic. commod. Et provisio hominis, facit cessare provisionem legis l. fin. C. de dot promiss. Hinc illud tritum proverb passim usurpatur: Willkühr bricht Land-Recht/ ꝛc. De quo vid. Hostiens. in c. Etsi Iudaeos ii de Iudais quem allegat. Alexand. in l. 1 si cert. petat. Mynf. Dec. 14. R. 4. n. 31 32. Henning consil. 10. n 7. Gail. tr. de arrest. imper. c. 6. n. 22.

TITULUS XV.

De transactionibus.

SUMMARIUM.

1. *Transactio quid?*
2. *Qui transigere possint.* 3 *Potest & minor.*
4. *Procurator, quando transigat validè.*
5. *Quando Syndicus, tutor, Prelatus, &c.*
6. *Item vasallus, super re feudali.*
7. *Pater super bonis filii.*
8. *Filiusfam. super peculio.*
9. *Materia transactionis.*
10. *Post sententiam, sive rem judicatam non est locus transactioni.*
11 *Licet partes ignorent sententiam latam.*
12. *Supplicatione principi porrectâ & admissâ, post sententiam transigere licet.*
13. *Et & impetratâ restitutione in integrum.*
14 *Transigere non licet de re dubia, ex alia caussa, quàm litis.*
15. *Non etiam super matrimonio.*
16 *Nec super beneficiis.*
17 *An super alimentis?* 18 *Limitatio hujus rei.*
19 *Iuramentum super transactione alimentorum, an teneat.*
20. *Super cæteris rebus testamento relictis, quatenus licita transactio.*
21. *Transigere super criminibus capitalibus licet.*
22 *Lectio & intellectus* l. transigere 18 C h t. *adseritur.*
23. *Transactio hujusmodi est super re privata.*
24. *Intellectus* l. 2, C. de abolitionibus.
25. *Pœna sanguinis, an solam mortem naturalem denotet.*
26. *Non habet locum decisio* d l. 18. *in caussa famæ.*
27. *Non etiam in pœna carceris perpetui.*
28. *Non obtinet quoque jure canonico.*
29. *Transactio permissa & reo & [illegible]ri.*
30. *Eadem permissa & reo & illius parti.*
31. *Transactio super adulterio prohibita.*
32. *Ratio hujus prohibitionis varia adfertur.*
33. *Transigens super adulterio, incidit in crimen lenocinii.*

34. Ma-

Transactionem esse speciem alienationis non est dubium *l. 1. §. Utrum, inf. si quid in fraud. pa- tron.* Contractum esse patet *l. cum te cod. hoc tit.* Innominatis adscribendam esse videtur colligi *ex l. 6. C. eod.* Cui non obstat, quòd per eam negotium potius distrahatur, nam hoc ipso, quo de distrahendo agitur, contrahitur. Est autem hoc nomen aliàs generale: hic strictè sumitur pro specie Pacti, estque de re dubia & lite incerta, non gratuita conventio. In quo à pacto distat quod ferè est gratuitum & super re certa.

Transigunt domini, quibus mens est sana *l. sanum 27. C. eod.* & libera rerum suarum administratio. De minore dubitatur: * at hunc curatorem etiam habentem transigere posse verius est *arg. l. puberes 101. inf. de verb. oblig. ubi* Cujacius cùm curator bonis datus non faciat, personam minoris videri minùs liberam. * Procurator non transigit, quia non debet posse alienare res alienas, seu domini, nisi mandatum speciale habeat *c. qui ad agendum, de procur. in 6.* aut datus sit in rem suam *l. jusjurandum 17. in fine inf. de jurejur.* quia est instar domini, cui non cedit, in lite movenda *l. procuratore 55. inf. de procurat.* Universorum bonorum procurator, non nisi cum libera transigere posse videtur *l. procurator. 58. & 63. inf. d. tit.* * Syndicus, tutor, curator, Prælatus, administrator civitatis, non aliàs transigunt, super rebus sibi commissis, quàm quatenus jus liquidum non remittunt *l. Præses 12. C. hoc tit. l. Pactum 22. C. de pact.* cùm administrandi tantùm, non etiam perdendi iis sit licentia. Hæc ita, nisi agatur super re, cujus alienatio est prohibita *l. 1. cod. de præd. minor.* Costal *in l. item magistri 14. sup. de pact.* Gail. 2 *observat. 72.* Bronch. *cent 1. ass. 48.*

Vasallo super re feudali transigere licere, habet *tit 26. §. Si vasallus, lib 2. Feud.* modò bonâ fide & sine fraude transactio iniatur, decidendi rem dubiam, non etiam feudum alienandi aut minuendi animo, cùm non tam domino, quàm sibi & jure suo præjudicet, qua de re egimus aliàs *in tract. Feud c 14.* Adde Tiraq. *ad l 8 V. donatione largitus n. 196 C. de revoc. donat & de retr. §. 1. gl. 4. n 6* * Patet super bonis emancipati filii non transigit, quia sunt aliena *l. de reto. h. t.* Super adventitiis autem filiifam. non aliàs transigit quàm ejus consensu *l. fin. §. Ubi autem 3. eod. de bonis quæ lib.* Cujac. *add l 10.* ne alioqui fructuatio sit concessum, lædere proprietatem, nisi aliud exigat necessitas *d. l. fin. §. Sin autem.* Quo casu decreto opus esse volunt, citati ab And Gail. *2. obs. c. 72. n. 14.* Rationem dant, quòd pater sit legitimus rerum, ad liberos pertinentium administrator. Super dote quoque filiæ, sine ejus consensu minimè transigit, nisi furiosa fuerit, quia aliter ei consuli nequit *l 1. §. inf soluto matrim.* * Filiusfamilias & servus transigere posse videntur super peculio, cujus habent liberam administrationem *l. contrà 28. §. Si filius sup. de pact.* Super peculio castrensi & quasi, quin liberè transigat filius, non dubitandum, cùm ejus sit pleno jure.

Materia transactionis, est res dubia, ratione litis, sive motæ, sive movendæ. *l. 2. C. hoc tit.*

An & post conclusionem in caussa ita rectè dici videtur, etiam immediatè ante sententiam, cùm sit adhuc dubius litis eventus *Dd. ad l. si caussa 32. cod. eod.* * Post rem iudicatam, non est locus transactioni, cùm quæ certa sunt certificatione aliâ non indigeant, ut cesset materia transactionis *l. & post 7. in princ. h. t. & ibid.* Cuiac. *Roys. decis. Lituan 4. n. 413.* Bronch. *cent 1. assert. 46. & cent misc. assert.* 20 Pactum tamen, donationis causâ interpositum, hoc casu tenet *d l, 32,* Paul. *1, sent, tit. 1, §, fin. ubi* Cuiac. quia agitur de remittendo iure quæsito per sententiam. * Quod procedit, etiã in casu, quo partes ignorant sententiã latam esse, cùm nihil faciat ignorantia; quò minus res sit certa *l, cùm ad præsens 37 cum l, seq, inf de reb, cred,* modò tamen sententia jure teneat *l, eleganter 23, §, Si post, inf. de condict. indeb,* dèque illius valore non dubitetur; subesset enim aliàs adhuc lis, aut saltẽ eius metus, neq; ab ea sit appellatũ, nec appellari possit *l post rem 11, h. t.*

quia faceret hæc res, non esse planè sopitam controversiam. Contrà tamen judicatum in Concilio Brabantiæ, anno 1624. quo aliquis sententiam pro se latam ignorans transegit, & postea, re cognita petiit restitui: quod illi negatum malè, quia materia deerat appellandi, non etiã facultas. Hinc super sententia eorum, à quibus non appellatur, non transigitur; quia contra talem sententiam nihil attentatur, *l. 7. hoc tit.* Bart. *ad d. l. 23.* 22 * Si tamen supplicatio porrigatur Principi & admissa fuerit, fiet res dubia, quòd permissu principis ex integro caussa videatur & subverti possit judicatum & ita possit esse materia transactionis. *d. l. 7.* & *d. l. 11. hoc t.* Dico, admissa, quia antequam admittatur supplicatio, necdum est litis metus. * 23 Idem judicandum est de restitutione in integrum, quòd non aliàs, nisi impetrata ponat materiam transactionis, quia tum demum ponit rem dubiam, *d. l. 32. cod. h. t.* Aliud est in sententia, à qua appellari potest, *d. l. 7 h. t.* etsi necdum sit appellatum, quia appellandi potestas est sita, in voluntate partis, facit necdum cessare metum litis. Res decisa juramẽto, quia certa habetur, cùm à juramento non recedatur, *§. Item si quis postulante Instit. de act.* non ponit materiam transactionis.

Res dubia ex alia caussa, quàm propter litem, 24 non ponit transactionis materiam, *l. 1. hoc tit.* cùm sit rei dubiæ, propter litem conventio; quæ tamen valebit tamquam pactum. * 25 Super matrimonio ideo non transigitur, quòd ejus quæstio sit decidenda secundum Canones, non etiam secundùm privatorum arbitria, *c. 10. 21. & fin.* *h. hoc tit.* * 26 Beneficia quoque transactionem non admittunt, propter vitium Simoniæ, quod induceret transactio, quæ non est gratuita; cum per transactionem aliquid teneatur, detur, promittatur, remittatur, quod in beneficiis sine vitio Simoniæ nõ cõtingeret.

Q. an rectè transigatur super alimentis? 27 Quod si ex contractu debeantur, super iis transigi posse patet *ex l. cùm hi quib. 8. §. Hæc oratio. in fine h. t.* cùm nihil fiat contra mentẽ contrahentium, qui ut obligationem posuerunt, ita eam pro lubitu resolvũt. Secus est, si ex testamento debeantur, *d. l. 8. in princ. & l. de alimentis, C. eod.* Quod & in pacto procedit, in quo major est prohibitionis ratio, quòd in paciscendo nihil accipiatur, transigendo verò aliquid *l. 1. hoc tit.* * Quæ res patitur limitationes; 28 Primò, nisi caussam suam legatarius faciat apertè meliorem transigendo, *d. l. 8. §. 6 h. t.* ne inventa in compendium operentur dispendium. Secundò, ut procedat, quando agitur de alimentis futuris, non etiam de præteritis, super quibus nihil vitii transactio, cùm alimentorum rationem propriè habere desierint, nemo enim in præteritum est alendus, *d. l. 8. C. h. t.* Tertiò, nisi habeatur à Prætore venia, caussâ cognitâ, ne quid fortè contra testatoris voluntatem adversi patiatur legatarius, interceptis, per transactionem alimentis.

19 Ubi quæri posset, an juramentum transactioni subjunctum idem operetur, quod venia prætoris? Controversam hanc rem, esse patet ex Bartolo, qui *in d. l. cùm hi 8 in princ. h. t.* vult, non tenere juramentum. Movetur, quòd lex ista det formam & procedat prohibitivè. Verùm idem Bart. è contrà tenet, juramentum tale esse servandum, de jure canonico, *in l. si quis pro eo n. 17. inf. de fidejussorib.* ex ratione, quòd transactio ista non sit prohibita ideo quia contra bonos mores est, sed ideo, quia de facili pro modico contingat quem remittere jus futurũ: ut concernat privatorum utilitatem, cui renunciari potest. Quæ ratio melior est & facit posteriorem opinionem multò tutiorem, juxta regulam, quæ vult servari juramentũ, quatenus servari potest sine detrimento animæ jurantis. Jason *in d. l. de alimentis n. 3 cod. h. t.* Sandus *de alimentis. tit. 8. quæst. 56 n. 50.* Covarr *ad c. Quamvis, p. 2. §. 6. n. 12.* Adde Fachin. *3 contr. c. 21.* Menoch. *de Arbitr. 2. casu 170* Everard *cons. 62.*

20 An teneat transactio super cœteris, testamento relictis, eo non viso? Non videtur, *per l. de his 6. h. t. ubi* Bart. Videtur enim ibi requiri ad valorẽ transactionis in isto casu, ut inspiciantur verba testamẽti, ne quid facilè admittatur, contrarium voluntati testatoris. Præterea improba & captiosa videretur ejusmodi transactio, quòd contingat homines, modico incontinenti dato, inspectatò obvententia facilè repudiare. Pro qua sententia est textus *in l. fin. cod. de rebus cred.* ubi is, qui juravit, sibi deberi ex testamento, cùm non deberetur, uti postea visis tabulis apparuit, retinere non potest quod accepit. Facit etiam *l. 3 § 1 h. t.* ubi acceptum ex transactione super fideicommisso, non visis tabulis, si ex iis postea visis appareat, minus esse consecutu, quam relictum, potest fideicommissarius petere reliquũ. Facit præterea *l. non est 12. h. t.* ubi transactio, facta super testamento, non comprehendit codicillos, postea prolatos. Ut Cujacii opinio, *in l. 1. cod. de reb. cred.* non videatur tuta, dũ vult, *d. l. 6.* pertinere ad transactiones, quæ fiunt coram Judice, quòd is non possit exquirere veritatem, nisi visis tabulis; ubi verbum (*transigendi*) vult pertinere ad judicialẽ. Verùm, rectius illud accipatur in proprio suo significatu: quò facit & ratio, ne facilè admittatur quid contra testatoris voluntatem. Sed contra est

l. Lucius

l. Lucius 78, §. fin. inf. ad SC Trebell. R. I. certum esse fideicommissum, & de tabulis testamenti constare, non item etiam constare de rerum quantitate, super qua erat transactum.

21 Quantum ad crimina publica sanguinis pœnam ingerentia, super iis transactionem valere citra pœnam expressum est *in l. transigere 18. cod. h. t.* Ratio est, quòd lex habeat honestam quamcumque viam expediendæ suæ salutis, sanguinísque sui redimendi *l. 1, inf. de bonis eor. qui ante sent.* ubi & hæc conventio est permissa, uti & *in l. fin. inf. de*

22 *prævaric.* * Ut non rectè Franc. Hotomanus, nimis sibi sapiens, lectionem *d. l.* 18. corrigat, & legendum velit, *transigere super crimine non-capitali*, contra omnium textuum fidem hoc modo jus novum & inauditum hactenùs constituens, motus argumentis quibusdam communibus, nihil aut parum urgentibus. Hotom *illustr. q. c. 24.*

23 Nihil obstat, quòd pacta super publica re nullius sint momenti: quia hoc casu potiùs agitur res privata & sua, ne talis accuset, & ex eius accusatione contingat sanguinis effusio: ut hæc transactio tantùm operetur inter transigentes, nec aliis ullatenus viam præcludat, idem delictum persequendi *l. 5, § fin. inf. ad l. Iul. de vi.* Est enim hoc in omnibus pactis perpetuum, ne personas paciscentium egrediantur. Imò & Judici liberum est reum prosequi, sive novum processum inchoando, sive veterem exequendo, ita postulante ratione publicæ vindictæ.

24 Nihil etiam obstat *l. 2. cod. de abolit.* ubi abolitio petita per accusatorem, nihil prodest reo: nam ibi, ut rectè ait Bart. & Cujac. *in comment.* agitur de abolitione, petita per accusatorem, super crimine, non capitali; idque per depectionem: ita enim legenda volunt verba sequentia, quæ continent explicationem huius nominis depectionis, quod designat turpem pactionem sive corruptionem, interveniente pecunia *l. 3. §. 2, inf. de calumniat.* vide Fachin. 1, *contr. c. 89*, Valla *de reb. dub. tract. 17. n. 4.* Mynf. *cent. 4. obs. 79, & cent. 6, obs. 22*, Broneh. *cent. 1, assert. 49*,

25 Illud, hic in primis quæritur, an decisio *d. l. 18*, tantum procedat in capitalibus, quibus est proposita pœna mortis naturalis: Vocabulum *mortis* complectitur quidem, etiam mortem civilem, per servitutem, deportationem: propriè tamen designat mortem naturalem & de ea intelligendum hic esse, patet ex dicta ratione *l. 1, inf. de his, qui ante sent.* ubi fit mentio conservationis sanguinis, qui non effunditur per mortem civilem. Non venit & amputatio membri, per quam, licèt effundatur sanguis, non tamen tam sanguinis conservationi, quàm vitæ redemptioni indultum est beneficium *d. l. 18*, Facit, quòd per sanguinis effusionem frequenter apud bonos auctores amissio vitæ designetur. Conan. *6, com. c. 7*, Donell. *ad d. l. 18, num. 9, & 10, & ibid.* Del Rio *num. 36, & seqq.* Menoch. 1, *Arbitr. q. 86, num. 9. & multis seqq.* * Hinc patet, si agatur caussa famæ, non esse locum decisioni *d. l. 18*, nam, ut fama viro bono, non sit minor vitâ *l. isti 8, §. pen. inf. quod metus caus.* longè tamen major est vitæ amissio quàm famæ. * Non obtinet etiam in perpetuo carcere, quia vita salva manet. Jason. *d. l. 18, num. 4*, quamvis contrà velit Panormit. *ad c. 1, n. 2, x de collus. deteg.* Quod attinet ad pœnam, non à lege, sed arbitrio judicis infligendam, si ex delicti atrocitate veniat inferenda pœna mortis, licita quoque erit transactio; quòd tum obtineat ratio *d. l. 18.*

26

27

28 Alia quæstio est, an, ut jure civili, ita & canonico procedat decisio *d. l. 18*, Negantium opinio fundatur in eo, quòd isto jure, quod est benignitatis atque clementiæ plenum, nulla pœna sanguinis imponatur. Quò spectat, quòd dictum suprà *ad tit. de jurisdict.* frustra quæri, an jure canonico merum imperium demandari possit, quòd penes Ecclesiam non sit gladius; Ita breviter Jason. *ad d. l. 18, num 4. plures allegans.* Faber. *ibid. in fine.* Nec facit *c. 2, x de usuris*, quia ibi agitur de pœna civili, per judicem indicta. Et hoc ita, nisi crimen tale sit, propter quod posset reus tradi brachio sæculari: quo casu, ut habet locum ratio *d. l. 18*, ita etiam videtur habitura locum ista decisio. Quò posset videri facere *c. 2 d. tit. x de collus. deteg. & ibi Glossa*, nisi istud accipiamus de accusatore desistente gratis & ex charitate, in casu scilicet licito, uti videtur secundum *c. 1. d. tit. ubi Glossa.*

29 Magna autem disputatio est, an hæc transactio, ut reo, ita & actori sit impunita: Probabilius est, etiam ex parte accusatoris esse licitam, citra pœnam SC. Turpilliani, cum *d. l. 18*, simpliciter & indistinctè dicat, transactionem super capitalibus, esse licitam. Quod autem fit lege permittente pœnam non meretur *l. 4. C. ad Leg. Iul. de adult.* Deinde est expressum *d. l. 18*, impunè esse rei, qui adversarium corrupit, ut & impunè debeat esse accusatori, ex ratione correlativorum, quæ in altero vult obtinere, quod in uno est dispositivum, ne, si actori, metu SC. Turpilliani, libera transigendi aut paciscendi potestas auferatur, nulla miseris reis redimendi sanguinis spes, aut ratio supersit. Facit, quòd pro regula sit traditum, privilegium eos comprehendere, sine quibus inutile esset ei, cui princi-

paliter est cōcessum, *l. 2, sup. de jurisd.* Facit, & quòd, ut par est delictum prævaricatoris, accusatoris & rei fugientis veritatis inquisitionem; *l. de crimine 10. C. ad L. Iul. de adult.* ita & par utrique sit danda licentia & quod uni conceditur, alteri non venit denegandum. Jason. *ad d. l. 18, num. 1,* Donell. *ibid num. 3. & 5,* Ant. Faber. *8, conject. cap. 20,* Non obstante loca varia, quæ negant, accusatorem desistere posse citra pœnam Turpilliani: nam ea loca sunt accipienda in casu, quo non est licitum desistere, veluti in criminibus, non ingerentibus pœnam sanguinis.

30 Transigere itaque reo est permissum etiam ipsius patri, quòd videatur pater, transigendo pro filio, proprium sanguinem redimere; *l. 4. inf. de inoffic. testam.* Quò facit regula iuris, quæ fictione quâdam, patrem & filium eamdem penè personam statuit, *l. ult in fine. C. de impub. & al. subst.* Et hoc, non tantùm in suo, sed & in emancipato, cum emancipatio non faciat cessare affectum naturalem, qui facit, in liberis magis terreri parentes, *l. 8, in fine, inf quod metus caus. gest. esse dic.*

31 Excipitur à superiori regulâ adulterium, super quo transactio nihil operatur *d. l. 18. & l. 10, C. ad L. Iul. de adult.* ubi dicitur, æquale esse delictum actoris prævaricantis, atque rei veritatis inquisitionē fugientis; qui hoc in casu habetur pro convicto & actor incidit in Turpillianum. Atque ita tantum erat lege Juliâ, quæ adulterio non proposuit pœnam capitalem. Quæ quidem pœna, licet postea facta sit capitalis jure cod. manet tamen prohibita super crimine adulterii transactio: nam, licet ratio legis antiquæ cesset, non tamen cessat dispositio, cùm rationem omittere præstiterit, quàm subvertere legem Deinde, novæ cōstitutiones strictiùs sunt accipiendæ, nec ex iis consequentia, contra jus vetus admittenda, nisi nominatim exprimatur. Nominatim quidem adulterium factum est capitale, cùm olim non esset, quando etiam de adulterio transigi non potuit, *d. l. 10.* quòd, cum nominatim abrogatum non sit, de facto manere dicendum est. Quam rationem veram ponunt exceptionis istius; de cujus tamen veritate dubitatur, ut, mox dicemus.

32 Rationes alias alii adferunt. Sunt, qui in eo vim ponunt, quòd, cùm in accusatione adulterii certæ tantùm personæ admittantur, *l. quamvis 30. C. ad L. Iul. de adult.* timendum esset, ne harum fide expugnatâ, facinus impunitum relinqueretur. Verùm ea ratio, nec certa, nec propria, cùm tempore *d. l. 18,* adulterii accusatio publica fuerit & cuivis de populo competierit: quod mutatum est demum per Constantinum, *d. l. quamvis,* qui secutus Dio-

33 cletianum, cujus est *d. l. 18.* Alii dicunt, ideò exceptum esse adulterium, quòd ejus sit ordinis, ut facilè repetatur, atque ideo, se pretio redimens, non tam de periculo ex accusatione imminente videatur sollicitus, quàm viam munire ad novos complexus adulterinos, ut conventio talis, quâ aliena matrimonia redimuntur, incidat in turpitudinem lenocinii, secundum *l. 2, § Lenocinii, l. is cujus 14. & l. Mariti 29, in pr. & § Plectitur 2. inf. ad L. Iul. de adult.* Quæ ratio communiter probata & probabilior, posito, adulterium fuisse capitale tempore istius *l. 18,* Contra quam nihil facit *l. si maritus 15, § Si negaverit; eod. tit.* ubi maritus, negans se accusaturum, postea non est audiendus.

34 Nam ibi agitur de accusatione, quæ speciali jure, marito competit, ut tali, quam illi remittere potest, servato sibi jure accusandi, jure extranei, quod ipsi competit jure publico, cui non renuntiat, *l. 7, si pacisçar, sup. de pactis.* Præterea agit *d. §. Lenocinii,* de remissione ante litem contestatam: nam postea desistens, incidit in Turpillianum, & amplius agere prohibetur, *l. 2. inf. ad SC. Turpill.*

35 Frustra objicitur *l. 2 C. de abolitionib.* ubi, qui suam, suorúmque injuriam defendunt & qui cognatos in accusationem deducunt possunt petere abolitionem: nam hoc non est trahendum ad propositum adulterium, sed tantùm habet locum in levioribus, ut patet *ex l. 3, cod. eod. tit.* in cujus fine dicitur. judicem, non debere admittere abolitionem in gravioribus, inter quæ est adulterium, ut patet *ex l. Abolitione 16, cod. ad L. Iul. de adult.*

36 Obstare videtur Novella *ut liceat matri & aviæ, & c. 117, §. fin.* ubi amicabili compositione videtur posse remitti adulterium. Ubi quidam respondent, eam non posse videri turpem, quia fiat gratis, ut est ea, quæ fit pretio interveniente. *l. Maritum 29, §. Plectitur; inf ad L. Iul. de adult.* Verum, solutio hujusmodi non videtur tollere difficultatem, eò quod, ubi transigere non licet, ibi nec pacisci liceat, *d. l. 18 & d. l. de crimine 10, cod. de adult.* Dicendum itaque, *d. § fin.* generaliter quidem loqui, respectu eorum, quæ antè dicta sunt: non esse tamen referendum, nisi ad ea, quæ speciali lege antea non erant prohibita, ne inducatur correctio juris veteris, nullâ eius factâ mentione: non erat autem prohibitum pacisci, ante propositum crimen in judicio.

37 Hæc est communis ratio istius exceptionis. Quantum ad veritatem & accommodam adiectionem eius, meritò dubitatur. Nam, cùm exceptio sit à regulâ, oportuit sub regula contineri adulterium & tempore Diocletiani, atque istius legis 18, fuisse capitale: quod non videtur, cum lege Juliâ

non-

non fuerit illi proposita, nisi relegatio, aut, ut aliqui volunt, deportatio. Jure codicis demum invenitur proposita pœna gladii *d. l. quamvis 30, in fine C. ad L. Jul. de adult.* idque per Constantinum, qui est secutus Diocletianum, cujus est *d. l. 18.* Unde est, quòd aliquibus videatur ista exceptio, adjecta esse à Triboniano, uti vult Cujac. *lib. 6. obs. c. 11.* aut potiùs ab aliquo imperito interprete, ut vult Ant. Faber, *l. b 2. conject. c. 2.* maximè, cùm non habeatur in codice Hermogeniano. Nec quicquam in contrarium facit *l. castitatis 9. cod. d. tit.* quæ est Alexandri, qui sexaginta annis præcessit. Diocletianum, in qua fit

38 mentio pœnæ capitalis. * Nam, licèt capitalis pœna propriè capiatur de pœna sanguinis & mortis naturalis, significatur tamen & mortem civilē, quæ infertur per deportationem *l. 2. inf. de pœnis.* Gl. *fin. in l. 1, C. ne Christianum mancip.* Cùm autem in pœnis, semper mitior interpretatio sit sumenda *l. si præses. inf. de pœnis*, in dubio, capitalis pœna, de qua *in d. l. 9*, accipienda erit de morte civili, scilicet deportatione, non etiam de morte naturali, Clarus *5. Sent. §. fin. q. 67.* Mynf. *cent. 2, obs 45.* Quòd habetur *institut. de publ. judic. §. Item L. Iulia*, temeratores alienatum nuptiarum gladio puniri, non est ex ratione legis Iuliæ, sed ex posterioribus legibus adjectum illi loco: ut ista exceptio malè videatur subjuncta *dictæ l. 18.* Est tamen vera ut patet *ex l. de crimine C. ad l. Jul. de adult.* ubi hoc ipsum exprimitur, non ex eo capite, quòd ingerat sanguinis pœnam, sed potius, quòd non ingesserit illo tempore sanguinis pœnam, Cujac. *ad sent. Pauli lib. 5, tit. 23, §. 1.*

39 Stuprum sub exceptione non videtur contineri, utique non violentum, cui non est proposita pœna capitalis *d. §. Item L. Iulia.* Quòd si stuprum veniat capitaliter plectendum, dicendum, sub regula contineri, eâdem ratione, quâ in aliis criminibus, citra exceptionem prædictam, quæ solum ad adulterium spectat, non etiam ad stuprum, quòd etiam antè *d. l. 18*, erat propriè capitale. Quò facit, quòd non eadem sit turpitudo in stupri remissione, quæ est in remissione adulterii, Clarus *d. §. fin q. 58, n. 14.*

40 Quid dicendum de raptu? Non improbabiliter aliqui volunt, super eo non transigi Del-Rio *ad d. l. 18. n. 114.* Nititur primò hæc sententia *l. unicâ, C. de raptu virg.* ubi parentes puniuntur, si dolorem suum remiserint. Secundò, quòd raptus atrocior: sit adulterio *l. 5, §. fin D. de vi publ.* Facit tertiò, quòd etiam conscii & ministri puniantur *d. l. un §. Pœnas.* Magis tamen probabilis videtur contraria, tùm, quia habet sanguinis pœnam propositam, etiam ex L. Julia, *d. § fin* tum, quia lex tantùm excipit adulterium; ut dicendum sit, regulam habere locum, in non exceptis. Non obstat primum argumentum, quia est speciale in parentibus, quòd remittentes dolorem, in ejusmodi casu puniantur, cùm iis sit inhonestum, tam gravem filiæ injuriam sine vindicatione remittere. Facit, quòd etsi non puniantur, non tamen dicatur transactio, vel remissio irrita, ut patet *ex d. §. fin.* ubi post remissionem à patre factam, etiam extraneus, potest reum postulare. Non obstat tertium, nam conscii, ibi non accipiuntur, qui solùm sciunt commissum crimen, sed, qui sunt cooperati scienter: ut patet ex contextu, qui agit, de opem ferentibus. Non obstat secundum: nam, licèt raptus sit atrocior, propter violentiam, non habet tamen eamdem rationem turpitudinis, super eo conventio, atque super adulterio. Et ut non haberet, non procedit tamen argumentum à simili in pœnis, Jason. *ad d. l. 18. n. 139.* Clar. *d. loco n. 18.*

41 Quid in crimine læsæ majestatis? Cujac. *6. obs. c. 11.* super eo transactionem admittit, ex ratione, superius allegatâ, in confirmationem regulæ desumptæ *ex d l 18.* Probabilior tamen est altera pars, scil. transactioni non esse locum: uti ex eo apparet, quòd sola scientia & reticentia, aliquem obnoxium reddat huic crimini, etiamsi nec verbo, nec facto cooperatus fuerit. Neq; sufficit ista consideratio, quòd non reticeatur crimen, jā propositâ in judicio quæstione: nam non est satis, quæstionem esse motam, si quomodolibet deferatur; cùm intersit Reip. non ita deferi, & ferè tale sit crimen, cujus pauci conscii; ita ut impunitum sit mansurum, admissâ super eo transactione, Del Rio *ad d. l. 18. n. 48.* Quò facit quod habetur *l. 7, in fine C. de abolit.* non debere judicem, petitam abolitionem, etiam consensu partis concedere, imò, posse accusatorem, non minùs ad docenda, quæ detulit, quàm reum ad purganda, quæ negat, urgere, in caussa majestatis. Quod idem dicendum in caussâ læsæ maiestatis divinæ.

42 Super patricidio licitè transigi, negant aliqui, propter criminis gravitatem. Nituntur argumento criminis læsæ maiestatis divinæ, super quo diximus transactionem esse illicitam, cùm violatio numinis divini & pietatis parentum, pari vindictâ videatur expiandâ. Nituntur & *l. 6. inf ad L. Pomp. de parric.* ubi etiam conscii dicuntur punienda: verùm, cùm non excipiatur, non video, quómodo in isto crimine non debeat obtinere decisio *d. l 18.* Non obstat, quòd comparetur crimini læsæ maiestatis divinæ: nam, non est tam atrox, neque tantum damni Reipubl. adfert. Nec etiam obstat *d. l. 6*, quia agit de consciis, qui & sunt cooperati, cùm conscii tantùm sine cooperatione, etiam filii, non subeant eamdem pœnam *l. 2, inf. d tit.*

43 Super criminibus publicis, non ingerentibus pœnam sanguinis, transactio non est impunita, cùm transigentes comitetur infamia d. l. 18 Cessante enim sanguinis favore, insurgit zelus justitiæ publicæ, habétque locum lex, quæ corruptorem adversarii habet pro convicto *l. fin. inf. de prævaricat.* & vendentem judicium publicum, prævaricationis pœnâ afficit *l. 2, cod. ad SC. Turpill.* Nam, qui de crimine paciscitur, aliquo dato, vel promisso, crimen fateri intelligitur *l. furti 6. §. Pactúsque, inf. de his qui not. infam. & l. non damnatos 18, C eod.*

44 Ubi quæritur, an excipiatur crimen falsi? Res ista variè disputatur & tota difficultas oritur ex dictione, *citrà*, posita, *in d l. 18*, quam alii accipiunt exceptivè, pro, *præter*, quo modo aliquoties invenitur usurpata, uti *in l. fin. inf. de calumniat.* ut sit sensus: In criminibus publicis non ingerentibus pœnam sanguinis, non transigitur, excepto crimine falsi, super quo transactio licita. Probatur hæc sententia *per l 7, C. ad l Corn de falsis* Rationem adsignant, quia crimen falsi plerumque, ad privatam & pecuniariam caussam spectat. Alii hanc adsignant, quòd falsi pœna, postea cœpit esse arbitraria, ita ut ad mortem pervenire possit *l. 4. & l. ubi falsi cod. d. t* Probabiliter hæc sententia defenditur à Cujacio *lib. 6, obs c 11*, (quamvis eam retractet *lib. 9, obs. c. 39*) Ant. Govean. *1, var. lect. c 30*, Fachin. *1 contr. c. 9*, Borcholt *de trans act. c 3, n. 39*. Del-Rio *ad d. l. 18, h t. n. 149*, Bronch. *cent. 1, misc. ass. 10*, Aliis placet τὸ *citra* pro *sine* accipiendum esse, ut sit sensus: Non transigitur super criminibus prædictis, quin parata sit, adversus transigentem, accusatio falsi, qui revera falsum committit, prævaricatur enim dissimulando, tergiversatur desistendo *l. 1, ad SC. Turpill* Qui sensus magis respondet significationi dictionis *citrà*, quæ frequentius ita in jure accipitur, ut videre est apud Brisson. *in V. citrà*, ratius autem, pro *præter*. Facit pro hac parte, quòd pœna falsi, in se non sit capitalis. Quæ sententia defenditur ab Alciato *ad d. l. 18, n. 711*. Donello *ibid n. 13, & 14*, Wesenb. *hic n. 5*, Nic Valla *de reb. dub. tract. 17, n. 4.*

45 Super privatis criminibus, non solùm ante inchoatum judicium liberè transigitur; cum ejusmodi transactio nullam contineat confessionem, quippe, quæ extrajudicialis, non habet vim sufficientis probationis: quod & in publicis obtinet *l. 5, inf. ad SC Turpill.* verum & post inchoatum, quatenus agitur civiliter; nullius enim ius læditur: non etiam, si agatur criminaliter. Nam pactio, non gratuita induceret confessionem maleficii, quòd non sine caussa quis censeatur dedisse pretium *instit. de pœna temere litig. & l 5, inf. de his, qui not. infam.* Wesenb. Nic. Valla & Fachin. *ubi sup.*

46 Effectus transactionis est, quòd obtineat vim rei judicatæ *l. non minorem 20, cod. h t.* idque propter bonum publicum, ut litium sit finis: quo modo pœnitentia excluditur *l. major 36, & l. quamvis 39, C. eod.* & ne quidem sub prætextu novarum specierum repertarum rescinditur *l. sub prætextu 19, C. eod.* Faciet tamen error, qui intervenit, eam retractari, propter defectum consensus *l. si per errorem 15, sup de jurisd* uti & falsa instrumenta, quæ eam caussârunt *l. penult. h. t* etiam interveniente juramento, quod non debet dolum juvare *c Quamvis, de pact. in 6.*

47 Quæri hic solet, an competat remedium *l. 2, C de rescind vendit* in casu quo est læsio ultra dimidium? Negativam defendit Jason. *in l si quis cum aliter, de V. O.* Alex. *cons. 42, num 11, vel 1*, Fachin. *2, contr. c. 26*, Bronch. *cent 2. ass. 58*, Faber *de errorib. Pragmat dec 8. c 10* hoc fundamento, quod transactio sit adinventa, litium dirimendarum caussâ, quæ semel sopitæ, non debent resuscitari & quòd non possit commodè hic poni læsio, propter incertitudinem *l. de fideicommisso 11. C h t.* Et hanc sententiam praxi receptam esse, testatur Charondas *3, resp. 79.* Viv *lib. 3. decis 429*, Posset tamen videri affirmativa humanior & æquior. Cujus ratio consistit in evitatione damni, ne per illud alter locupletur: cum *d l 2*, habeat locum in omnibus casibus, in quibus læsio considerari potest; hic autem potest, cum eventus litis, æstimationem aliquam habeat, secundùm majorem aut minorem probabilitatem instrumentis demonstratam. Ex quo oritur spes considerabilis, ratione ejus, quod communiter dari solet pro tali actione: cujus remissioni, si pretium est datum, ne quidem pro dimidio respondeat, quidni ponitur læsio emendanda per remedium *d. l. 2.* Videatur ibi Pinellus *p. 1, c 4. n. 15*, Wesenb *hic n 8*, Mynf *cent. 1, obs. 39, & 91.* Rebuff. *ad constit Reg. de rescis. contr. gl. 15, n. 18*, Faber *in cod. tit. si advers. transact. defin. 4, & 5.* Nec obstat, bono publico esse adinventam transactionem; quia non debet eum gravi detrimento privati, bonum publicum foveri Ut autem posterior hæc sententia sit humanior & æquior, in puncto tamen juris, prior videtur verior.

48 Potiò transactio prodest tantùm & nocet transigentibus, ex regula generali, quæ habet, inter alios acta, aliis non præjudicare *l. 3, hoc tit.* ubi inita, inter matrem & hæredem transactio non obest legatariis, quò minus, scriptum hæredem conveniat *& l. 1, C. eod.* ubi, cum duobus fratribus inita, non prodest tertio.

49 Quantum ad actionem, ea, ex transactione aliàs non videtur dari, quam si subjuncta fuerit stipulatio *l. 6, C. h. t.* quia firmitatem suam habet ex jure civili,

visi. Alias hujusmodi conventio, non nisi pactum nudum ponit, nec ejus terminos egreditur *l. sive 28. hoc t.* nisi ab altera parte impleta fuerit, quo casu agetur præscriptis verbis *per d. l. 6.* Si tamen non præstet conventa adversarius, actioni pristinæ, quæ non est sublata, erit locus, quâ actor aut consequetur id, quod ea debetur, aut quod transactione continetur *d. l. 28.* Nihil obstat, quod dictum est suprà *ex l. non minorem 20. cod. hoc tit.* non esse minorem auctoritatem transactioni, quam rei judicatæ, ex qua actio datur: nam, non est necesse, æquiparata per omnia respondere, cùm satis sit, in parte respondeant, ut hic, quantum ad lites sopiendas, si non per actionem, saltèm per exceptionem *l. si major 36. cod. eod.* vid. Fachin. *1. contr. c. 10.*

10 Actionem quoque, non aliàs ipso jure tollit, quàm subjunctâ stipulatione Aquilianâ *l. 4. cod. eod* neque enim excedit terminos conventionis juris gentium. Nihil obstat *d. l. 6. cod. eod* quæ habet, omissâ stipulatione, esse locum utili actioni præscriptis verbis: quia agitur ibi de hæredibus matris, quæ transegerat, cui competebat querela inofficiosi, quæ ad hæredes non transit, saltèm olim, nisi præparata: dici autem præparata nequit, jam remissa. Unde, cùm ex matris parte satisfactum fuerit transactioni, remissâ querelâ, meritò datur hæredibus actio præscriptis verbis, ratione transactionis, per matrem defunctam initæ, ne aliàs hæredibus ejus nulla sit actio, cùm, uti dictum querelam intentare non possint, nisi præparatam. Quin autem ipsa mater, quæ transegerat, querelâ uti potuisset, non est dubium *l. si instituta in princ. inf. de inoffic. testament.* Continet enim transactio pactum, per quod non remitti actionem civilem, est notum & traditum suprà *tit. prox.* Vide Donell. *ad d. l. 6. n. 2.* Non obstat etiam textus *in l. ubi 40. cod. hoc tit.* quia non negat, per stipulationem Aquilianam tolli actionem priorem, sed tantum dicit, in alterius, cui non est servata fides, arbitrio esse, ut postulet transactioni stari, vel pœnâ exactâ agat pristinâ actione. Cujac. *ad l. 15. & 16. hoc tit.* Si transactio hinc inde impleta fuerit & dolo alterius alter sit deceptus, non agetur præscriptis verbis: sublata est enim ejusmodi actio, impletâ utrimque promissorum fide, sed de dolo *l. 4. cod. hoc tit.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 15. de Transactionibus.

AD *n. I.* Transactio quàm variè sumatur? vid. Wes. *hoc tit. n. 2.*

Ad n. XXI. Ad l. 18 C. hoc tit. vid. Arum. *disp. 4. per tot.* & Treutl. *vol. 1. disp. 7. th. 5.* ibique alleg. An paciscens de crimine habeatur pro confesso indistinctè? Negatur, nisi enim Judicium sit cœptum, salvâ existimatione rectè transigit, aliud, si judicium jam cœptum est *l. quoniam 3. cum seqq. de his q. not. infam.* ibique Wes. *in parat. n. 5. & ad tit. de confessis n. 5.* Eleg. Anton. Gabriel. *lib. 7. concl. 23. de malef. per tot.*

Transigens de sua quota, vel communi hæreditate, seu alia re, sine consensu, aut præsentia reliquorum interesse habentium, an pœnitere possit & resilire, si hi transactioni contradicant? affirmat multis Daniel Moller. *lib. 4. semest. cap. 1.* Quod tamen non indistinctè concedit P. Frid. Mindan. *de concess. causs. c. 15. n. 13. & seqq. & c. 19. n. 16.*

Ad n. XLVII. Remedium *l. 2 C. de resc. vend* an & quando locum habeat in transactione? tractat Gabriel. *lib. 3. de empt. vendit. conclus. 1 n. 68.* Pinell. *ad d. l. 2. p. 1. c. 4. n. 12. & seqq. mult.* Wes. *d. t. n. 8.* Gail, *2. obs. 70.* Ruland à Valle *vol. 4. consil. 28.* Ant. Fab. *de error. prag. decis. 8, err. 10,* Fichard, *tom. 2. cons. 3.* Menoch. *consil. 412.* Berlich. *parte 2. concl. 42. & 43.*

Transactio & sententia, quando per nova instrumenta annulletur? vide præter alios ap. Menoch. *de arb. lib. 2. casu 14.* Carpzov. *p. 1. const. 15. def. 1, n. 5.*

HEN-

HENRICI ZOESII I. C.
IN LIBRVM TERTIVM
DIGESTORUM
COMMENTARIVS.

TITVLVS I.
DE POSTVLANDO.

SUMMARIUM.

1. *Advocati & procuratores, unde dicti.*
2. *Advocatorum publicum, procuratorum privatum munus & postulare, quid?*
3. *Postulare quibus olim licuerit.*
4. *Postulare qui prohibeantur.*
5. *Donatarius contra donatorem postulans, indignus est donatione.*
6. *Advocatus sit vir bonus et juris peritus*
7. *Pacisci cum cliente de quota litis non licet.*
8. *Neque enim de quantitate certa, nisi ea moderata fuerit.*
9. *Advocatum proscripti, aut haeretici quatenus quis agere possit.*
10. *Omissum, aut commissum ab Advocato quatenus revocet aut corrigat pars.*
11. *Omissa, quae suppleat judex.*
12. *Advocatus cogi potest suscipere patrocinium.*
13. *Dolis aut alia arte, an & quatenus liceat uti.*
14. *Caussam minus probabilem suscipere, aut deserere, an cogendus.*
15. *Advocato, an variare liceat.*
16. *Advocatus fisci, in alia caussa, contra fiscum postulare potest.*
17. *Advocati, olim in singulis caussis jurabant.*

SI res pacto, aut transactione decidi nequeat, ad Judicē itur, coram quo desiderium suum quisque exponit, vel per se, vel per alios, caussam agentes: sive postulando, unde dicti Advocati, quòd advocentur in caussae patrocinium, sive procurando, unde dicti procuratores, à cura, quā praestant rebus alienis. [1] • Horum privatum est munus & vilius, olim quidem, hodie autem non ita vile; illorum publicum, honorificum, laudabile, publicè utile. [2] Dicuntur enim advocati, nō minùs providere generi humano, quàm si praeliis, ac vulneribus, patriam, parentèsque defenderent *l. Advocati 14. C. de advoc. divers. jud.* Unde & instar militum iis est, quasi castrense peculium, & alia privilegia concessa *C. d. tit.* Postulare est, suum, vel amici desiderium, id est, negotium, in jure apud Judicem exponere, vel alterius desiderio contradicere *l. 1. h. t.*

Postulare possunt quilibet, sufficienter eruditi *l. 1 C. h. t.* [3] Ubi notandum, moris olim fuisse, ut cuivis, studiorū suorum fiduciam habenti, Jurisconsultum se profiteri & postulare licuerit. Postea respondendi de jure facultas, peti coepit. Deniq: Leo Imp non alios consortio Advocatorū sociari permisit, quàm qui ad id, suae eruditionis testimonium accepissent *l. nemini 10. cod h. t.* post certum tempus studii, quod Justinianus praescripsit quinquēnium: imminutum hodie apud nos a sereniss. no-

stris

stris principibus, qui quadriennium præscripserût, nisi alacritas & diligentia faciat quid de tempore remitti Et licèt illud tempus quinquennii, etiam hodie, necessarium foret legibus addiscendis, temporum tamen ratio non patitur illud observari.

4 Prohibetur postulare quedam omnino; quidam pro se tantùm audiuntur, non pro aliis; quidam pro se & conjunctis personis admittuntur. Rejicitur omnino mulier, quia id non fert sexûs verecundia & quia munus est virile, *l. Fœmina, de R. I.* infamis, *l. 1. §. Ait Prator, h. t.* quia est honorificum : minor 17. annis, *d. l. 1, §. 3* quia non habet perfectum judicium, quo opus est in postulando Major 17. annis, cùm possit insigniri titulo Jurisconsulti, quidni, ad postulaudum admittatur? Nam & hâc ætate, Nerva filius dicitur, de jure respondisse, *d. l. 1, §. Initium.* Vide Wesenb. *in Parat. hoc t.* Quidam in certis caussis non audiuntur, ut qui ex testamento aliquid acceperunt, illud impugnantes alio nomine, rejiciuntur, *l. fin. inf. de inoff. testam.* Quidam contra alios ; postulantes non impunè id fecerunt. Sit Clericus contra suam Ecclesiam postulans, suo privandus est beneficio tamquam ingratus, *c. fin.* ꝛ *hoc tit. ubi Gl* Quod idem obtinebit a eo, qui duas habens Ecclesias, uni contra alteram servit. Gl. *d. c fin. per can. denique 14. q 5* nisi superioris jussus excuset, *l. 6, h. t.* aut officii necessitas, *l. 5, §. Advocatum, inf. de his, quib. ut indig.*

5 * Postulantem donatarium contra donatorem quidam volunt privati donatione, *per l. fin. cod. de revoc. donat.* quæ tamen lex hoc non habet : ut verius sit, non aliàs privari donatione, quam si malitiosè postulando grave damnum inflixerit donatori; hæc enim caussa continetur *d. l finali.*

6 Sit ergo Advocatus in Jure peritus, vir bonus, justus, cui displiceat sapientia huius mundi, quæ est, cor machinationibus tegere, sensum verbis velare, quæ vera, & quæ falsa sunt, demonstrare & contrà : quâ sapientiâ nihil perniciosius in Republica. Unde ejusmodi sapientes Cuiac. vocat *togatos vultures* Sapientiam potiùs justorum amplectatur. quæ est, nihil per ostentationem fingere, sensum verbis aptare, falsa devitare. * Unde leges nostræ 7 nolunt, Advocatum inire pactum cum cliente de quota litis, propter improbitatem, quâ uti posset Advocatus : est enim contra bonos mores tale pactum, *l Sumptus 53, sup de pact* Nam, etsi Advocato debeatur salarium, nomine præstitæ operæ & dubius sit litis eventus, tale tamen pactum improbum est judicatum & mali exempli, *l 5, cod h t. l. Litem 15 cod. de procur.* ex eo, quòd contineat redemptionē litium, legibus exosam, *l. 4, §. 1, inf. de alienat jud. mut. caussâ fact.* & quòd caussidicis malitiosè litigandi occasionem præbeat, atq; artibus malis, mendaciisque utendi, ad oppugnandā veritatem, spe uberioris quæstûs: nam, ut cum Satyrico loquar, *Sat. 7, vers 3,*

Tunc immensa cavi, spirant mendacia folles.

Posset & dici, huiusmodi pacta non procedere ex bona voluntate eius, qui patrocinium desiderat, cùm auxilii gratiâ quidvis non promittat patrono caussæ : ut illæ pactiones rectè dicantur continere illicita compendia & deprædationes. Aliud est, si quis, nullo habito respectu ad litis eiusmodi eventum, paciscatur de certa quantitate. Vide Menoch 2, *Arbitr. casu 112*, Cujac 8, *Obs. 31*, Wesenb. *ad l 5 C de pact. n. 23, & seqq* Bröch. *cent. 1, misc. ass. 11.*

8 Quid, si tantùm tem certam pactus sit sibi dari Advocatus? Receptum, nec hoc pactum valere, quòd eadem subsit ratio. Bart. & Castr. *ad l 5, C. hoc t* & facit *l. 1, §. Si cui cautum, inf. de extraord. cognit* Moderatam tamen & honestam, solitamque quantitatem pacisci, patrocinii causâ licet, cùm & palmarii nomine, quis rectè pro singulis caussis paciscatur centum aureos, quod nihil habere videtur improbi, *d. §. Si cui cautum* Et si enim munus hoc liberale sit, non adversatur tamen salarium, *d. l. 1. §. In honorariis.* Gail. 1, *Obs. 44, in princ* Imò & nudo pacto promissum peti potest, *l 7, inf Mandati.* Promissum non statuendum pro meritis & facundia Advocati & litis modo, próque fori consuetudine, *d. §. In honorariis.* Pro paupere salarium de publico potiùs dandum, quàm ut eius caussa indefensa relinquatur Improbatur quoque legibus pactum, quod init Medicus cum ægroto, super aliqua re, *l 3, inf d. tit.* de quo supra *tit. de pactis, n. 21.* Cæterùm, non tantum in ista caussa, sed in universum prohibentur paciscentes à postulando, propter pactum, de quota litis initum cum cliente, *per d. l. 5,* ubi placuit, tales ab hac professione penitùs esse arcendos : ut & Glossa ibi velit, eos ipso jure reddi inhabiles * Advocatum proscripti aut 9 hæretici, in caussa, quæ proscriptionem, aut hæresin non tangit, non incidere in pœnam, auxiliatoribus proscriptorum & hæreticorum propositam, verius est, cùm illam tantùm mercantur ii, qui in crimine communicant, non etiam, qui justam defensionem suscipiunt.

10 Advocatus, nihil ad caussæ defensionem pertinens omittat & si quid omiserit, aut errorem commiserit, licitum est parti in judicio præsenti idipsum revocare, aut corrigere incontinenti, id est triduo proximo. *l fin. cod de errore Advocat* Cuius aliàs silentium erit loco approbationis & nocebit *l. 1, cod. d. tit,* Absenti non potest nocere, quia non po-

test

tesit videri approbasse factum Advocati. Unde *in d. l. 1*, tantùm fit mentio eorum, quæ præsente parte, allegata sunt ab Advocato, quòd illa habeantur quasi ab ipsis dominis prolata, si non corrigantur. Advertendum tamen, etiam absenti, antequam sententia transeat in rem judicatam, quæ non facilè revocatur, errorem, in scribendo libello commissum, revocare licere, *l. 2, cod. d. tit.*

11 Parte neque dicente, neque postulante, judicis est, inter cognoscendum omissa supplere, præcipuè, quæ juris sunt, *l. 1. cod. ut quæ desunt advoc.* ne aliàs parti injustè detrimentum inferatur. Ambigitur autem an iudex ea, quæ facti sunt, suppleat? Posset videri negandum, cùm judicis non sit agere simul Advocatum, *l. 6. C. h. t.* & actore non probante, reus veniat absolvendus. Attamen dicendum, officii iudicis esse, ad commodiorem indagationem veritatis; probationes, quæ non extrinsecus, sed ex ipsa caussa oriuntur, atque apparent, & in re ipsa sitæ sunt, inquirere, *arg. c. 2, de præsumpt. ubi* Abbas. Quo casu, non tam dicendus iudex supplere, quod est prætermissum, quàm caussam ipsam, seu eius, qui hanc in judicium deduxit, obligationem sequi. Est enim Advocati, omittere cavillationes, *d. l. 6. in fine. & l. fin. C. h. t.* Vid. Ant. Vacca *ad l. 6, §. Veritas, col. 2, sup. de offic. Præsidis.* Gudelin. *de jure noviss. lib. 5, c. 9 in fine.*

12 Munus Advocati, dixi, esse publicum: unde patrocinium suscipere cogi quis potest & sine caussa detractans, munere suo privari. Cum fide autem versari in eo debet, uti dictum, ea omnia, quæ caussæ defensionem concernunt, fideliter explicando. 13 * dolis, mendaciis, cavillationibus omissis, *d. l. 6, in fine. & l. fin. C. h. t.* etiam ad justæ caussæ defensionem, *can. ne quis, cum seqq. 22, q. 2.* Arte tamen quâpiam, circa mendacium excludere cavillationes adversarii, non est illicitum, ac malitiam eius, malitiâ quâdam repellere & cornicum, quod ajunt, oculos configere, citra fraudem, quæ in criminis notam transeat, *can. Dominus 23 quæst. 2,* Covarr. *lib. 2, variar. resol. c. 2, n. 1,* 14 * Caussam minùs probabilem, non tenetur ab initio suscipere, aut susceptam deserere, cùm id, quod probabilius apparet, non sit semper verius & contingat sententiam à pluribus aut communiter receptam non esse veriorem, cùm non bene agatur cum rebus humanis, uti Seneca ait *de Vita beata c. 2,* ut meliora pluribus placeant. Probabilem inventam & susceptam deserere non licet, si tamen præstentur honoraria, *c. Properandum 13, §. Illo in fine, de judic.* Quod exceptionem patitur in Advocato fisci, qui non potest deserere caussam fiscalem, propter non solutum salarium, *l. 1. cod. de Advoc. fisci.* Ejus enim est, nihil omittere, quod ad caussam spectat, non tamen aliis movere calumnias, *l. 1, C. eod.*

15 Quæri posset, an liceat Advocato, qui pro una parte consuluit, variare & mutare? Ita videtur, si non subsint sordes & ita exigat veritas: sapientis enim est, mutare consilium in melius. Sicut et judici mutare & revocare, quod prius interloquendo protulit, *l. quod jussit 14, inf. de re judic.* Videatur Jason. *in l. Edicta, n. 8, cod. de edendo.* Verum ad eam mutationem, non est facilè veniendum, quòd res ista, non careat turpitudine. Vid. Decius & Cagnol. *ad l. nemo 75, inf. de R. I.* Peckius *ad c. Mutare 33, n. 7, eod. tit. n. 6.* Peregrinus *de jure fisci, lib. 7, t. 2, n. 11.* Improbum autem omnino est, in eadem caussa, in qua Advocatum egisti, aut pro parte altera consuluisti, agere judicem, etsi non subscripseris, ut dicetur infrà *t. de judiciis.* 16 * Advocatus fisci, qui semel fisci causam defendit, in alia caussa contra fiscum agere non impeditur, *l. 2, C. de advoc. fisci,* non eam in eadem antè ab eo tractata, aut nisi sit fisci Advocatus generalis.

17 Cæterùm ut magis servetur integritas ab Advocatis, olim in singulis caussis jurare tenebantur, quòd caussam, non improbam defendendam suscepissent & susceptam, si in progressu viderent improbam, desererent, *tit. cod. de jurejur. propt. calumn. dand.* Hodie, dum adsumuntur, initio muneris ejusmodi juramentum præstant. Utinam verò modus pristinus jurandi de calumnia in usum revocaretur. Prodesset credo & aliquos saltèm à calumniando revocaret. Quamvis adeò humanum genus hodie lucro est inhians, ut Deum quodammodo contemnere videatur, modò lateat homines.

ADDE

ADDITAMENTA.

Ad lib. III. ff. tit. I. de postulando.

AD *n. IV* Qui pro se, in Judicio agere & postulare possint & quæ in his sit differentia, inter jus civile & camerale? vid. Schvvanm. *in diff. jur. civil. & cam. diff. 5. per tot.*

Advoati confessio client obest, nisi confestim & incontinenti revocetur *l. 1. & 2. C. de error advoc. l. error. C. de jur. & facti ignor.* Excipe Advocatum rustici, qui in disceptationibus, scriptis aliquid confessus est per errorem, quòd illius causæ officiat: Rusticus enim quolibet tempore restituitur. Vid. Chopp. *de priv. rustic. pag. 150*

Ad n. V. Adde Treutl. *vol. 1. disp. 8. th. 2. lit. g. ibique alleg.* Gail. *1. obs. 88. n. 7.* qui indefinitè affirmat, donationem avocari, *&c.*

Ad n. VI. De officio Advocatorum, vid. Schet. *in exam. jurid. pag. 241.* Et quod advocato annitendum sit, more Rhetoris & Oratoris, parti suæ, Judicem, quamdiu potest, in amicum retinere. Schvvanm. *in diff. jur. civil & cam. diff. 8. n. 3. remissivè.*

Ad n. VII & VIII Salarium Advocati, quòd & quale esse debeat, vid. ap. Menoch. *de arb. jud. quæst. lib. 2. casu 313.* Berlich. *parte 1 concl. 9. num. 76.*

An advocatus in propria causa, si adversarius ei in expensis condemnatus est, aliquid honorarii pro opera navata, & tantum, quantum alii advocato solvere debuisset, exigere possit? Videtur quòd sic quia opera in re, æquiparatur impensæ in eam factæ. Coler. *de process. executiv. parte prima c. 2. n. 214. 215.* Contrarium tamen in Imp. camera decisum testatur Gail. *1. obs. 151. n. 16.*

Ad n. XIII XIV. & XV An Causidici, bona conscientiâ, in se recipere possint patrocinium causarum quas malas esse sciunt? vid. Wendelin. *in Ethic. lib. 1. c. 31. de veracitate pag 101.* Et, an Advocatus, qui justam fovet caussam, posset etiam fallacibus & captiosis uti cavillationibus, ad otinendam causæ victoriam? vid. Bronch. *ad l. 65. ff. de R. I & ibi* Decium *num 3.* Treul. *vol. 1. disput. 8. th. 3. lit a* Marsil. *sing. 177.* Mynf. *cent. 3. obs. 6.* Et multas quæstiones, de Advocatis, ad casus conscientiæ pertinentes. Vid. remissivè ap. Besold. *in thes. pract. verb.* Advocaten/rc.

Advocatus, unius partis rationibus instructus, si se ad alteram transferat, non prævaricationis modò, sed & falsi reus est *arg. l. 1 § 6* ubi Godofred. *ad l. Corn. de fals. l. 1 de pravaric. l. 38. §. 8. de pœn* P. Gregor. *49. Syntagm 6. n. 14.* Treutl. *vol. 1. disp. 8. th. 3. lit. a* Besold *in thes. pract. verb* Verrähter/ *pag. 828 adde* P. H. Ord. *art 115.*

An & quando advocatus, subditis contra Magistratum, patrocinium præstare possit? vid. Gail. *1. obs. 88. num. 8.* Carpzov. *jurispr. forens. parte 1. const. 1. def. 21.*

TITULUS II.

De his qui notantur infamiâ.

SUMMARIUM.

1. *Infamia & existimatio quid?*
2. *Infamia alia juris, alia facti.*
3. *Mulier intra annum luctus nubens notatur infamiâ juris.*
4. *Infamia hoc genus sublatum jure canonico.*
5. *Infamia, quibus per sententiam irrogetur.*
6. *Damnatus ex caussa commodati, an fiat infamis.*
7. *Damnati ex caussa mandati, depositi, tutela & pro socio, cur fiant infames.*
8. *Notatur quis infamiâ ob dolum, non ob culpam.*
9. *Hæredes quatenus notentur.*
10. *Sententia debet esse valida & lata in aliquem, suo, non alieno nomine.*
11. *Infamia non irrogatur per sententiam, pœnâ graviori impositâ.*
12. *Dolus in sententia exprimendus.*

13. *An & lata culpa, dolo proxima?*
14. *Solvens ante sententiam, an evitet infamiam.*
15. *Infamat & pactum super delictis.*
16. *Effectus infamiæ, juris & facti.*

1 AB advocandi munere, quod est honorificum, repellit infamia, quæ est imminutio & macula existimationis. Existimatio verò est dignitas illæsæ status, legibus ac moribus comprobatus *l. 5. §. 1. inf. de extraord. cognit.* * Infamia, alia est Facti, pudorem potiùs onerans, quàm ignominiam irrogās 2 *l. ob. hac 20. h. t.* Tali afficitur, quem patet testamento, aut judex verbo ignominioso increpuit *l. ea quæ 13. 17. 19. h. t.* Non etiam, qui in carcerem est conjectus *l. 1. C. eod.* aut fustibus cæsus, si sententia non præcessit *l. nullam 14 C. eod.* quia, non pœna, sed caussa infamiam irrogat *l. ictus 22 h. t.* Non notatur etiam, qui bonis cessit *l. debitores 11. hoc t.* quòd afflicto non sit addenda afflictio, *qua de re inf de cess. bonor.* Alia est juris, quæ per legem alicui infertur, vel per sententiam. Ipso jure per legem infertur, quando hoc ipso, quoquid committeretur, sequitur infamia. Talis est, qui in scenā prodiit, qui operas suas locavit artis ludicræ caussâ, ignominiosè missus, lenocinium exercens, bina sponsalia, aut binas nuptias eodem tempore constitutas habens, de quibus & aliis passim *h. t & eod. eod.* * Ta- 3 liter olim de jure notabatur & mulier, nubens intra annum luctus, nisi partum fuisset enixa antè, aut veniam à principe impetrasset *l. 1. & 10. h. tit.* Tempus hoc annuum redactum fuit, ad decem menses, quod est tempus uteri muliebris *l. 2. C de secund. nupt.* Ratio autem prohibitionis erat, in sanguinis turbatione: unde etiam in casu, quo maritus talis erat, quem more majorum elugere non oportuit, etiam obtinuit prohibitio propter eamdem rationem. * Dico, olim; nam istud infamiæ genus ju- 4 re canonico sublatum est *c. fin. & de secundis nupt.* Quamvis in dubium vocant novi Evangelii sectatores, quibus nihil placet, quod à sede apostolica emanavit. Ratio nulla est reprehensionis, cùm secundum Apostolum mulier mortuo marito ejus lege soluta, nubendi cui velit in Domino habeat facultatem: ut non debeat dici obnoxia infamiæ, quæ est pœna, quam non meretur, qui agit lege permittente. Ineptè isti sectarii verba illa, *tantùm in Domino*, accipiunt de lege civili, scilicet nubat post tempus luctus; cùm ratio Apostoli sit, quòd soluta sit lege mariti, & melius sit nubere, quàm uri; quæ ratio continuò defuncto marito obtinet. Sponsam fuisse etiam intra illud tempus olim non nocuit *d. l. 10. hoc tit.* Viro continuò convolante ad secunda vota non fuit eadem pœna, quia non obtinet in eo eadem ratio. Elugendi etiam sunt patentes; non notantur tamen, qui eos non eluxerunt.

Per sententiam inuritur infamia damnatis calumniæ, prævaricationis in publico judicio, damna- 5 tis etiam in publicis judiciis, imò & privatis, uti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo *instit. de pœna tem. litig. l. 1. in princ hoc. tit.* uti & in quibusdam contractibus, veluti mandati, depositi, tutelæ, pro socio, propterea, quòd in his agatur de fide rupta *d. l. 1. hoc tit.* Et hoc in actionibus directis, quia in contrariis non tam de fide læsa agitur, quàm de calculo *l. 6. in fine hoc tit.* Pro socio autem actio utrimque directa est, & proinde utrimque infamat.

Quæritur, an non etiam in aliis contractibus, quàm enumeratis, præcipuè commodati, damna- 6 tus fiat infamis? Quod videtur velle Ant. Faber *in ration. ad d. l. 6. § Mandati, hoc tit. & 6 conject. c. 17. col. 4.* quòd & in aliis contractibus, præcipuè commodato, agatur de fide rupta. Sed dicendum, idem in istis non statutum, quòd in plerisque non tam sequamur amicitiam alicujus, quam rem & pretium, ut in emptione & similibus. Et licèt vertatur amicitia & beneficium in commodato, non tamen dantis caussâ, sed commodatarii, qui suæ indigentiæ consulit: cùm in istis quatuor contractibus enumeratis, scilicet mandati, depositi, tutelæ, pro socio versetur improbitas & fraus contra amicitiam & beneficium ejus, cujus principale est negotium: qui non potuit sibi cavere à fraude ejus, cum quo contraxit, atque ita in fraudem incidit. * Itaque caussa infamiæ in damnatis ex quatuor istis judiciis est: quia fides data est per speciem a- 7 micitiæ ei, qui alicujus operâ & fide indigens in re aliqua eam expetit, & ab eo susceptam sequitur, ejúsque tamquam amici fidei rem credit & committit. Quod ipsum solùm locum habet in istis contractibus: nam qui mandat vel deponit, indiget mandatarii vel depositarii opera & fide; ille ad suum negotium perficiendum, hic ad rei custodiam. Societatem contrahens, easdem caussas habet ad contrahendum, quòd indigat socii operâ & fide ad rem communem faciendam. In tutela non quidem pupillus se committit tutori, sed Resp. ex eo, quòd gubernatore sit illi opus ad eum tuendum, qui ideo tutori ut amico & viro bono committitur: cujus perfidia propterea detestabilior, quòd per officii caussam & administrationis susceptæ, rebus suis eum spoliet, qui per imbecillitatem ætatis, & imperitiam rerum se defendere non potest. In aliis contractibus, etsi non desit perfi-

perfidia in eo, qui contra illos peccat, non tamen est ejusdem ordinis, cum, uti dictum ante, qui commodat, non ideo commodet, quòd egeat commodatarii operâ, sed quia hunc sua regere videt. Quod distat longè ab istis quatuor contractibus, quos certè temere lex specialiter expressisset, si ad omnes contractus istam decisionem pertinere voluisset secundùm regulam, *in l. cùm Prætor 12, inf. de judic.* quæ habet, quando ex omnibus caussis aliquæ excipiuntur, aliàs caussas non censeri exceptas. Videatur Donell 18, *comment. c. 8.*

8 Perfidia itaque commissa in istis quatuor contractibus facit damnatum fieri infamem *d. l 6, §. fin.* Ut tamen dolus adesse debeat; nam eum passim lex notavit *instit. de susp. tutorib.* Ut ob culpam commissam damnatus non notetur, nisi sit culpa lata, quæ dolo proxima faciet etiam notari. Nec obstat *l in re 21, cod mandati*, quæ habet, in re mandata non solùm pecuniæ, verùm etiam existimationis esse periculum; & postea subjungitur, aliena negotia exacto officio suscipi, nec quidquam in eorum administratione neglectum culpa vacuum esse: quia non vult indicare textus iste, etiam ob quamlibet culpam quem notari; sed sensus ejus est; In re mandata nihil culpa vacuum, id eo rem mandatam non licet impunè negligere. Pœna autem non quævis ei culpæ proposita, sed ea tantùm, quam leges mandant, præscribunt. Præscribunt autem ob culpam damnum datum eum qui neglexerit, præstare debere; non etiam ut præter pecuniæ damnum omnis culpæ nomine fiat infamis, sed solum ob dolum, aut culpam ei proximam, ut inferius videbimus.

9 Ab hac pœna non est immunis hæres, si contingat eum in mandato aut deposito malè versari, atque ita suo nomine damnari. Quod contingere potest, cùm hi contractus ad hæredes transeant *l. inter caussas 26, inf. mandati, l. 1 eod. depositi*, non etiam tutela, non societas, ut habet *l. 6, §. penult. hoc tit.*

10 Fit itaque infamis damnatus per sententiam, sive caussâ criminis, sive ratione istorum quatuor contractuum, ex ratione jam dicta. Ubi primò, oportet sententia sit valida, non suspensa per appellationem, quæ faceret eam non transire in rem judicatam, imò potiùs provocationis remedio extingueret condemnationis pronuntiationem *l. 1, in fine inf. ad SC. Turpill.* Atque ita si postea appellatio pronuntietur, injusta, aut deseratur, ab eo tantùm tempore, non etiam retro notatur reus *d. l. 6, §. 4* quia pœnæ sunt mitigandæ. Deinde oportet sententia sit lata in aliquem suo. non alieno nomine *d. l. 6, §. 1, & l. 1 h t* ne crimen unius alteri obsit. Unde, cautela datur ei, qui convenitur furti, mandati aut simili actione, per procuratorem agat, aut defendat. Neque enim procurator aut defensor damnatus fiet infamis, quia non damnatur suo nomine, cùm non deliquerit: non etiam dominus, quia non est damnatus. Quod & procedit interdum, etiamsi quis ex proprio delicto damnetur, non tamen suo nomine: ut contingit in servo, cujus nomine noxale judicium suscepit dominus: qui postea liber & hæres à domino institutus, ex eodem judicio damnatus, dicitur non famosus, propterea, quòd non damnetur suo nomine, quia cum eo lis contestata non fuerit *l. servus 14. h. t.*

11 Fit tamen interdum, ut per sententiam infamia non irrogetur, si verbi gratia per eam pœna gravior ultra legem imposita fuerit *l. quid ergo 13, §. Pœna h. t.* quòd per graviorem pœnam videatur transactum super existimatione *l. 4. C. eod.* Nec obstat, quod sententia contra leges lata non teneat *l. 1, §. Item inf. quæ sent. sine appellat. non recip.* nam hoc verum est, quando specialiter & nominatim contra leges est lata, ut suis locis declarabitur. Quod non fit, pœna graviore ultra legem indicta, cui erit suavis, si reus ab ea non appellaverit *l. cùm prolatis 32, inf. de re jud.* Et hoc, si pœna gravior, relegationis videlicet aut corporalis, sit irrogata. Nam si graviore quidem pecuniaria reus mulctatus fuerit, veluti si furti nec manifesti reus damnetur in quadruplum, non erit ei salva existimatio *d. §. Pœna*, eo quod talis pœna non censeatur gravior, in ordine, ut satisfiat Reipubl. Nam pœna pecuniaria longè est minor existimationis imminutione *l. isti 8, §. pen. inf. quod metus caussa*, &c.

12 Tertiò ad hoc, ut infamia per sententiam irrogetur, exprimi in sententia debet, quòd ob dolum quis sit damnatus ex prædictis contractibus: nam ejus omissio faciet reo integram esse existimationem suam *l 4, §. 1, & 2, inf. de susp. tut.* Interpretamur enim odiosa in benigniorem partem. Quod tamen posset videri exceptionem pati in deposito, quòd depositi communiter non agatur nisi ob dolum *l. contractus 23, inf. de R. I.*

13 Quæri hîc posset, an ad infamiam expressio latæ culpæ non sufficiat? Non pauci volunt non nisi ob dolum notari *instit. de susp. tutorib. §. Suspectus*, ubi dicitur, tutorem suspectum ob culpam remotum non fieri famosum; quasi nomen culpa ibi positum generaliter de quavis culpæ specie sit intelligendum; & quia nostrûm non sit distinguere, lege non distinguente, præcipuè pœnali, quæ in du-

bio potiùs est mitiganda. Sed, his non obstantibus, probabilius est, propter latam culpam, sententiâ expressam, damnatum notari infamiâ. * Quò facit, quòd culpa lata dicatur dolus *l. magna 226. inf. de V. S.* Facit eodem, quòd in actionem depositi dicatur tantùm venire dolus *l. 1. §. fin inf. deposit* & tamen latâ culpa admissum facit, fidem non salvam *l. quod Nerva 32. eod.* Facit *& l. 8 §. Eum qui inf. de precario*, ubi JC ait solum dolum venire, non etiam culpam; subjungit tamen etiam latam culpam dolo contineri, eique comparari, ut habet *l. 1. §. pen ult. inf. si mensor. falsum mod. dix* Eodemque modo puniri, saltem in contractibus, non etiam in delictis. Non obstat *d. §. Suspectus autem*: nam ibi verbum, *culpa*, accipiendum est de levi, uti passim capitur, quando solum ponitur, ut rectè tradit Donellus *16 comment. cap. 7.*

15 Alia est quæstio, an solvens ante sententiam, censeatur confiteri & notetur infamiâ? Solutum ante litem contestatam, neutiquam infamat, quòd sit extrajudiciale, atque ita non habeat vim plenæ confessionis. Aliud videtur in solutione facta, post litem contestatam *per l si reus inf. tit. prox. de procur.* cujus distinctio alias non esset proba. Et facit, quòd illa res pactum tacitum contineat. Receptum tamen praxi, ne quidem hanc infamare, ut tradit Wesenbecius *hoc tit. n. 9.* & Gail. *2. obs. c. 109*

17 Postremò etiam pactum, super delictis privatis infamat, quia paciscens confiteri videtur *l. 5. hoc t.* nisi gratuitum fuerit, quia tale pactum, non potest videri, habere adjunctam confessionem, cum contineat liberalem remissionem, quæ cuilibet est permissa; non etiam non gratuita, quia pretium nemo censetur dare temere. Super contractibus prædictis, non est tamen turpis pactio *l. hoc tit.* Excusat etiam in delictis pactio jussu prætoris *d. l. 6. § Pactus.*

17 Effectus infamiæ juris est, quòd ab omnibus dignitatibus, etiam acquisitis, munere testificandi, postulandi, judicandi repellat reum, non tantùm durante ejus caussa, verùm & cessante; nec tantùm in loco, ubi est contracta, verùm & alibi, cùm infamia ossibus adhæreat *c. infamibus, de R. I. in 6 ubi* Peckius. Infamia facti à dignitatibus acquirendis repellit *l. 2. C. de dignit lib. 12.* Fratri, hac affecto denegatur querela inofficiosi, contra testamentum fratris, in quo, vocata turpi personâ, est præteritus, qua de re dicetur infrà *tit. de inoff. testâ.* Testimonii fidem elevat & facit, non esse omni exceptione majorem *l testium 3. inf. de testib* non autem plane ab eo repellit, cùm nullibi hoc sit cautum *arg. l. 2. §. 1. eod. tit.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. II. de his, qui notantur infamiâ.

AD n II Donell. 18. *comm* 6. putat, unicam tantùm esse speciem infamiæ, scilicet Juris, non facti: Contra quem tamen stat communis interpretum sententia, quæ fundata est *in l. 2 ff. de obseq parent & patron. præst l. 13 C. ex quibus caussis major. l. 20. ff. eod,* Unde & Testimonii dictio, infamia facti notato, non æquè, ac integræ frontis homini conceditur *l. 3. ff. de testib.* Item, hoc instituto, fratribus querela inofficiosi competit *l. 27 C. de inoff. testam.*

An dispositio Juris civilis, qua mulieri, intra annum luctus nubenti, irrogatur infamia, sit contraria dicto Apostoli *1. Cor. 7. vers. 39.* Non puto: Ratio enim *l. 1. & l. 11. §. 1 h t* honestati & bonis moribus consona est, ne videlicet esset dubium & incertum prolis genus: quam rationem Paulus non præsumitur ignorasse, cum ad Rom. 13. dicat: Peccat is, qui non obtemperat magistratui politico & per consequēs bonis & honestis LL. Cum autem, sec. Sichard. Canonistarum sententia, hodie propter communem errorem, in practica obtineat quæritur, an permissio hæc canonica, liberet ab omni pœna legali? Circa quam quæstionem bene distinguit Gail. 2. *obs 98. n. 8.* Pœnas juris civilis in odium secundi matrimonii simpliciter appositas tolli, qualis est infamia: non etiā appositas in favorē filiorum, ex primo matrimonio &c. quam communem distinctionem, a toto mundo servari, ait M. Anton. Peregrin. *lib. 3. de jure fisci, t. 11. n. 3 vers. gl. autem, ubi etiam Auth. copiosè allegat.* Videatur Beza *tract. de divort. vers. Quod sdē illo fol. 225.* Gabriel *de secund. nupt. l. 3 concl. 4. 6. 7. & 8.* Donell *13. comm 19 fol. 200.* Forst. *de success. lib. 7 c. 10.*

Alch.

Alth. Dicaeol. lib. 1, c. 142, n. 24. & seqq Joseph. Ludov. comm. concl. 33. Et plures alii, ab allegatis allegati.

Si mulier, statim post obitum mariti, nubit alteri & mense nono, à morte primi mariti parit, in dubio partus, secundi mariti proles esse praesumitur. Vid Treutl. vol. 1 disp. 2. th. 5, lit. f. & ibi alleg.

Spurii, sive naturales, an & quatenus habeantur pro infamibus vel turpibus personis, ita ut iis instituentis, fratribus, querela inofficiosi testamenti competat? tractat Hartm. Pist. lib. 1 q. 30, per tot. Anton. Thessaur. decis. Pedem. 126, Farinac. lib. 1 decis. 6, Bronch. cent. 1. ass. 22. Treutl. vol. 1, disp. 13, th. 4, lit. b. & vol. 2, disp. 16. th. 3, lit. e ibique latè Bacc.

Ad n. XIV. Imò & in delictis, lata culpa dolo continetur, si agitur ad poenam pecuniariam, per alleg à Treutl. vol. 1. disp. 26, th. 2, lit. a.

TITULUS III.

De Procuratoribus.

SUMMARIUM.

1, *Procuratoris officium non ita vile.*
2, *Procurator quis & quotuplex.*
3 *Non admittitur in criminalibus.*
4, *Exceptis Illustribus personis.*
5, *Exceptis item caussis criminalibus capitalibus, post litem contestatam.*
6, *Lite non contestatâ reo, absentia sua non proderit: secus de praxi.*
7, *Procurator, alius in rem alienam, alius in rem suam.*
8, *Procuratorem qui constituant.*
9, *Constituit & excommunicatus.*
10, *Procurator, quis constitui possit.*
11, *Minor 25. annis, an rectè detur.*
12, *Mandatum procuratoris.*
13, *Conjunctae personae quae dicantur.*
14, *Procurator actoris & rei, quatenus satisdent.*
15 *Mandatum ex diuturnitate temporis, an praesumatur.*
16, *Satisdatio ante litem contestatam praestanda.*
17, *Actus falsi procuratoris, an ratificari possit post sententiam.*
18, *Effectus mandati procuratoris.*
19, *Revocatio mandati.*
20, *Fit ea expressè & tacitè.*
21, *Item finitur morte mandantis.*
22, *Procuratoris negligentia, an dolus noceat domino.*
23, *Sententia fertur in personam procuratoris.*
24, *Iure canonico in personam domini.*
25, *Procurator, an teneatur appellare.*

1 Advocati, personam litigantis suscipiunt, quatenus jure nititur, ejus caussam explicantes. Procuratores circa factum versantur, in procuranda lite aliena, ac privatum his & vilius est munus, cui infamia non obstat §. ult. instit. de except. Quamvis hodie aliter obtineat, cùm & industria in procuratoribus requiratur & bona fama & juramentum ab iis quoque exigatur super fidelitate & denique in locis quibusdam simul & Advocati & procuratoris fungantur munere. Bronch cent 1, misc. assert. 23, Gail. 1, obs 43. 2 Procurator est, qui aliena negotia mandato domini administrat l. 1, h. t. Quae definitio est generalis, eos etiam continens, qui extra judicium res alienas procurant. Alius enim est, ad negotia, vel omnia, vel certa, extra judicium: alius ad lites, de quo hîc praecipuè, cui alienae rei actio, vel defensio in judicio est mandata. Quod olim non nisi certis in caussis permissum fuisse, patet ex tit. instit. de his per quos agere poss. Postea in omnibus civilibus eum admittere, varia coegerunt negotiorum impedimenta.

3 Quid in criminalibus? Non admitti pro absente, sive accusando sive defendendo, est receptum; cùm judicio se sistere debeat & actor & praecipuè reus l. penult. inf de publ. jud. ut cum testibus componatur, & ex voce ejus, vultu, habitudine, constantia vel inconstantia, veritas eruatur. Possunt tamen absentiae caussae per procuratorem allegari; ut, si justae videantur, differatur judicium d. l. penult. 4 Excipiuntur illustres, & qui supra eos sunt, qui judicium criminale possunt suscipere per procuratorem, quod datur, est eorum dignitati. Necesse tamen est, in crimen subscribant, & condemnatio in eorum personam feratur l. fin cod de judic. 5 Excipiuntur & crimina capitalia, si post litem contestatam reus ex perit abesse l. servum 33, § Publicè h. tit. ubi in capitalibus procurator admittitur, qua-

quatenus reus damnari potest: non potest autem damnari nisi post litem contestatam, & absens, antè enim non est reus, *l. inter, inf. de publ. judic.* De istis expressè agit textus *in l. 3. cod. de accusat.* de non capitalibus negat textus *in l. Miles 21, §. Ea, qua, inf. ad L. Iul. de adult.* ubi mulier inter reos adulterii recepta non potest defendi absens. Erat autem eo jure adulterium non capitale. Ratio differentiæ posita est in caussa commiserationis, quæ subest capitalibus: quo modo & in iis auditur quivis appellans, etiam pro[illegible], *l. non solum, inf. de appellat.* Ex eadem caussa & in iis transactio admissa, ut dictum supra Latè Menoch. 1. *Arbitr. quæst. 80.* Fach. 1, *contr. c. 25, & 26,* Bronch. *cent. 1, assert. 50,* Gomez. 3, *Var. c. 1. n. 12.*

6 An ergo reo, lite non contestatâ, absentia sua profutura? Minimè; cùm citatus, si non comparuerunt, annotetur requirendus, *l. 1. inf. de requir. reis*, & bona ejus obsignentur: quæ intra annum comparenti, & se purganti, restituuntur; aliàs in fiscum coguntur, *l. fin. d. tit.* Cujac. 2, *Obs. c. 21.* De praxi absentes etiam non contestatâ lite condemnantur, & fit executio, quatenus potest, in picturа. Clar. 5. *Sent. §. fin. qu. 45.*

7 * Est & procurator alius in rem alienam, id est, alterius utilitatem, alius in rem suam, id est propriam utilitatem, *l. si quis 34, hoc tit.* Alius item Actoris, alius Rei.

8 Procuratorem constituit dominus habilis, etiam absens, vel per epistolam, aut per nuntium *d. l. 1.* Non pupillus, prodigus, minor, nisi adsit curatoris auctoritas, *l. neque tutores 11, C. h. t.* Si tamen à minore datus procurator sententiam pro minore obtinuerit, ea tenebit, *l. nonne 14, C. eod.* Nam, quòd procuratorem non det minor, est, ne decipiatur: isto autem in casu nulla subest deceptio, nec aliquod vitium substantiale ex parte dati procuratoris sine curatore. Filiusfamilias non aliàs dat procuratorem, quàm quatenus ipse experiri potest, *l. 8. h. t.*

9 * Excommunicati non dant procuratorem ad agendum, cùm ab actione repellantur, ne quis cogatur cum iis communicare in animæ suæ detrimentum, *c. fin. h. t.* Ad defendendum rectè dant procuratorem: defensio enim cùm sit naturalis, iis non denegatur. Syndicus universitatis, tutor, curator, cum non sint domini, nisi lite contestatâ, antè non dant procuratorem, *d. l. neque.* Sicut & procuratores tum demum fiunt loco domini, & proinde tunc procuratorem substituunt. Uti & in casu, quo in rem suam sunt dati vel speciale mandatum habent, *c. 1. §. 1. in eod. 6.* Substitutus tamen a procuratore post contestationem neutiquam domini loco habendus, cùm non sit contestatus litem, atque ita non contraxerit, Gl. & Bart. *ad l. nihil 20. C. h. t.* Quæ dum dicit, utrum ab initio, an cœptâ jam lite negotium ad personam procuratoris transitum fecerit, nihil interesse, non vult etiam post substitutum fieri dominum, sed tantùm non interesse, quantùm ad cautionem de rato.

10 Constituitur verò procurator quilibet habilis nec impeditus, non tantùm paterfamilias, sed & filius, etiam patre inscio, *l. tam ex contractib. 57, de judic.* Invitus nemo constituitur, *l. Invitus 17. C. h. t.* quia est officium privatum, ad quod nemo cogitur. Quidam etiam volentes rejiciuntur, uti miles, mulier, potentiores, *tit. C. ne liceat potentiorib.* ne eorum facto infirmiores opprimantur. Mutus, surdus ad negotia dari procuratores, possunt, non etiam ad litem persequendam, *l. Mutus 43, hoc t.* Servus rejicitur, quia non habet legitimam personam standi in judicio. Reus item criminis ante purgatam innocentiam *l. reum 6, C. h. t.* ac redemptores litium, *l. Litem 15, C. eod.*

11 Dubitatur, an major 17. annis, minor 25, possit dari procurator ad lites? Certum est, de jure canonico dari non posse, *per c. fin. de procurat. in 6,* atque idem iure civili obtinere voluerunt veteres. Neoterici autem majorem 17, annis admittunt *per §. Eadem lege, Instit. quib. ex causa manumit. non licet*; ubi caussa manumittendi servi, decem & septem annis majoris, gratiâ procuratoris habendi dicitur justa: quod non videtur posse intelligi de eo, qui est ad negotia, cùm & minor 17. annis & servus negotiis præficiatur *l. 7, §. 1. inf. de instit. act. l. 3. §. fin. inf. de minorib. l. exigendi 12, eod hoc tit.* ubi filius minor dicitur per judicem posse depelli à procuratoris officio. Ut non videatur judicandus ipso jure inidoneus: quod & tenet Vinc. de Franch. *decis. 404.* & Ant. Faber *in cod. suo h. t. defin. 30.* Facit, quòd Advocatus anno 17, expleto admittatur ad postulandum. Cujac. *ad d. §. Eadem lege.* Quod autem ista *l. 21, C. h. t.* non repellatur filius, est, quòd æquius sit, ejusmodi defensorem audire, quàm absentem patrem tamquam contumacem & indefensum, gravi condemnatione afficere. Nec obstat ratio, quæ veteres movit, scilicet minori non esse legitimam personam standi in judiciis, quòdque illa possent fieri elusoria per restitutionem minoris, hoc enim verum est, quando minor suo jure comparet in judicio, non etiam quando alienis rebus præfectus: imputet enim sibi præficiens, quòd dando minori caussæ defensionem fit læsus. Vid. Cujac. *ad tit. de divers. præscript. c. 29, & lib. 22, obs. c. 16,* Donell. 18, *com. c. 3,* Jul. Pac. *cent. 1, quæst. 11.* Bronch. *cent. 1, ass. 49.*

Aa

Ad Procuratoris, rectè constituti formā, requiritur mandatum, *ex.* ẍ *h. t.* de quo constare debet, 12 nam alias, pro non dato haberetur. Excipiuntur consortes ejusdem litis, *l. 2. C. de consort. ejusd. litis* & conjunctæ personæ, inter quas procurator, sine mandato est idoneus. Facit enim sanguinis conjunctio videri mandatum, nisi de contraria voluntate constet, *l. sed & hæ 35. h. t.* Et quia tantùm præsumptum est mandatū, cessat illud, si aliter de voluntate constet. Est autem isto casu opus satisdatione, *d. l. 12.* sive judicatum solvi, quando quis defensoris partes agit, sive de rato, quando quis agit partes actoris, *d. l. 12. ubi Gl.* * Conjunctæ per-13 sonæ nomen, hic in infinitum tendit, in linea recta, *d. l. 35.* ubi ponuntur parentes & liberi indeterminatè. In transversali, etsi non ratò quartum gradum excedat, hic tamen tantùm fit mentio fratrū & affinium, qui parentum, filiorumve locum obtinent. Ut minus sint audiendi, qui etiam amicos nomine conjunctæ personæ, hac in materia venire volunt, Innoc. *ad c. Nonnulli,* ẍ *de rescript.* Inter conjunctas personas habetur & maritus, caussam litemque uxoris suæ prosequens, modò caveat de rato, *l. 2. & l. Maritus 21. cod. h. t.* Gail. *1. obs. 133.* Bronch. *cent. 1. misc. assert. 27.*

Procurator rei, etsi sine mandato admittatur, sa-14 tisdare tamen compellitur, judicatum solvi: cùm nemo idoneus defensor rei alienæ intelligatur, sine ista satisdatione, *§. Sed hæc, Instit. de satisdationib. & l. 110 §. Nemo, de R. I.* Ad quam tamen non compelletur procurator, si reus ipse, in judicio præsens, personam sui procuratoris confirmaverit & caverit de judicato, aut etiam extra judicium id præstiterit: simul & quod tempore recitandæ sententiæ comparabit in judicio, aut quòd aliàs, vel ipse, vel fidejussor omnia dabit, quæ condemnatione continebuntur, si provocatum non fuerit. Actoris procurator, etsi doceat de mandato, oneratur tamen satisdatione de rato, *l. 1. cod. hoc tit.* nisi de eo ita manifestè constet, ut nullus sit dubitandi locus, veluti si actis fuerit insinuatum, aut ipse actor præsens in judicio, procuratoris sui personam confirmaverit *d. §. Sed hæc, ubi vide DD.* Donell. *8 com. c. 13.* Bronch. *cent. 1. misc. ass. 26.* * Non vide-15 tur autem præsumi mandatū ex diuturnitate temporis, si de eo non fiat mentiò in sententia, aut instrumento, aut alia concurrant adminicula, ut rectè tradit Cravetta *de antiquit. temp. p. 2. n. 58.* Peckius *ad c. Ratihabitionem, n. 1. de R. I. in 6.* Menoch. *2. Præsumpt. c. 33 n. 7.*

Cæterum omissa satisdatio in principio, non vi-16 detur postea rectè exigi, *per l. Pomponius 40. § Ratihabitionis, hoc tit.* quòd procuratoriæ exceptiones sint de numero dilatoriarum, quibus, ante litē contestatam non oppositis, videtur renunciatum. Non obstat *l. 2. C. de consort. ejusd. litis.* ubi post litem ordinatam satisdatio præstari potest: nam aliud est, litem ordinatam esse, quod spectat ad præparatoria contestationis, aliud, litem esse contestatā. Non obstat etiam textus *in l. licet 24. C. h. t.* quia agit de falso procuratore, quem removeri, quolibet stantis litis momento interest, ne sententia fiat elusoria; cùm inter alios acta non præjudicent aliis & acta per falsum procuratorem, ipso jure sint nulla. *l. 1. §. pen. inf. quod falso tut. auct. gestum esse dicetur.*

Ubi quæri posset, an actus falsi procuratoris ra-17 tificari possit post sententiam? Ita judicatum esse per Cameram imperialē tradit And. Gail. *1 obs. cap. 47. per l. licet 56 inf. de judic.* ex ratione, quòd pars adversa sibi imputare debeat, quòd non diligētius examinaverit mandatum & exceptionem falsi procuratoris, tempore non opposuerit & tradit, eam esse cōmunem. Vantius *de nullit. cap. Quib. mod. sent. nullitas defendi poss. n. 101. & seqq.* Verius tamen videtur contrarium; non tantum ex eo, quòd sententia sit nulla, ut patet *ex l. 1. §. pen. inf. quod falso tutore, &c.* sed præcipuè, quòd reo ius sit quæsitum ex ista nullitate, quod per ratificationem actoris ipsi auferri iniurium foret: per quam, ex non condemnato, fieret condemnatus & sic contingeret per privatum hominem iura publica mutari; contra omnem iuris ordinem, quo publica privatis præstāt & iis non mutantur. Nec potest poni vis in silentio rei, quia nullitas ei non præiudicat, cùm semper proponi possit eius exceptio. Non rectè etiam dicetur, quòd, cùm mandatum actoris solum faciat nullitatem, illud suppleri possit per consensum supervenientem: nam, ut re integrā suppleri possit, sive expressè, sive tacitè, non tamen & re non integrâ, uti hoc in casu. Nil obstat *d. l. licet 56. inf. de iudic.* nam illa rectè accipitur in casu quo agitur præiudicium actoris, qui iuri suo renunciando, potest per falsum procuratorem acta approbare, non etiam in præiudicium rei, contra quem sententia est lata. Quatenus verò falsus procurator teneatur actori vel reo, latiùs videre licet apud Mynsi. *cent. 1. obs. 75. & cent. 5. obs. 49.* Gail *1. obs. 47.* Everard. *cons. 222. & 24.* Fachin. *lib. 8. contr. c. 61*

Effectus mandati procuratorii est, quòd procu-18 ratoris factū domino prosit & noceat, *l. si procurator 10. cod. h. t.* quòd ab eo gestum, quasi a domino gestum habeatur, quatenus mandati fines non excessit. Quo modo ex generali mandato ea tractans, quæ speciale desiderant, veluti deferre iuramentū, trans-

transigere, donare, domino, non præjudicat, nec potest petere, ea rata haberi, *c. 4. eod. in 6* uti nec, si habens commissam actionem, præsumat exigere, *d. l. si procurator, C h. t.* aut si extra mandati caussam confiteatur, dominum esse hæredem, qui revera talis non est, *l. 9. §. Celsus, inf. de interrog. in jure faciend.*

19 Finit & cessate mandatum revocatio, etiam juratum, cum clausula, de non revocando, nec de hoc est controversia, secundum Gl. *in c. fin. eod in 6* An & revocatio ista, sine caussa procedet? Omnino ante litem contestatam, *c. 2 eod. in 6 & l. 3 C Mandati*, ubi dicitur, etiam ante litem contestatã non alias, removeri defensorem per dominum, nisi caussâ cognitâ. Nam ibi, vel verba ista, *caussâ cognitâ*, abundant, quia caussæ cognitio, non antè est adhibenda, quam lite contestatâ, quòd tum demum res non sit integra; vel recipienda sunt pro cognito eo, litem, nondum esse contestatam. Cujac. *22 obs. c 10.* Post litem contestatam caussæ cognitio est præmittenda, *d. c. 2. & l. post litem 17. hoc tit* Ratio est, quia, cum res non sit integra propter contestationem, per quam procurator est factus dominus litis, ejus interest, ut non mutet sine caussa, eò quòd ejusmodi mutatio pudorem ejus oneret Non obstat textus *in c. penult. eod. in 6.* ubi potest removeri procurator, etiam, post litem contestatam, nullâ factâ mentione caussæ cognitionis Verum dicendum, agi ibi de domino, cui non contradicitur: nam aliud est, si contradicatur

20 & opponatur litis adsumptio. Gl. *ibid.* * Revocatio hæc, non tantùm contingit verbis expressis, verù & tacitè, si dominus ipse, postea ad caussam veniat, eamdem tractans: nam procuratorem revocare videtur, si aliud non pateat. *c. pen. eod. in 6.* Ut autem operetur revocatio, debet intimari parti, aut judici, alias sine effectu erit & acta per procuratorem

21 rata erunt. Gl. *in d. c 2 c. 3. & fin. ¤ h t.* * Cessat etiam mandatum, si re integrâ interveniat mors mandantis, quæ facit mandatum postea perfici frustra, quia cessat voluntas Si tamen procurator scíverit mortem; nam ejus ignorantia faciet, mandatum videri rectè peractum, *d. c. 3. & 4.* qua de re *inf. tit. Mandati.*

22 Quæritur hic, an dolus, aut negligentia procuratoris obsit domino? Quod videtur dicendum, *per d. l. 10. C. h t* ubi de eo, quod dolo, aut fraude est commissum à procuratore, conveniendus is dicitur, more judiciorum Ratio est, quia imputare sibi debet dominus, quòd non providerit sibi de fideli procuratore, *l cum mandato 23. in fine, inf. de minorib.* Adeò ut adversus acta per talem procuratorem in integrum restitutionem non impetret, propterea, quòd ordinario remedio illi sit provisum, actione scilicet mandati, ad damna & interesse ut rectè tradit And. Gail. *1. Obs. c. 45.* Si tamen procurator solvendo non fuerit, ut frustra cum eo agatur, actio restituitur in adversarium, *l & eleganter. 7. §. pen inf. de dolo, l. si procuratorem 8. §. 1. inf. Mandati*, ne alieno damno lucretur Vide Panorm *ad c. 1. n. 16. ¤ ut lite non contestatâ*, &c.

23 Cæterùm fertur sententia in personam procuratoris, qui factus est litis dominus per contestationem, *l 1. C. de sent & interloc. omn jud* Neque enim ferenda est sententia, nisi in eum, qui judicio adfuit Et hoc jure civili. Secundum Canones volunt, ipsum dominum esse damnandum. Gl. *in c. Licet. ¤ de probat. per c. Scifcitata. ¤ de restitut. in integ.* Panorm. *ad c. Querelam 14 n 10. ¤ de elect.*

24 * Qui ibidem tradit, esse caussas, in quibus non potest ferri sententia in personam procuratoris, sed tantùm domini; veluti, si agatur de caussa matrimoniali, ut se tractent conjuges affectu conjugali, ut quis supplicio adficiatur. Et hoc servari in Curiis spiritualibus & sæcularibus, scribit Boer. *decis 285.* Excepto tamen Syndico universitatis, *l. 7. h. t* Actio judicati in dominum datur, nisi in rem suam sit datus procurator aut liti se obtulerit, cùm sciret cautum non esse, *l. Plautius 61. h t.* Peracto negotio, mandati utrimque est actio: Directa domino ad id, quod facto, vel negligentiâ procuratoris abest: Contraria procuratori, quatenus ex mandato, debitè peracto abest, vel adfuturum est.

25 Quæri hic solet, an teneatur Procurator appellare? ita dicendum, si ad integram caussam datus fuerit. nam, licèt sententiâ latâ judex sit functus officio, *l judex 55. inf. de judic.* procurator tamen, non videtur hoc modo liberatus, cùm totam caussam necdum peregerit, cujus appellatio, est appendix, *c pennult. ¤ h t.* ubi debet appellare procurator, aut tempestivè domino indicare & *l. invitus 17 C. eod.* ubi provocationis caussa, extenditur mandatum. Prosequi tamen appellationem non tenetur, *d. c. pen & d. l. 17* saltem à definitiva, quòd contineat diversam à principali caussam, *l per hanc C. de temp. appellat.* Dixi, à definitiva; quia appellans ab interlocutoria, interpositam appellationẽ prosequi tenetur, quòd caussam necdum peregerit. Si datus fuerit procurator tantum ad unum actum eo peracto exspirat mandatum, *l Maritus 21. C. h t.* Vide Boer. *d decis 285 n 9* Donell. *18. com c 16* Fachin *10. contr. c. 97.* Bronch. *cent. 1. misc. assert. 25.*

ADDI-

ADDITAMENTA

Ad tit. III. de Procuratoribus.

AD *n. I.* Hodie in bene constitutis tribunalibus, præsertim in judicio cameræ, officium procuratoris non est vile, sed honorabile tam ratione personarum, quàm loci. Ordin. Cam. *parte 1, tit 18.* Gail. *1. obs. 43, n. 6. 7. & 8.* unde defendi potest, nobilem procuratorio officio, in Camera, vel alio summo tribunali fungentem, non admittere privilegia nobilium *per text. in l 1, in fin. C. de dignit.* Quamvis dissentiat Tiraq. *de nobil. c 30.* Guid. Pap. *decis. 89. & 388. & 396.*

Ad n. VII. In rem suam procurator constituitur, cum alicui actio creditur. cum omni ejus commodo: Res enim hic sumitur pro utilitate, ut, si donandi animo alicui mandata fit actio. Vid. Gl. *in l. 1, h. t.* Cujac. *par C eod.* Sic in rem suam procurator fit emptor hæreditatis, cui venditor, actiones hæreditarias cedere cogitur *l. 33. §. fin. l. 55. hic.* adeóque, cum in rem suam procurator, pro Domino habeatur *d. l. 55. arg. l 24. de pactis.* Ideo appellatione procuratoris, nonnisi æquivocè comprehenditur. Unde statutum de procuratore loquens, regulariter non extenditur ad procuratorem in rem suam. Schrad. *de feud. p. 10. sect. 18, num 105. & 106.*

De Procuratoribus, utrum ad suscipiendam procurationem cogi possint & de mandatis procuratoriis & quomodo in iis jus civile à camerali differat? vid. Schvvanm. *in diff. I. civ. & cam. diff. 6. per tot.*

Ad n. XII. Quod hic dicitur de conjunctis personis, in foro & praxi non observatur. Vid Denais. *in jure camer. tit. Procuratorum mandata.* Gail. *de PP. lib. 2. c 10. n. 28.*

In omni mandato procuratorio, inspiciendum est, an habeat clausulam jurandi de calumnia 2. Clausulam substitutionis. 3. Clausulam revocationis substitutionis. 4. Cl. cautionis de rato 5. Cl cautionis de indemnitate. 6. Cl. hypothecæ generalis omnium bonorum, mobilium & immobilium, præsentium & futurorum, quæ omnia diligentissimè observanda sunt sec. Noë Meurer. *in ferm. parte 9 pag 286.* Adde Schot. *in exam. jurid. p. 152.* Treutl. *vol. 1. disp. 9. th 8. & 9.*

Ad n. XXI. Mandata procuratio finitur morte alterutrius *l. 26. pr. l 34. § fin. mandat. l. fin. de solut.* Si autem post litem contestatam dominus decesserit, éstne procuratori, novo hæredum mandato opus? Neg. Quia litis Dominus censetur factus *l. nulla, C. h. t.* Sententia igitur in eum ferri potest *c. 1. §. 1. ubi* Philipp. Franc. *n 1. de procurat. in 6.* In camera tamen Imp. hucusque aliter observatum fuit, nempe ut hæredes defuncti citentur ad reassumendam caussam. Quod sibi displicere non obscurè ostendit Gail 1. *obs. 109. n 6. & 7.* adde quæ scribit Wurmsl. *lib. 1. obs. tit. 5. obs. 15.* Quid a. hac in re, hodie in camera observetur, vid R. A zu Regenspurg *de anno 1654. §.* Damit auch & §. Als auch.

Ad n. XXII. Omnia illa quæ hic de Procuratoribus dicuntur, rectè accommodantur ad Notarios, si processus minus ritè insinuaverint, militat enim in illis eadem ratio, nam Notarius, non secus atque procurator, ob tacitam industriæ assertionem, de omni culpa tenetur. Constit Maximil. *Anno 1512, Colonia promulgata §. 1.* Demselben nach / *rc in fine, & §.* Es sollen auch die Notarien / *rc. §. pen. & ultimo,* &c. Præjudicia vid. apud Schvvanm *: process. camer. lib. 1. c. 22. n. 12, & 13.*

TITULUS IV.

Quod cujusque universitatis nomine, vel contra eam agatur.

SUMMARIUM.

1. *Collegia habere, non est omnibus permissum.*
2. *Syndicus unde dictus.*
3. *In quo differat à procuratore.*
4. *Syndici officium honorificum.*
5. *Cum Procuratore, in quo conveniat.*
6. *Syndicus quo modo constituatur.*
7. *Intellectus* l. 4, h. t.
8. *Universitas quid.*

1 PRocuratori similis est defensor, seu Actor caussarum universitatis, Collegii, societatis, similiúmque corporum, quæ à principe, vel Senatu sunt confirmata: neque enim omnibus passim societates & corpora habere permissum *l. 1, h. t.* 2 Dicitur iste Græco vocabulo Syndicus, à lite, seu caussa, quam nomine universitatis prosequitur, agendo, defendendo *l. munerum 18, §. 13, inf. de muner.* 3 In quo differt à procuratore, qui agit caussas privatorum. Distinguitur & in eo, quòd Resp. cogi possit, Syndicum constituere, non etiam privatus per procuratorem agere. Ab actore distingui videtur, quòd hic tantùm ad unam caussam detur, ille verò ad omnes: licèt & Syndicus, non raro actoris nomine denotetur hoc in Tit.

4 Videtur autem Syndici officium honorificum, cùm ad illud spectet caussas & jus universitatis, agendo, defendendo propugnare. Unde & viro honesto, idoneo, perito, id munus demandandum, cùm procuratoris officium inter vilia collocetur, ad quod etiam infames admitti, dictum suprà: licèt hodiernis moribus procuratores judiciales non admittantur, nisi certæ personæ probatæ fidei & industriæ.

5 Convenit cum procuratore in eo, quòd, ut procurator mutari potest, ita & Syndicus *l. 6, §. Quod si, h. t.* non tamen post litem contestatam, nisi caussâ cognita *d. l. 6, §. fin.* Quòd ut in procuratoris, ita & in Syndici personam sententia feratur, judicatum verò fiat in universitate *l. 7, h. t.* Ut procurator non cavet de rato aliàs, quàm si de mandato dubitetur, ita & non aliàs Syndicus, quàm si dubitetur de decreto *d. l. 6, §. pen.* Quod, quia rarò evenit, cùm publicè constituatur, fit, ut dicatur non cavere de rato *l. 9, inf. ratam rem haberi.* Vocatur iste Syndicus hodie, constitutus ab oppidis majoribus, Pensionarius.

6 Constituitur decreto ordinis, nisi à lege aut consuetudine munus istud sit certæ personæ adsignatum *l. 3, h. t.* Oportet autem ad decreti valorem adesse, duas partes Decurionum, quarum maior pars ad se trahet minorem & ab ea nominatus est Syndicus *l. quod major, inf. ad municip.* ubi etiam filio proderit suffragium patris & è contra *l. 3, h. t.* In publicis enim, non attenditur domestica persona *d. l. 6, in princ.* nisi lex municipii, aut publicum decretum obstet. Extraneus sit electus, an ex ordine, parum refert, licet fortè commodiùs ex ordine adsumatur: quo casu, non ideo diminuetur numerus istarum partium *l. 4, h. t.* in verbis: *Is quoque quem decernent, numerari potest.* 7 Quorum verborum sententia est: Is, qui actor decernitur ab istis duabus partibus, non facit, quo minùs à duabus partibus dicatur constitutus. Nequiquam autem eorum sensus est, quem quidam ponunt, quòd scilicet annumeretur majori numero, decernentium eum actorem; quasi suffragium proprium ei prosit; hoc enim est mali exempli, impudentísque ambitionis.

8 Est autem universitas, corpus ex distantibus personis: ut unus universitatem non constituat, licèt, si universitas ad unum redeat, placuerit jus omnium ab eo retineri, & stare nomen universitatis *l. 7, h. t.* Sunt & monasteriis & Collegiis Clericorum sui Syndici, per quos caussæ eorum aguntur: quos extraneos potiùs constituent, quàm Religiosos, aut sui ordinis Clericos: hos enim à forensi strepitu abstinere, ne à divinis avocentur, est convenientius *c. 1, & de Syndico.*

ADDI-

ADDITAMENTA

Ad tit. IV. Quod cujusque universitatis nomine, &c.

IN constituendo Syndico, an minorum approbatio necessaria? vid. Wes. *h. t. numero 4.*

Si idonei in universitate non reperiuntur. Extranei huic muneri rectè præficiuntur *arg. l. ut gradatim 11, §. 1. de mun. & honor.* Matth. Wes. *p. 1, cons. 35, n. 17.* Carpzov. *parte 1, const. 13, defin. 6.*

Syndicus an civitatem, vel civium singulorum bona, absque eorum consensu, obligare possit. vid. Cravetta *cons. 495.* Besold. *in delib. lib. 3, q. 24.*

De universitatis mandato procuratorio formando vid. Besold. *prox. cit. loc. quæst. 27.*

Femina, an & quando possit constitui Syndicus? Et an illa possit constituere Syndicum? vid. Frider. Pruckman. *de diff. utriusque sexûs parte 1, pr. membr. 2, art. 4.*

De turbatione Jurisdictionis, quam universitas fecit & an debeat propterea mulctari, vel contra turbari? Matt. Wes. *cons. 3.*

Universitas, an & quando dicatur delinquere & de delicto teneri & non singuli. Cravetta *cons. 595.* Besold. *in delib. lib. 3, q. 26. & in tr. de jure rerum univers. fol. 252, n. 2, & seq.* Goedd. *ad l. 17, n. 21, de V. S.* Mynſ. *cent. 4, obs. 78.*

Quando pro delicto Civitatis fit collecta, non debent collectari, qui fuerunt absentes, aut infimi, aut pueri, aut similes. Farinac. *in praxi lib. 2, tit. 3, q. 23, num. 100.*

TITULUS V.

De negotiis gestis.

SUMMARIUM.

1. *Negotiorum gestor quis.*
2. *Negotia geruntur, vel necessariò, vel voluntariè.*
3. *Actio negotiorum gestorum directa & contraria.*
4. *Actio hæc est prætoria.*
5. *Directa actio, cui & ad quid detur.*
6. *Gestor, conveniendo debitorem ejus, cujus negotia gerit, an eum ponat in mora.*
7. *Gestor à se debitum non exigens, an teneatur ad usuras.*
8. *Gestor, ad quam culpam teneatur.*
9. *Actio contraria, quando detur.*
10. *Error in persona facit, non competere actionem.*
11. *Gestum sit oportet animo repetendi impensas.*
12. *Item utiliter gestum, dat actionem contrariam.*
13. *Ratihabitio domini, quid operetur.*

PRocuratores etiam ad negotia dari, dictum supra *tit. 3.* Subjungitur hic de negotiorum gestore, * qualis est, qui absentis & ignorantis negotia gerit *l. 3. h. t.* Dico, ignorantis: quia sciens mandare videtur *l. 6. §. Passus, inf. mandati,* quatenus tamen & gestor scit, dominum scire: deficeret enim aliàs mandati forma, cùm ex animo, quem quis habet, oriatur obligandi diversitas. Unde distinguitur à Procuratore, quòd illi mandatum sit necessarium, exceptis paucis casibus, non etiam negotiorum gestori. * Geruntur negotia, vel necessariò, uti ab eo, qui pro servo habetur, ex mandato domini: nec minùs erit negotiorum actio, non mandati, quia mandatum est liberum, non coactum *l. at quin 19. §. Si libero h. t.* vel voluntariè, quando citra coactionem alienis negotiis quis se immiscet. [1] [2]

Duplex hinc oritur actio, directa & contraria: nam & obligatur is, qui gerit, ne temerè se immisceat rebus alienis & vice versâ is, cujus negotium geritur, etiamsi sit pupillus, aut furiosus. Quod ita receptum caussâ utilitatis, ne deserantur negotia absentium *l. 1. h. t. & l. si quis absentis 5. in pr. inf. de oblig. & actionib.* * Actio hæc est prætoria, à prætore inducta *l. 3, hoc tit.* ubi prætor se daturum judicium pollicetur ex gestis negotiis alienis. Non obstante *l. in commodato 17, §. Si cui, inf. commodati:* [3] [4]

dati: nam ibi non comparatur hæc actio commodato, in eo, quòd utrimque nascatur civilis, sed in eo, quòd re integrâ deseri, aut revocari nequeat.

5 Directa actio datur ei, cujus est negotium, contra gerentem, etiam pupillum, quatenus factus est locupletior, *d. l. 3. §. Pupillus, h. t.* qui tenetur & gesti & non gesti nomine, quatenus ad negotium explicandum pertinebat. De gesto tenetur; Primo, si quid ex negotio retinet, ne malo alieno ditescat. Secundò, si gerendo, non, ut oportuit, dederit damnum, veluti pecuniam malè collocando, arbores incidendo, *l. fi. negotia 11. h. t.* De non gesto tenetur, quatenus ad negotium spectabat: quod susceptum est explicandum, novum autem non cogitur inchoare, *l. nam & servus 21. h. t.* Proinde, si quid negligentiâ suâ perire sit passus, hoc refundet. Hinc, in suscepta administratione rerum sui creditoris, spectat ad gestorem, etiam se ipsum exsequi, *l. si pupilli 6. in fine h. t.* Ab aliis, quòd non exegerit, non imputatur, cum eos conveniendi non haberet facultatem, *d. l. 6.*

6 Quæritur autem, an saltèm conveniendo debitorem ejus, cujus negotium gerit, eum in mora constituat? Probatur aliquibus: Negativa, ex eo, quòd non habeat talis gestor facultatem conveniendi debitores & quòd his nihil sit imputandum, qui sine mandato non potuerunt tutò solvere gestori. Affirmativa tamen verior est, cùm interpellatio non fiat, ut solvatur gestori, sed domino: atque ita perpetuitatem obligationis operatur, quæ facit rei interitu non liberari à debito reum *l. si quis 24. §. penult. inf. de usuris.* Quo casu non tam acquiritur alteri per alterum obligatio primariò, quod non licet, *§. Alteri, Inst. de inut. stipul.* quàm ex consequenti, per officii implementum, *d. l. 24, in fine* & non tam facto alieno, quàm ipsius debitoris, *l. 3, in princ. inf. quod vi, aut clam,* Donell. *tract. de mora, circa pr.*

Ut autem gestori imputatur, quòd debitum à se non exegerit, ita & marito, quòd facto divortio, uxoris negotia gerens, dotem à se non exegerit, si tamen facere potuit, *l. Divortio 35. h. t.*

7 Sed quæritur hic, an isto casu gestor, si à se debitum non exegerit, teneatur ad usuras? Hoc omnino dicendum, *per d. l. 6. in fine h. t.* ubi dicitur, debitum usurarum hoc casu fieri usurarium, propter moram, quæ in bonæ fidei judiciis facit deberi usuras, *l. qui fine 38. h. t.* Et hoc quidem in casu maximas, invicem cujusdam pœnæ, si in usus suos converterit pecuniam domini; ad legitimas autem tantum, si suum debitum non intulerit in rationes dominicas, *d. l. 38.* Cui nō obstat, quòd mandatarius non teneatur, nisi ad legitimas, *l. idémque 10. §. 3 inf. Mandati*: quia hoc est propter mandatum, quod hic deest.

8 Non aliàs autem tenetur gestor, quàm si ejus arguatur dolus, vel culpa levis: hæc enim præstanda est, *l. Contractus 23. de R. I.* licèt ejus caussas non agatur. Ratio est, quòd se ingerendo videatur promittere diligentiam. Ad levissimam non tenetur, nisi per eum diligentior negotia administrare fuerit impeditus, *§. Igitur, Inst. de oblig. quæ quasi ex contr.* Quo modo quædam gerens, quædam non gerens, si ejus contemplatione alius ad negotia non accessserit, tenetur etiam ad non gesta, *d. l. 6 § pen.* quia ejus caussâ alius non accessit, ideóque domino damnum datur. Non obstat, quòd culpæ species sit, se immiscere rei alienæ, ad se non pertinenti, *l. Culpa 36 de R. I.* nam, cùm gestor ex amicitia impellatur ad gerenda alicujus negotia, debet sufficere levis culpa, ne absentium negotia, nulli demandatâ eorum administratione, deserantur: quæ sane nemo curaturus esset, si ad exactissimam diligentiam ea gerere teneretur. Latam tantùm culpam præstat, qui ad res, alioqui perituras accessit, *l. 3 §. Interdum, h. t.* Neque enim culpa dici potest esse in eo, qui rei ab aliis destitutæ pro suo captu maluit subvenire, quam sinere eam perire. Ita Wesenb. *ad h. t. num 10.* Del Rio *ad d. l. Contractus 23 e 14. de R. I. & ibid.* Pet. Faber, plerisque aliis dissent. Cujac. *ad lib. 1 sent. Pauli, tit. 4 in pr.* Donell. *15. com. 25.* Herm. Vult. *discept. scholast. c. 15.* & Tim. Fab. *disp. 35. ab usfit. th. 2, lit. C.*

9 Contraria datur gestori in dominum, quâ repetat id, quod nomine gesti abest *l 2, h. t.* ne officium suum sit alicui damnosum. Quod tamen intelligendum. Primo, si negotium ignorantis sit gestum, non etiam inviti, aut prohibentis: nam & si æquum sit, ignorantem obligari, neutiquam tamen invitum *l. fin cod. h. t.* in quem non potest videri collatum beneficium. Nec facit, quòd res aliàs fuisset peritura: nam potest hoc malle dominus, quam obligationem subire *arg. l. 4. vers. nec immeritò, inf. ad SC. Trebell.* cùm sit rei suæ moderator & arbiter. Secundò, si gestum sit nomine alieno: nam sui lucri caussâ gerens, etsi teneatur negotiorum, non tamen agit, cum non habeat animum alium sibi obligandi, suum potiùs quàm alienum negotium gerens. Ut non sit caussa, quare illi hæc sit actio, ad repetendum id, quod improbe impendit, nisi quatenus dominus factus locupletior *d. l. 6. §. Sed etsi h. t* ne fiat melior damno alieno.

10 Quid, si gerens in persona erraverit, putans se gerere negotia Titii, quæ erant Mævii; Resp. errorem in persona non facere, quo minus hæc sit actio gestori.

gestori. Nam licèt de Mævio non cogitaverit, habuit tamen animum obligandi eum, ad quem negotia pertinent *l. 2. §. 1. & l. qui utiliter 45. in fine h. t.* cùm ejus negotium verè sit gestum & non animo donandi. Idem est; si in causa sit error *l. 5. h. t.* ut, si putet quis, sibi mandatum, quod mandatum non est.

51 Tertiò, si animo repetendi impensas, negotium sit gestum: quomodo donandi animus & pietas, quæ subest, excludit repetitionem *l. si filius. C. h. t.* Hinc maritus erogata in ægram, uxorem non repetit *l. quod in uxorem l. 13. C. h. t.* nec mater, erogata in alimenta *l. alimenta 11. C. eod.* nisi animus repetendi doceatur, ut quia ea de re fuerit protestata, aut in rationem impensarū retulerit *l. Nesennius 34. h. t. & l. si paternos 15. C. eod.* Ubi idē dicendum in casu, quo mater fuit administratrix bonorum filii; hoc enim vult resolutio in fine *d. l. 34.* subjecta, quæ aliàs non responderet prioribus. Si reditus filii non æquivaleant impensis, pietas inducit animum donandi. In funerante idem animus præsumitur *l. etsi quis 14. §. Sed interdum inf. de relig. & sumpt. fun.* Costal *ad l. si servus 22. de noxal. act.* Impensa quoque, in studia filii, non sunt conferenda, qua de re infrà *tit. de collat.*

52 Quartò, si utiliter sit gestum *l. si servum 10. C. h. t.* In eo enim consistit æquitas, hujus obligationis, quæ aliàs cessarat. Hinc, qui plus quam oportet, impendit, non amplius recuperabit, quam quatenus impendi & respondet utilitas, *l. si quis 25. h. t.* Utiliter gestum accipimus, quod ita cœptum est geri, ac si dominus gessisset, licet eventus non respondeat *l. sed an ultro 10. §. 1. h. t.* qui non est in potestate gerentis: consiliū enim, non etiā fortuna inspici debet, ut pulchrè tradit Seneca, *epist. 14. circa fin.*

53 Quæritur hic, an ratihabitio subsequens faciat competere mandati actionem, an verò sit negotiorum gestorum. Ut ratihabitio quid operetur, oportet negotium meum, vel domini, sit gestum, aut si alienum, saltem mei, vel domini contemplatione *d. l. 6. § Sed si ego, cum seq. & l. 9. h. t.* quomodo *in c. Cùm quis de sent. excomm. in 6.* non incurrit excommunicationem, aut irregularitatem, ratum habens violentam injectionem manuum in Clericum, non factam suo nomine. Quantum ad actionem, loca sunt contraria: nam mandati dat textus *in l. semper 60. de R. I.* quòd ratihabitio mandato comparetur *c. Ratihabitionem 10. de R. I. in 6.* negotium autem gestorum, textus *in d. l. 6. §. Sed si hominis cum seqq. & d. l. 9. h. t.* Cujacius *ad d. l. 60.* vult utramque competere & neutram ab altera excludi: cujus dictum minùs respondet dictæ *l. 9.* in qua denegatur actio mandati & datur negotiorum gestorum: uti & *in l. 5. h. t.* etiam in casu, quo gerens putat, sibi esse mandatum. Alii conciliant dictas leges, quòd tunc mandati sit actio, quando ratum habetur negotium tertii, gestum ejus nomine: negotiorum verò gestorum, quando negotium gestum tertii, nomine Titii, qui ratum habendo ex alieno suum efficiat negotium *d. l. 6. §. Idem ait.* Sed neque hæc conciliatio respondet dictæ *l. 9.* quæ ideo denegat actionem mandati, quod non sit mandatum. Alii aliter conciliant, ut videre est apud Gl. *ad §. Idem ait* Hippol. à Collib. Phil. Math. *& alios ad d. l. 60.* Bionch. *cent. 2. ass. 47. & 48.* & D. Peckius *ad d. c. 10.* Breviter dicendum videtur, quoad effectum obligandi ratihabitionem comparari mandato, non etiam quoad speciem actionis: quæ tum demum dabitur mandati, quando is est animus, ratum habentis, qui ex sola ratihabitione non tam colligitur mandati contrahendi, quàm negotii faciendi sui, sive ab initio, suum non erat sive erat, sed malè gestum. Cujac. *in recit. ad Salvium Julianum lib. 3. d. §. Idem ait.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. V. de Negotiis gestis.

AD *n. I.* Defensor, tantum ad litem pertinet, negotiorum autē gestor & ad litem, & ad extrajudicialia. *Ad n. II* Necessariò negotia alicujus expediuntur, vel necessitate urgente, ut cùm Curator adolescentis, furiosi, prodigi, mente capti, negotia administrat; Item, cùm executor à Judice datus, mea negotia gerit; Itē, cùm tutor posthumi, inchoata negotia perficere cogitur: vel necessitatis suspicione, ut si quis per se, mandatum curāmve suscepisse falsò existimet; Item, si quis liber, servire se ei credat, qui res quasdam gerendas ei mandat: Voluntariè expediuntur negotia: ut, si mater repetendi animo, in rebus liberorum aliquid expediat; Si vitricus sumptus faciat, in rebus privignorum: Si filius pro patre, non

non animo donandi solvat: Si maritus in funus uxoris, quasi recepturus eroget: Si frater pro sorore tributa solvat; Pro fratre cohærede pecuniam expendat: Si quis sumptus necessarios & probabiles, in communi lite faciat *&c.* text. & Auctores huc pertinentes vid apud Treutl. *vol. 1. disp. 10. th. 2. & 3. per tot & ib.* latè Bacc.

Quod dicitur *in l. 3. §. 1. hoc tit.* de mulieribus, quod aliena negotia gerere possint, hoc intelligendū est, de negotiis extra judicium, defendere enim in Judicio mulier non potest *l. 54. ff. & l. 18. C. de procur*

Si quis negotium commune gerat, ita demum negotiorum gestorum actionem habet, si is suum negotium separatim gerere potuerit Besold. *in delib. lib. 3, q. 29.*

TITULUS VI.

De Calumniatoribus.

SUMMARIUM.

1. *Calumniari in criminalibus, quid & pœnâ calumniatoris.*
2. *Calumniari in civilibus quis dicatur.*
3. *In actione ex hoc edicto, quid probandum.*
4. *Actio hæc cui detur.* 5. *Contra quem.*
6. *Ad quid & an sub quadruplo, simplum contineatur.*
7. *Et quid, si alius pecuniam dederit, ne mihi negotium facesseret, cui & ad quid detur condictio & actio.*
8. *Datur & condictio ex turpi caussa.*

Tum Advocatis, tum Procuratoribus cavendum, ne calumnientur: quo nihil turpius, ut tale hominum genus meritò sit ejiciendum é Republica Faber *in ration. l. 1. hoc tit.* 1 Calumniari in criminalibus dicitur, qui falsa crimina scienter intendit *l. 1. §. 2. inf. ad SC. Turp.* Cujus olim fronti littera K. ex lege Remmia inurebatur: verum postea per Constantinum frontibus inscribi litteras inhibitum, quod facies, quæ ad similitudinem pulchritudinis cœlestis figurata, minimè sit maculanda *l. si quis 17. C de pœnis.* Successit autem pœna infamiæ *l 8. C. hoc tit.* Erat & pœna talionis, id est supplicii similitudo, quod manebat calumniæ damnatum *l 7. C. eod.* 2 In civilibus calumniari dicitur, qui sciens, prudensque per fraudem alicui negotium facessit, Paul. *1. sent. tit. 5.* sive, ut habet Edictum, qui ideo pecuniam accipit, ut calumniæ caussâ alicui faceret negotium, id est molestiam, in judiciis, vel non faceret. 3 Ut hac in actione, quam prætor ex edicto hic dat, duo sunt probanda, quæstus & negotium faciendum calumniosè, vel omittendum. Quæstus non tantùm consistit in pecunia numerata, sed in quavis alia re, unde lucrum evenit; ut etiam remissio obligationis huc pertineat *l 1 in fine 2 & 3. hoc tit* Negotium probandum, sive factum sit, sive non: solus enim hic animus, etiam in effectum non deductus, punitur *d. l. 3. §. 1.*

4 Datur ei actio, qui dedit pecuniam, sive per se sive per alium, ne sibi negotium calumniosè fieret *d l. 3. in fine,* eique, cujus injustè divexandi caussâ pecunia data est. Illi, qui dedit, ut alteri calumnia moveretur, non datur, quia turpiter dedit *d. l. 3. in fine.* Ex turpi autem caussa datum, non condicitur. Hæredi non datur, quia pœnalis est & sufficit illi condictio pecuniæ, a defuncto datæ *l 4 hoc tit.* 5 Datur contra eum, qui taliter pecuniam accepit alterum divexandi caussâ, sive etiam injustam vexationem omittendi, sive ante, sive post judicium *l. 1. & 3. hoc tit.* Turpiter enim facit, qui accipit pecuniam, ne delinquat, cum amore virtutis, non pecuniæ, optimus quisque in officio contineri debeat *l 7 §. Si ob maleficium sup. de pact.* Tenetur & hac actione publicanus, qui iniquè extorsit *l. 7. in fine hoc tit.* Quod acceptum transigendi animo, extra hanc actionem est, quia transactionibus non interdictum, sed tantum sordidis concussionibus *d. l. 1 §. penult.* Competit & in hæredem, in id, quod ad eum pervenit, cùm & turpia lucra hæredibus sint extorquenda *l. 5. hoc tit.*

6 Actio hæc intra annum est in quadruplum ejus, quod datum est, post annum in simplum *d. l. 1. in pr.* ubi quæri posset de eo. An harum altera alteram consumat? Ratio dubitandi est, quòd actio pœnalis, cum rei persecutoria concurrens, eam non consumat, nec ab ea consumatur *l. 7. in princ. inf. de furt. & aliis variis locis, sub tit. de obligat. & act.* Cujus tamen contrarium decidi videtur *in d. l 5 §. 1. hoc tit.* nimirum, sub quadruplo etiam simplum contineri, dum ibidem quærit JC. an post condictioné superfit

sit actio in triplum, at verò exemplo furti superfit actio in quadruplum, & dicit, alterutram sufficere.

Non rectè autem quæreretur, an superfit, simplo exacto per condictionem, actio in triplum, nisi simplum tantùm esset pœna. Contra tradit Ant. Faber *in rationali d. l. 5. §. 1. h. t.* quadruplum totum esse in pœna, ad instar furti; sed legem habemus aliter scriptam, quam putat ille, interpolatam & totum illum versiculum: *Quare si fuerit, &c.* esse depravatum, à Triboniano. Totum verò quadruplum esse pœnâ, uti vult Faber, minùs probatur ex eo, quòd *inst. §. Quadrupli 25. de action.* comparare quidem videtur Imp. quadrupli hanc actionem cum actione furti; cùm tamen non omnis comparatio sit adæquata. Quod patet quia ibi etiam fit mentio actionis, quod metûs causâ, quæ tamen ab aliis postea distinguitur.

7 Alia quæstio hîc posset moveri, in casu, quo alius dedit pecuniam, ne mihi negotium facesseret. Et illi competere repetitionē, extra controversiam est, si non mandatu meo dederit (quia alias ego dedisse intelligor) & mihi actionem esse in quadruplum, cùm *l. 7. in pr. h. t.* id disertè exprimat: sed in eo est dubium, an post annum & illi sit condictio? quod negari non potest & mihi sit actio in simplum? de quo dubitatur, ex eo, quòd eatenus sit pœnalis, cùm nihil dederim, & auferatur ab eo quod non accepit: pœnalis autem actio ultra annum non vivat *l. in honorariis 35. de oblig. & act.* Vult. Faber *d. loco*, etiam isto casu simplum per eum, in cujus gratiam data est pecunia, exigi posse. Quod, an sufficienter probet, equidem nescio. Nam nititur semper edicti verbis, quæ in simplum agi post annum permittunt; quæ possent accipi de eo, qui dedit. Et cùm dicta *l. 7.* tantùm det actionem ad quadruplum intra annum & condictionem illi, qui dedit, videtur post annum non esse simpli actio, sed tantùm condictio ei, qui dedit. Imputet sibi alter, cujus gratiâ datum, quòd sibi non providerit intra tempus, cùm citra legem loqui erubescat Jurisconsultus. Nec faciunt verba edicti, quæ post annum in simplum agi permittunt, in eum, qui pecuniam accepit: nam ejus edicti verba verificantur in eo, quòd is, qui dedit, simplum condicat, non etiam debent intelligi, quod & is, qui dedit & cujus nomine datum est, post annum condicat simplum. Nihil facit, quod intra annum ultra condictionem sit edicto locus in quadruplum, quod exigat is, cujus nomine datum est: quia inde non rectè infertur, eumdem etiam post annum in simplum agere posse; cùm obstet regula juris, quæ neget actiones pœnales prætorias ultra annum vivere: Hic autem pœnalis est, quia nihil penes reum est, cùm simplum, quod est datum, jam condictum sit per eum, qui dedit. Unde lege, hac in re nihil statuente, stabimus regulæ generali jam dictæ.

Porrò annus in personam ejus, qui pecuniam dedit, ne sibi calumnia fieret, ex eo tempore cedit, quo pecunia data, in illius verò personam, quocum ut agatur alius pecuniam dedit, à tempore scientiæ datæ pecuniæ *l. 6. h. t.*

8 Prætet actionem simpli & quadrupli, est & actio, seu condictio ex turpi caussa quando sola turpitudo accipientis versatur, quâ si fuerit actum, altera actio cessat *d. l. 5. §. 1.* altera enim harum, alteram consumit; quæ & datur ei, qui misericordiæ caussâ alicui dedit, ne alteri negotium faceret *d. l. 7. in pr. h. t.* Est & actio in duplum, in casu, quo de servo accusato quæstio habita, isque absolutus, salvâ nihilominus hac actione *l. fin h. t.* Singulariter constitutum, ut, si judici, vel adversario in publicis, vel privatis, vel fiscalibus causis pecunia data fuerit, lis pereat *d. l. 1. §. 3.* quòd res ista sit pessimi exempli. Pertinet hæc actio ad publica crimina: unde & repetundarum tenetur reus *d. l. 1. §. 1. h. t. l. 5. & 6. inf. repetundar.* Dignus enim calumniator, ut pluribus actionibus coerceatur; cùm isto genere hominum, nihil sit in Republ. perniciosius.

ADDITAMENTA

Ad tit. VI. de Calumniatoribus.

Quòt modis calumniator puniri possit? vid. Millæum *in pract. crimin. n. 22. & seqq.* & quæ notant Gl. & Dd. *in l. 1. §. Calumniari, ad Turpill.* Menoch. *2. arbitr. judic. q. 322.*

Judex quomodo de calumnia pronuntiare debeat, vid. Briss. *lib. 5. formul. Pop. Rom.*

HENRICI ZOESII I. C.

IN LIBRUM QARTUM DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

DE IN INTEGRUM RESTITUTIONIBUS.

SUMMARIUM.

1. *Restitutio in integrum, quid?*
2. *Restitutionem impetrat læsus.*
3. *Restitutio, à quo & coram quo postulanda.*
4. *Præfectus prætorio restituit; non verò ab eo appellatur.*
5. *Hodie restituit solus Princeps, aut ejus nomine, supremus senatus.*
6. *Citanda ad caussæ cognitionem pars adversa.*
7. *Ob rem minimam non conceditur restitutio.*
8. *Restitutio semel tantùm petenda.*
9. *Effectus impetratæ restitutionis.*

NE quis summo jure ab actione exclusus, temere in judicio experiatur, aut etiam summo jure obligatus temere contradicat, restitutionis beneficium illi est necessarium, quo, aut actio restituatur, aut obligatio infringatur, si caussæ, quæ subest, æquitas suffragetur. Unde, antequam ad judicia deveniatur, præmittitur hic tractatus, restitutionis, cujus utilitas non eget commendatione, cùm ipse se ostendat, ut ait JC. *l. 1, h. t.*

1 Restitutionem vocant Impp. *in l. 2. cod. in quibus caussis rest. necess. non est*, redintegrationem amissæ caussæ, Paulus 1 *sent. tit. 7.* redintegrandæ rei, vel caussæ actionem, quâ nobis res certa vel jus, vel quælibet alia caussa amissa redintegratur. Amissa dicitur, sive quam, antè habitam desierit quis habere, veluti, alienando; sive omiserit jus delatum, ut repudiando hæreditatem delatam, legatum; sive quia onus aliquod in se susceperit, uti obligationis, tutelæ, aditionis *l. non omnia 44. inf. de minorib.*

2 Impetrant hoc beneficium illi, qui circumscripti sunt, metu, dolo alicujus? ætate, absentiâ, aliâve justa caussâ inciderunt in captionem *l. 1. 2. 7. h. t.* Nam, cùm talibus via recta & ordinaria desit, hâc extraordinaria sibi consulunt. Extraordinarium enim hoc remedium esse, patet *ex l. in caussæ 16. inf. de minorib.* Nec tantùm circumscriptis datur, sed & hæredibus eorum *l. non solum 6, h. t.* etsi circumscripti, aut læsi dici nequeant, qui non contraxerunt, cùm restitutio detur, in rem ipsam & ratione gesti negotii. Unde diximus, eam restitutionem dici redintegrationem rei. aut caussæ: ut mirum non sit, si in hæredem transeat; uti & privilegia illa dotis. quæ non tam personæ, quàm doti tribuuntur, in hæredem transeunt *l. dotale 3. §. Hæredi, inf. de fundo dotali* Facit, quòd hæres sit eadem persona cum defuncto, succedatque in universum jus, quod defunctus habuit *l. nihil est 24. inf. de V. S.* ut non possit restitutio, quæ defuncto competiit, illi denegari *l. Pannonius 86. inf. de acquir. hæred.*

3 Restitutio hæc postulanda coram Prætore *l. 3. h. t.* ubi dicuntur restitutiones in integrum, caussâ cognita, à Prætore promitti, id est magistratu, qui jurisdictioni præest *d. l. in caussæ 16, §. fin. cum l. seq.* Nam restitutio in integrum, est jurisdictionis prætoriæ,

toriæ, quam proinde alius dare nequit, quàm prætor, Præfectus urbi, aliique magistratus, pro sua jurisdictione: illi etiam, quibus id nominatim est datum *l. fin. C. ubi & apud quem, &c.* Ut magistratui municipali non sit eadem licentia, uti nec arbitris *d. l. fin.* * Præfectum prætorio posse restituere, habet *l. Præfecto 17. inf. de minorib.* licèt ab eo appellari non possit. Ratio differentiæ ibi subjungitur, quòd appellatio iniquitatis sententiæ querelam contineat; restitutio verò erroris proprii veniæ petitionem, vel adversarii circumventionis allegationem. Nihil obstat dictis quòd dictâ sententiâ, judex in caussa desinat esse judex *l. judex 55. inf. de re jud.* Nam hoc ad judices pedaneos pertinet, quibus nulla est jurisdictio, sed notio tantùm, non etiam ad magistratum, qui proprio jure jurisdictionem habet, quam & retinet prolatâ sententiâ. Coram ordinario itaque petenda restitutio, sive inspicias Canones, sive leges: coram delegato non aliàs, quàm si id specialiter ei demandetur, aut in negotio commisso quæstio hujusmodi incidat *c. pen. ᵹ h. t.* Singulare est, ut contra sententiam per procuratorem Cæsaris latam, solus princeps restituat *l. 1. C. ubi & apud quem. &c.* quia ab ipso principe lata videtur *l. 1. sup. de off. procur. Cæs.*

Hodie moribus nostris, non nisi princeps in integrum restituit, supremúmve ejus concilium, diplomate, principis nomine concepto: in quo precibus narrata caussa exprimitur, sed veritatis examen, partibus auditis, committitur judicibus inferioribus, ad quos res spectat. Baro *in comment. jur. Gall. ad hunc tit.* Gabriel. 5. *de jure noviss. cap. 14. in fine.* Omnino enim necesse est, ut de veritate & caussæ justitia, in precibus narratæ constet, quia non temere rescindenda sunt, quæ semel placuerunt, vel, ut ait JC. *in l. 7. h. t.* nihil facilè mutandum ex solemnibus. * Hine pars adversa citanda est *l. 1. C. de prad. minor. c. 5. ᵹ h. t.* uti moris est in casibus, in quibus caussæ cognitio haberur, ut hâc viâ faciliùs advertatur, utrum allegata ratio à supplicante nitatur veritate: posset enim aliàs res, inconsultis iis, quos concernit, temere mutari *c. Quod omnes, de R. J. in 6.* notoria tamen læsio, cognitione caussæ non videtur indigere, cùm quæ clara & certa sunt non debeant morari restitutionem. Sic si adversus immixtionem aditionémve restitui quis desideret, vocandi sunt creditores hæreditarii, nec non legatarii, quibus per immixtionem aditionémve jus est quæsitum, corámque iis caussa allegata proponenda: qui, si solitis edictis evocati non comparuerint, sententia restitutionis nihilominus feretur. Nov. *ut sponsalitia largitas, &c. 119. §. Ad hoc autem.*

7 Hoc etiam in caussæ cognitione versatur, num res minima sit, propter quam restitutio postulatur: neque enim solet Prætor ob minimam caussam rescindere, quod bonâ fide actum *l. rei bona fide 54. inf. de act. empti.* præcipuè, si majori rei, vel summæ præjudicium fieret *l. 4. h. t.* Non quia de minimis non curet Prætor, sed quia id demum justum esse credendum est, quo nihil justius fieri potest. Justius autem est, in minima re, vel quantitate læsum manere eum, qui restitui vult, quam ob minimam rem, vel summam majori præjudicari. Quæ autem res, aut summa, dicenda sit minima, relinquendum judicis arbitrio. Covarr. *lib. 1. var. resol. cap. 3. n. 11.* Pinell. *ad l. 2. p. 1. c. 1. n. 26. C. de rescind. vendit.* Eachin. *contr. 3. c. 4.* Menoch. 2 *Arbitr. casu 71.*

8 Hoc quoque in cognitione versatur, num fortè alia actio, citra restitutionem competere possit: nam, si communi auxilio & mero jure supplicans munitus est, non debet illi tribui extraordinarium hoc auxilium *l. in caussa 16. in prin. inf. de minor.* Rectè, non debet, id est, non est necesse: nam, quin possit Prætor & eo casu in integrum restituere, non videtur dubium, cùm nulli faciat injuriam, non magis, quàm, cùm dat prætoriam actionem & extraordinario remedio alicui subvenit, cui est civilis & ordinaria actio *l. 1. §. Defertur inf. de bon. poss. secund. tabb. l. 1. §. fin. C. si quis à parente manumiss.*

9 Semel petenda est restitutio. Primò petita, non obtenta, iteratò frustrà petitur, quia censetur subesse eadem caussa, propter quam primò rejecta *l. 1 & fin. C. si sæpius in integ. restit. postul.* Neque enim potest quis super eadē re, bis in judicio experiri, nisi nova causa exoriatur, non tractata ante in judicio *d. l. fin.*

10 Effectus impetratæ restitutionis est quod omnia in pristinam causam censeantur revocata, ut, quæ nulla antea videbatur, jam sit integra & salva; qui oneri alicui, sive obligationis, sive alterius rei, se subjecerat, ab eo liber habeatur: tantùm enim tribuit restitutio, quantùm abstulit læsio. Sunt tamen casus, quibus in integrum restitutio denegatur, etiā si caussa subsit; ut quia tempori non est petita, quod quia diversum est secundùm caussas, suis locis ea de re dicemus *C. lib. 2. tit. 14. & seqq.* Si proprio facto quis eam removerit, veluti si juraverit minor, se non revocaturum, quod gessit *tit. C. si advers. vend.* Facit etiam personæ, contra quē postulatur, qualitas eam excludi. Hine contra parentem, patronum, patronámve non conceditur, *C. t. 42.* quòd paternæ & patronali reverentiæ non respondeat, eáque isti petulantiæ, aut ait Imp. *in l. 2. C. qui & adversus quos rest. non poss.* refragetur, quorum proinde honorem, illibatum & intactum manere voluit Imperator.

ADDITAMENTA.

Ad lib. IV. ff. tit. I. de in integrum restitutionibus.

DE restitutione in integrum vid. eleg. Omph. *de usurp. Legum*, *l. 7. c. 6.* Ludov. Gilhaus. *in arb. judic civ. c. 8. part. 5. fol. 615.*

Restitutio in integrum qualiter ex causa absentiæ & ignorantiæ concedatur, vid. Copp. *concl. qq 5. dec. 3.* Berlich *parte 2. concl. 10* Cævall. *q. 48.*

Restitutio in integrum, qui minori competit, vel ex justa causa majori, an competat fisco adversus sententiam, quæ transivit in rem judicatam. Tessaur. *1. q. 59.*

Utrum restitutio, quæ majoribus conceditur, sit favorabilior, quam illa quæ conceditur minoribus. Cævall. *quæst. 410.*

Ad n. VII. Ex regula: Modicum non curat Prætor; hoc noto, quod, etsi condemnatus injuriarum infamiæ maculâ notetur *l. 5. §. fin. ff. h. t. l. 18. C. de his, qui not. infam. l. 7. in fin. ff. de publ jud.* Wurms. *tit. 47. obs. 5. n. 6.* tamen ad modicam injuriam hoc trahendum esse, *per text. express. in c. 23. in fin. de sentent. & re judic.* Gail. *2. obs. 102. n. 2.* Carpzov. *praxi crimin. p. 2. q. 94. n. 73. & seqq.* Berlich. *parte 5. conclus. 63. n. 13. & seqq.* Non enim omnis morbus, locum locum facit redhibitioni, utpura levis lippitudo, aut levis dentis auriculæve dolor, aut mediocre ulcus *l. 4. §. ff. de adil. edict. l. 60. de re judic.* Et modicas impensas arbiter haud competat *l. 12. de impens. in res dot.* Interim observandum, hanc regulam perpetuam non esse, ut patet in exemplis *l. 1. §. 10. de contung. cum emanc. l. 13. ut in poss. legat. nom. l. 1. §. 6 si cui plus, quam per Leg. falc.* Videatur Sebast. Medices *in tract. Mors omnia solv. p. 3. n 127 & seqq.* Arum. *disp. 6. th. 2.* Gail. *1. obs 151. n. 13.* Treutl. *vol. 1. disp. 11. th. 2. lit. a. & vol. 1. disp. 14. th. 11. lit. b. & vol. 2. disp. 30. th. 1. lit. c.* Tabor *in thes. loc. comm. lib. 11. c. 31. axiom. 4.* Vigel. *in M. I R p. 1229 n. 40*

An pendente restitutione, possit fieri executio? vid. Cævall. *q. 830.* Cravetta *cons. 68.* Myns. *1. obs* Christinæus *vol 2. decis. 124 & decis. 137.*

Restitutio in integrum, quale beneficium & quæ in restitutionis libello observanda, vid. Mynsingerum *4. observat. 18.*

TITULUS II.

Quod metûs causâ gestum erit.

SUMMARIUM.

1. *Edictum de vi & metu.*
2. *Metus, quid & differentia inter vim & metum.*
3. *Metus non ponit actum, ipso jure irritum.*
4. *Voluntas coacta, est voluntas.*
5. *Intellectus* l. qui in carcerem 22. h. t.
6. *Intellectus* l. qui in aliena 6 §. fin. D. de acq. hæred.
7. *Intellectus* l. item si 14. § in actione, hoc tit.
8. *Sententia per metum lata, ipso jure tenet.*
9. *Metus dans caussam contractui bonæ fidei, aut in eum incidens, an ponat irritum contractum.*
10. *Promissio dotis per metum, cur non valeat ipso jure.*
11. *Dos, an dicenda accessoria matrimonii, tamquã principalis.*
12. *An res, per metum tradita transeat dominium.*
13. *Cur edictum hoc proposuerit Prætor.*
14. *Requisita ad effectum restitutionis ex metu: I. ut sit illatus ab eo, cui datum, factum, &c.*
15. *Secundò, ut sit gravis & justus metus.*
16. *Tertiò præsens* 17. *Quartò Incussus injustè.*
18. *Captus in bello justo, tenetur ad litrum metu promissum.*
19. *Quintò Metus ab intrinseco procedere debet.*
20. *Iudicis est arbitrari justum metum.*
21. *Metus reverentialis, an censeatur justus.*
22. *Metus injustus, non facit locum edicto.*

23, *Metus justus non excusat communicantem excommunicato.*
24, *Metus irritos poni actus matrimonii, voti, absolutionis à sententia excommunicationis.*
25, *Item; irritam facit testamenti factionem, & tutoris auctoritatem.*
26, *Restitutionem respuunt Ordo & Baptismus.*
27, *Metum passo, quæ actio detur & adversus quem.*
28, *Datur & fidejussori & heredi.*
29, *Finis hujus actionis.*
30, *Est extraordinaria; arbitraria, prætoria.*

1 VAriæ sunt causæ restitutionum. Exordium sumitur à vi & metu, de quibus ita edixit prætor: *Quod metus caussâ gestum erit, ratum non habebo.* Olim ita edicebatur, *quod vi metúsve caussâ*, *l. 1. hoc tit.* & in Cod. Rubrica habet *de his quæ vi metúsve caussâ*; sed verbum, *vis*, Prætor omisit: putavit enim, quòd vi atroci fieret, id metu quoque fieri, voluntate utique præsenti violentiæ cedente.

2 Metus est instantis vel futuri periculi caussâ mentis trepidatio, *d. l. 1. hoc tit.* Vis alia est absoluta & præcisa, alia conditionata, quæ revera & naturaliter vis est, quæ civiliter vis dicitur & interpretatione juris civilis ponit violentum simpliciter, & omnino coactum & ita contrarium voluntati: ut definiatur, esse violentum quid, Factum ab extrinseco, passo nihil conferente, id est, non concurrente. Ut rectè dicat JC. *l. 2. hoc t.* esse majoris rei impetum, cui resisti non potest. Hæc verò voluntatem minimè excludit, uti nec metus; cùm ipsum passum concurrat, eligendò minus malum, ut evitetur majus, ut per vim talem & metum, actus caussati, sint absolutè voluntarii & liberi.

3 Non est tamen extra dubitationem, an metus non ponat actum irritum? cùm sint loca, quæ hoc adstruere videantur. Dicendùm tamen, contractum metum initum, ipso jure valere, per *l. si mulier 21 in fine, hoc tit.* ubi dicit JC. quamvis, si liberum esset, 4 noluissem, tamen coactus volui: * unde colligunt communiter interpretes, coactam voluntatem, esse voluntatem & de juris rigore obligare. Facit, quòd *d. l. 1.* edicat prætor, *quòd metûs caussâ gestum erit, ratum non habebo*: quod verbum futuri temporis significat contractum irritandum esse; ut necessariò sit dicendum, ipso jure eum valere; præsupponit enim privatio habitum. Eodem facit, quòd dicitur, *Instit. de except.* eum, qui metu coactus promisit, jure civili obligatus esse.

5 Nec obstat primò *l. qui in carcerem 22. hoc tit.* ubi dicitur, extortum ab eo, qui in carcerem est detrusus, nullius esse momenti; qui ibi ultra metum adest dolus & calliditas pessima ejus, qui aliquem inclusit, ut quid ab eo extorqueat; atque ita in ejus odium contractus, rectè ponitur nullius, ne prætextum justitiæ; quis constituat, suæ iniquitatis instrumentum. Vel dici potest, istam legem esse accipiendam, non quòd ipso jure sit nullius momenti obligatio, sed tantùm quoad effectum, secundùm *l. 5. in princ. inf. de vi publ.* ubi obligationem, per inclusum initam, dicitur lex rescindere.

6 Non obstat secundò, quod dicitur *in l. qui in aliena 6. §. fin. inf. de acquir. hæred.* scil. non tenere additionem metu factam: quia ibi non solus metus facit additionem irritam, ut patet *ex d. l. 21, in fine*; ubi metu inductus adiit & dicitur hæres esse, licèt veniat restituendus; quod & habet *l. si metus 84. inf. de acquir. hæred.* sed simul & deest animus adeundi, uti patet ex verbo *fallens*: præmiserat enim ibi occultè protestationem hæres, se nolle adire.

7 Non obstat etiam 3, *l. item si 14. §. In hac actione, hoc tit.* ubi dicitur quòd metus in se habeat ignorantiã, quæ consensui est contraria; qui est de substantia omnis contractûs, ut eo deficiente, deficiat contractus: nam hoc non accipiendum de actu, de quo agitur, sed referendum ad eum, qui metum intulit, qui ignorari potest & pro hac interpretationi facit textus *in d. l. 14, §. In hac actione, vers. Et meritò quis*. Et licèt metus faciat consensum minùs esse liberum, non tamen & deficere: quòd satis est ad obligationem ponendam. Atque hæc ita in contracti-8 bus stricti juris facilè admittuntur: * ut etiam sententia per metum lata, quamvis excommunicationis, ipso jure teneat, & ubi de metu constiterit, irritanda per actionem de metu veniat. Glossa *in c. Abbas*, & ibi Panorm. *h. t.* Pro qua parte facit, quòd singulariter sententia absolutoria à vinculi excommunicationis metu extorta, declarata sit nulla *in c. unico, eod. in 6,* ut exceptio firmet regulam in contrarium Navarr. *in Manuali, cap. 27, n. 30.*

9 Quæstio verò est, an & procedat in contractibus bonæ fidei, ut, si metus iis caussam dederit, sint dicendi nulli? Dubitandi ratio sumitur ex iis, quæ dicentur inferius *tit. seq. de dolo*: qui quidem dolus, dans caussam contractui bonæ fidei, eum ponit nullum, non etiam contractum stricti juris. Quam sententiam videtur amplecti Cujac. *in l. si quis 36 inf. de V. O.* Et pro ea facere videtur; Primò, quòd, ut talis dolus facit deficere consensum, ita & metus: nam & hic dicitur contrarius consensui, *l. nihil 116, inf. de R. I.* Secundò facit *l. 1, Cod. de rescind. vendit.* ubi venditio, quam quis metu inductus fecit, ducitur rata non habenda. Tertiò *per l.*

Si mulier at, §. *Si dos*, *h. t.* ubi ex promissione dotis per metum, nulla dicitur nasci obligatio. Verum dicendum indistinctè, contractum initum per metum, sive eum caussantem, sive incidentem, valere de jure: cùm nullibi ista distinctio reperiatur in jure expressa, quoad metum, quæ in dolo est recepta. Estque ratio diversitatis magna, propterea quòd dolus, licèt non faciat substantialem consensum deficere, dolo tamen inductus ad consentiendum, erret in caussa consensûs; atque ita videatur consentire sub conditione, si res ita se habeat, quâ deficiente, lex, bonæ fidei contractum irritat: metu autem inductus non errer in caussa consensûs, cùm illam noscat. Quò facit, quòd *d. l. 21, in fine* dicatur contractum valuisse: & *Instit. de except.* metus coactus promittere, obligatus esse jure civili: atque aliis locis, metu gestum infirmandum esse; ut necessariò valere debuerit.

Atque ita cessat primum argumentum. Non obstat etiam secundùm: nam ibi verbum, *irrita*, non intelligendum ipso jure, sed quoad effectum, quia rescindenda erat venditio, ut rectè ibi tradit Glossa; quo modò non rarò, verbũ istud in jure accipitur.

10 Non obstat tertium; quia videtur singulare esse in dote, ut eam promittens per metum, non teneatur: cùm aliàs stipulatio metu extorta, ipso tamen jure valeat, *l. pen. C. de inutil. stipul.* In ratione specialitatis laboratur. Videtur aliquibus, ideo promissio dotis ibi esse nulla, quòd sit facta sine certa quantitate; qualis promissio nulla est, propter incertitudinem, ut dicetur infrà *tit. de jure dotium*: aut, si tacitam habeat relationem ad arbitrium boni viri, *arg. l. 3, cod. de dotis promiss.* licèt promissio possit dici valere, metus tamen non facit, eam habere effectum, quia vir bonus, non debet arbitrari super iis, quæ metu sunt promissa. Aliis videtur, in eo ponenda ratio specialitatis, quia matrimoniũ metu contractum sit irritum, *c. Cum locum*, ꝶ *de sponsal.* Atque ita, ut principale est irritum, ita & dicendum irritum accessorium, scilicet dotis promissio, *c. 3.* ꝶ *de donat. inter vir. & uxor.* Verum istæ solutiones non videntur nodum solvere, cùm non tam ponatur vis in quantitate incerta promissa, quàm in metu: atque ita quærenda ratio, quare metus, dotis promissionem nullam ponat; cujus actio olim fuit stricti juris, quàm, ut non annullat dolus, ita multò minùs metus. Ut rectè dicat Cujac. *in d. l. 21, §. Si dos*, speciale esse in dote, non tamen adsignans rationem specialitatis. Qui in eo mihi errare videtur, quòd hodie dicat, ideo metum ponere dotis promissionẽ nullam, quia sit bonæ fidei, cùm *in d. l. 21, §. Si metu*, agatur de actione bonæ fidei, quam tamen metus non annullat. Ubi non rectè id ait fieri idem Cujac. quòd agatur de distrahendo contractu, cùm & metus distrahendo adhibitus, non tam infirmet ipso jure, quàm infirmari contractum faciat, *l. fin. C. hoc tit.* Quò facit, quòd *d. l. 21. §. penult.* dicatur coactus voluisse: & *l. 1, h. t.* habeat, metu gesta, Prætorem non habiturum rata, scilicet per restitutionem. Quæ indistinctè prolata, non rectè accipiunt distinctionem, cùm, ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debeamus. * Non constat etiam solutio, quòd dos, uti accessoria, sequatur matrimonium, suum principale: nam hoc verum esse posset, quando eadem est accessorii & principalis ratio, quæ hic est diversa. Nam ideo matrimonium metu contractum, irritum habetur, quia agitur de magno præjudicio & irreparabili, cum mutuo consensu tradatur jus, in corpora, ita, ut unus efficiatur dominus corporis ex consensu alterius. Ideóque requiritur consensus liber, qui non est, ubi metus est adhibitus: quæ ratio cessat in dotis promissione: Ut dicendum sit, *in d. §. Si dos*, caussam specialitatis videri in eo consistere, quòd, si semel dos permissa metu, valeret ipso jure, non posset rescindi per restitutionem, propter incommodum, quod sentiret mulier, quæ indotata redderetur: ut maluerit lex ab initio promissionem irritam ponere, quam postea in deceptionem mulieris eam irritare, non sine incommodo matrimonii. 11

12 Hinc resolvi potest alia quæstio, an rei, per metum traditæ, transeat dominium? Quod affirmandum, cum traditione, rerum dominia transferantur, concurrente titulo de jure valido, *§. Per traditionem 40. Instit. de rerum divis.* Hic autem, cum traditione concurrit titulus, qui habetur etiam ex contractu, per metum celebrato, qui contractus, non est nullus secundùm dicta, quamvis veniat rescindendus. Nihil obstat, quòd metum passus dicatur, habere jus in rem, *l. Metum 9. §. Volenti, hoc t.* nam hoc tantùm ratione restitutionis prætoriæ, quæ facit rem non videri exivisse ex ejus patrimonio, qui metum passus est dátque actionem in rem, contra quemcunque possessorem; *l. item si 14. §. In hac actione, hoc t.* Gl. *in cap. unic. cod. in 6*

13 Nihil itaque facit metus, quò minùs teneat contractus, & ex eo fit actio, *Institut. de exception. in princ.* Quia tamen minùs æquum erat, coactè obligatum exequi, edixit Prætor, metûs caussâ gestũ, ratum se non habiturum, concessâ & exceptione & actione illi, cui vis illata: illâ, ut se adversus petentem defendat, eum rejiciendo, hac, ut, si quod gestũ est, non fuerit integrum, judicis officio rescindatur: veluti, si res tradita fuerit per vim, ea retrotradatur; si li-

si liberatio per acceptilationem contigerit, in pristinum statum obligatio restituatur, *d. l. 9. §. Ex hoc edicto.*

14 Requiritur autem ad hunc effectum; Primò, metus sit illatus ab eo, cui datum, factum, promissum, aut etiam ab alio, in eum finem, ut alicui daretur, fieret, promitteretur, *d. l. 14. §. In hac actione, hoc tit.* cùm satis sit, per metum esse datum, factum, promissum. Quod quis sibi metuens, auxilii gratiâ alteri promittit, aut dat, ad metum non pertinet, nec ideo restitutio petetur, cùm vis, non sit commissa ab eo, cui datum, nec ab alio eum in finem, ut eleganter respondisse dicitur Pomponius, *in d. l. 9. §. Animadvertendum, h. t.*

15 Secundò, sit metus gravis alicujus mali, cadens in constantem virum, *l. 5, & 6. h. t.* ubi JC. vocat metû, majoris malitatis, qui movet, ut quis potiùs eligat, quod offertur, quam gravius incurrat: cujus modi est metus mortis, mutilationis, gravior cruciatus corporis, carceris, servitutis, stupri, amissionis bonorum, gravis infamiæ, *l. 3, 4, 7, 8, hoc t. l. 7. C. eod. c. 1, 2, 6, ꝗ eod.* Ratio est, quòd talis metus, si non tollat consensum, impediat tamen requisitam ejus libertatem: quam, cùm non impediat levior metus, licèt graviori malo anteponatur, non faciet tamen restitutionem indulgeri, *d c 6,* Justi metus species est, de qua *in l. 3, inf. de extraord. cognit.* ubi Medicus, cui curandos oculos suos, qui iis laborabat, commiserat, ad periculum eorum amittendorum per adversa medicamenta compulerat, ut ei possessiones suas contra bonam fidem æger venderet: meritòque respondit JC aut præcepit potius, in civile factum, Præsidem provinciæ coercere jubere, rémque restitui debere. Meritò etiam Imperatores voluere Medicos ea tantùm accipere, quæ sani offerent, non quæ periclitantes pro salute promittunt, *l. 9, C. de profess. & med. lib. 10.*

16 Tertiò, sit metus præsens, non suspicio tantùm inferendi, quæ vana est, *l. 7. hoc tit.* Quo modo minæ non ponent justum metum, neque ad Edictum hoc pertinebunt, cùm non ex jactationibus, sed facti atrocitate, metus sit probandus *l. 9, cod eod. t.* Facit *d l. 7,* ubi timor infamiæ hoc edicto non continetur. Justa tamen & probabilis suspicio metûs, habetur pro metu, ut in specie *d. l 7, §. 1.* veluti si ex sit conditio incutientis minas, ut eas soleat exequi in eodem genere malitiæ, *l. 7, § Hoc tamen, inf ad leg. Iul. majest.* tunc enim præsentem & verum metum, non etiam, vanum timorem ponunt, *d. l 7.*

17 Quartò, sit incussus injustè & per injuriam: nam aliàs non est, quod faciat actum irritari, Hine damnatus, si eligat ducere meretricem, aut turpem personam, ut liberetur à morte, tenet matrimonium, quia non potest dici subesse justus metus, cùm damnatus suâ sponte elegerit hanc viam, ad evitandum periculum, Idem est, si promittatur impunitas, sub conditione ducendi aliquam, quod eligatur, modus evadendi periculum instans Sic & causâ tempestatis vovens tenetur. * Hine patet captum in

18 bello justo teneri ad conventum redemptionis pretium, nec justè se excusare, quòd coactus promiserit, aliàs non promissurus, si liber fuisset *l. qui in carcerem 22, ubi* Costal. *h. t.* Sic & quod magistratus jure licito infert, extra metum est *l. 3, h. t.*

19 Quintò, sit incussus ab extrinseco: quia, si ab intrinseco procedat, uti à morbo caussante mortis metum, non poterit dici justus, cùm à natura procedat *c. sicut ꝗ de regularib* * Hac in parte plurimum va-

20 let judicis arbitrium *l. 3, inf ex quibus caussis maiores,* &c qui perpendet ex circumstantiis & subjecti qualitate, an sit metus sufficiens. Neque enim quivis ordine eodem judicandus, cum puero gravior sit metus, quàm viro; fœminæ quàm masculo *arg can. indignatur 32, q 6, &c. Licet inferre ꝗ de homicidio.* Menoch. *2, arbitr. casu 135,* In se, an in liberis suis quis metuat injuriâ, non refert *l. 8. in fine h. t.* Quod & de parentibus rectè dicitur Innoc *ad c. Cùm locum n 1. ꝗ de sponsal.* uti & de conjuge atq; aliis consanguineis *per c. Sciant 12, de elect. in 6,* Quomodo Felin. *in c. Ecclesiæ n 99, de constit.* dicit resignationem beneficii, ob metum consanguineis illatum, rescindendam esse, & beneficium resignanti restituendum. Levis metus cùm non impediat in viro constanti libertatem consensus, non facit huic edicto locum.

21 Ubi quæritur, an metus reverentialis censeatur justus, qualis est, quo inferior reverentiâ superioris, ut uxor mariti, filius patris, quid admittit, veluti aliquam ducit in uxorem, aliàs non dicturus? Aliqui eum ponunt justum, ad actus rescissionem *per l. 1, §. Quæ oneranda inf. quar. rerum actio & l. 4, inf de R. I.* ubi filius non creditur velle, qui obsequitur imperio patris. Facit *& l. pen. inf. de furtis,* ubi ob verecundiam non restituenti dicitur fieri furtum. Verior tamen est sententia, solum metum reverentialem non sufficere *per l si patre 22. inf. de ritu nupt.* ubi patre cogente ducens aliquam, quàm aliàs non duxisset, maluisse tamen dicitur, & nuptiæ tenent, quæ aliàs, si reverentia justum metum poneret, nullæ forent *c Cùm locum ꝗ de desponsal. l. Fidejussor §. 1, inf. de pignorib.* Ubi non facit, quo minus pignus filii, quod ipse suâ scriptura firmavit, licèt ductus paterna reverentia, teneat: quod non foret, si justum metum ea res poneret. Nisi tamen alia violentia accedat incussio, uti *in c. Ex litteris ꝗ de desponsl. impub.*

impub. ubi additur, *nolens & invita minis parentum impulsa.*

Non obstat *d. §. Quæ onerandæ:* nam ibi non tantùm agitur de reverentia, sed & de aliis minis, ut colligitur ex verbo, *nimia reverentia*, quæ facilè caussat malum gravius in liberto. Non obstat etiam *d. l. 4.* quia rectè accipitur de liberè non consentiente. Nec obstat *d. l. pen.* quia loquitur in actu præjudiciali, in quo non est facilè, ut præsumatur consensus ex taciturnitate. Vid. Covarr *de Matrim. p. 2. §. 6. n. 4.* Menoch. 2. *Arbitr. casu 136.* Fach. 2. *contr. c. 96.* Gail. 2. *obs. 93. n. 22.* Ant. Fab. *in C. suo, h. t. defin. 4. & 6.*

22 Injustus metus, numquam edicto locum facit, nec excusat. Unde in actibus contra bonos mores, qui peccatum ponunt, etsi metus attenuet factum, non tamen omnino excusat, cùm nullum sit malum, quod præponderet peccato, *c. Sacris 5. ÿ hoc tit.* Quò spectat, quòd eleganter rescriptum à Pont. Nicolao: Nec occisores corporis sunt timendi, contra justitiam, hominem impellentes. Facit etiam, quod habet Philosophus, *3. Ethic. cap. 1.* Sunt, inquit, quædam, ad quæ non licet quemlibet esse compulsum, sed potiùs oportet, summa perpessum tormenta & mortem obire. * Hinc communicantem cum excommunicato non excusat justus metus, *d. c. 5.* eò quòd rei isti subsit peccatum. Nisi talis sit metus, qui tollat actus communicandi malitiam, veluti, si agatur de vita, nisi communicet. Neque enim pura ecclesiastica lex obligat, cum mortis periculo, secundùm omnes: per accidens tamen posset obligare, ratione concurrentis juris naturalis, aut divini, obligantis cum vitæ discrimine. Quo modo, si communicatio ponere scandalum, aut peteretur in contemptum clavium, aut in ipso crimine, aut in divinis, minimè excusabit eum, qui causâ metûs incussi, licèt gravissimi, obsequitur. Ratio non est in præcepto humano, de non communicando, sed in vi præcepti divini, tunc concurrentis, quod mandat evitari scandala, occurrere damno & despectui religionis: ut, cùm subsit intrinseca malitia tali actui, nihil excuset metus. Et in hoc casu accipiendus est Pont. *in d. c. 5.* non etiam generaliter, licèt generaliter loquar. Covarr. *ad c. Alma, p. 1, §. 1. n. 9. & seqq.* Navarr. *in Summa, c. 27. n. 36.*

24 Sunt etiam actus, quos metus omnino ponit irritos; uti matrimonium, propter summam sui libertatem, qua de re *Ext. de sponsal.* Idem juris est in voto, cujus effectum impedit metus, propter requisitam & in hoc pleniorem libertatem, *ÿ de voto.* Absolutionis etiam beneficium, à sententia excommunicationis, aut alterius censuræ, vel quamcumque revocationem, vi, vel metu extortam, auctoritate vacuari, rescriptum est *c. unico, eod. in 6.* * Volunt & testamenti factionem coactam, irritam esse, *l. qui testamento 20. in fine, inf. qui testam. fac. poss.* ubi testis coacti testimonium, non salvat testamentum: quod multò magis videtur dicendum in testatore coacto Jason *in Rub. C. si quis aliq. testari prohib. n. 3.* Contrà Peregrin *de jure fisci, lib. 2 tit. 6. n. 4. & seqq.* Menoch. 2. *Arbitr. casu 395. n. 7.* Fachin. 10. *contr. c. 15.* Tutoris etiam auctoritatem, metu expressam inutilem esse responsum est *l. 1. inf. de auctorit. tutor.* & prorogatam in aliquem jurisdictionem, nullam esse, habet *l. 2. in pr. inf. de judic.* quia non est invitus quis subjiciendus Judici, non suo. * Sunt è contrà actus, qui restitutionem non admittunt, etsi maximè metus iis caussam dederit, uti Ordinis susceptio & Baptismus, *c. 3. §. Item quæritur, ÿ de Baptismo*: nam metus, cùm non tollat voluntatem, non impedit etiam characteris impressionem, qua de re, vide dicta *ad Decretal. eod. tit.*

25

26

27 Caussat itaque metus justus, ut detur exceptio, aut actio illi, qui metu inductus obligavit se, aut actionem remisit. Quæ actio personalis quidem est, sed in rem scripta, *l. 9 §. fin. h. t.* ut, non tantùm detur contra eum, qui vim intulit, sive per se, sive per alium, sed & contra eum, ad quem res metus excussa pervenerit, *d. § fin.* Cùm non quæratur, quis metum fecerit, sed tantùm docendum sit, metum esse incussum & ex hac re eum, qui convenitur, etsi crimine careat, lucrum tamen sensisse, *l. item si 14. §. In hac actione, h. t.* * Restitutio actoris, prodest & ejus fidejussori, quia actio hæc est in rem scripta. Imò interdum & soli fidejussori subvenitur, si ille solus est obligatus per metum, *d l. item, §. Labeo ait.* Datur & hæredibus contra hæredes, ne dãno alieno ditentur, *l. quod diximus 16. in fine l. 17. & 18. h. t.*

28

29 Finis hujus actionis est, ut extorta restituantur, cum fructibus & omni caussa, etiam non perceptis, si percipi potuissent à metum passo, ne temeritas sua alicui sit lucro, innocenti autem damno, cui integer status reddendus, quatenus fieri potest. Contrà, si metum passus quid acceperit, id reddat æquum est, cùm satis illi esse debeat, quòd servetur indemnis, *l. 3. & 4. C. h. t.*

Ubi quæri posset, an possessori, an ei, qui metum intulit, reddendum sit, quod est acceptum? Videtur satis esse, reddatur possessori. cùm exceptio primi emptoris transeat in ejus successorem, etiam singularem, *l. fin. inf. de except. rei vend.* Speciale est, quòd iis, qui officii nomine metum intulerunt, pretium non reddatur, *l. pen. C. h. t.* quòd gravius illorum sit delictum.

Hæc

Hæc actio, non aliàs competit, quàm, si alia nulla supersit: nam, cùm sit extraordinaria, cessat, ubi est ordinaria, *d. l. item*, §. 2. Arbitraria quoque est, simplum continens, si jussu judicis reus rem restituat, qui aliàs ob contumaciam in quadruplum est condemnandus, *d. l. item 14. §. Hæc autem*: idque intra annum, quia est prætoria pœnalis, quæ annum non egreditur: post annum est perpetua, in simplum, quia est rei persecutoria. Tertius possessor etiam in quadruplum damnatur, *l. 9. §. fin. d. l. item*, *§. In hac actione*. Neque mirum, cùm quadruplicatio non oriatur immediatè ex metu illato, sed ex contumacia erga judicem, ejus arbitrio, rem non restituendo: quàm, ut possessor committit, ita & pœnam sentit.

ADDITAMENTA

Ad tit. II. Quod metus causâ gestum erit.

Metus est, vel concussionis, vel impressionis, vel violentiæ Suspicionis. Gail. 1. *de pace publ. c. 2. n. 8*

Adn. II. In hoc sit nulla alia vis intelligitur, quàm compulsiva, per quam ponitur necessitas quid faciendi, quod aliter non fieret. Vid. Schot. *in exam. jurid. p. 170.* ubi omnes vis species recenset: adde Bacc. *ad Treutl. vol. 2. disp. 26. th. 5. lit. a* Et Schvvanm. *in observ. camer. obser. 141. num. 7.*

Si vi, metùve extortum est juramentum, an absolutio antè sit petenda, quàm fiat restitutio? negant plerique Legistæ: Canonistæ verò affirmant: bene distinguit Panorm. quem sequitur Gail. 2. *obs. 42.* an factum, super quo juratur, ipso jure prohibitum sit, nec ne.

Adn. XVI. & XXI. Minæ à potentioribus factæ, dicuntur formidabiles. Gl. Bart. & Bald. Castrens. Salic. & comm. Dd. *in l. metum 9. ad verb. jactationibus, C. de iis, quæ vi metùsve causa* Tabor. *Thes. l. c. comm. lib. 11. c. 30. axiom. 1.*

Adn. XXVIII. Si quis, justo metu coactus promisit summam pecuniæ, vel aliud quidpiam, & fidejussorem dedit cogenti, fidejussor etiam solvere coactus est, an teneatur principalis obligatus ad solvendum, vel restituendum fidejussori, vid. Afflict. *decis. 149. n. 3. & seqq. & ibib. in addit.* plura.

TITULUS III.

De Dolo malo.

SUMMARIUM.

1. *Dolus bonus & malus quis*
2. *Dolus, vel dat caussam contractui, vel incidit in contractum.*
3. *Dolus dans caussam contractui, eum reddit ipso jure nullum.*
4. *Datur actio, etiam ex contractu, ipso jure nullo.*
5. *Intellectus* l. si dolus, C. de rescind. vend.
6. *Alia est ratio metûs, alia doli.*
7. *Contrahentibus licet naturaliter se circumvenire.*
8. *Dummodo levior fuerit læsio.*
9. *Decipiens tenetur servare contractû, si deceptus velit*
10. *Contractus quatenus claudicare non debeat.*
11. *Dolo caussato per tertium contractus tenet.*
12. *Dolus incidens in contract. um bonæ fidei, non nocet.*
13. *Dolus, sive incidens, sive dans caussam contractui stricti juris, non reddit eum inutilem.*
14. *Consensus substantialis contractus, quatenus vitietur per dolum.*
15. *Actio de dolo, quando & cui competat.*
16. *Concurrit cum alia actione generali, non speciali.*
17. *Non nisi ex justa caussa danda.*
18. *Furti agi potest, etiam, ob rem minimam.*
19. *De dolo datur & exceptio & actio.*
20. *Actio de dolo non datur in parentes.*
21. *Datur in pupillum.*
22. *In tutorem,*
23. *In hæredem, quatenus ad eum pervenit.*
24. 25. *Est arbitraria actio & rei persecutoria.*
26. *An biennii lapsu perimatur hac actio,*

Exosus est & dolus prætori, scilicet malus, ut habet Rubrica, ad distinctionem doli boni, qui est 1

quædam solertia, quâ citra reprehensionem machinamur aliquid in hostem, aut latrones, *can. Dem 23. qu. 2.* aut fraudem, aliàs nobis nocituram excludimus, *l. 1. §. Non fuit, hoc tit.* Dolus malus describitur esse, omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum alterum adhibita, *d. l. 1. §. 1.* Committitur non tantùm delinquendo, sed & contrahendo, tam in strictis, quàm bonæ fidei judiciis.

Ubi controvertitur, an contractus ipsos irritos 2 & nullos faciat? Ad faciliorem resolutionem supponendum est, dupliciter dolum in contractu reperiri; Primò, ut ei det caussam, quando dolosis suasionibus ad contrahendum quis inducitur, aliàs non contracturus. Secundò, ut incidat tantùm in contractum, quando aliàs contracturus quis esset, dolo autem ejus, cum quo contrahit, in pretio aut alio simili decipitur. 3 * Prioris generis dolus contractum bonæ fidei ex parte decepti facit esse irritum, ex eòque non poni obligationem, *l. & ei leg. inter 7.* ubi Gl. Bart. Costal. & alii *hoc tit. & l. 3. in fine pro socio:* idque ratione involuntarii, non circa consensum, ut ponit, substantiam contractus sed circa caussam, ut inferiùs dicetur. Dico, ex parte decepti; nam ex parte decipientis videtur obligatio esse valida, ut mox quoque dicemus. Nec est, quòd audiantur communi opinioni contradicentes, utque adsentientes contra dictam legem & similes etiam ipso jure contractûs bonæ fidei valere, licet iis dolus caussam dederit, *per leg. Julianus 13. in princ. & §. Si venditor, inf. de action. empti*, ubi ex contractu, quem dolus caussavit, datur actio, ut videatur tenere contractus; * cùm manifestissimum sit, 4 dari quoque actionem, ubi contractus est ipso jure nullus, non quidem ad observationem ipsius contractus, qui nullus est, sed ad id, quod interest, *leg. qui officii 62. §. primo, inf. de contrahend. empt.* Mudæus *ad titul. de action. empti cap. Communia utriusque actionis numero nono.*

5 Movet & aliquos contra communem *leg. si dolus, Cod. de rescind. vendit.* ubi videtur dolus dedisse caussam venditioni & tamen dicitur contractus rescindendus, ut videatur valuisse. Verùm in ista lege Imp. utitur verbo, *rescindi*, de facto, non etiam de jure, quasi valuerit contractus: vel cum Cujac. *in recit. d. l. 1.* dicendum; ibi agi in casu, quo venditio erat confirmata traditione, quæ dicitur rescindenda.

6 * Movet etiam alios, quòd passim dolus & metus conjungantur; hic autem non impediat obligationis ortum, ut dictum tit. superiori; ut, nec ille impedire debeat. Sed dicendum, aliam esse rationem metûs, aliam doli: ille enim non continet ullum errorem, etiam circa caussam, hic verò, errorem circa caussam continet, cujus ratione leges irritârunt contractum. Bart. *ad d. l. 7. n. 6.* Nec debet quidquam movere conjunctio; neque enim omnia conjuncta, sunt æqualia per omnia.

7 Non etiam debet quemquam movere, quòd dicatur, naturaliter licere contrahentibus se circumvenire, *leg. in caussa 16. §. penultimo, inf. de minoribus.* Nam hoc non est accipiendum de natura à ratione proveniente (nam ea bonum & æquum fovet, cui contraria est deceptio) sed de ea, quæ à prava sensualitate provenit & desiderio votóve vilius emendi & cariùs vendendi, quod habentes dicuntur emptor & venditor ad contrahendum accedere, *leg. si voluntate 8. Cod. de rescind. vend.* Ut de auctoramento fraudationis non rectè, sed pro mutua quadam & tacita diligentia contrahentium dictus locus sit accipiendus, qui non dedignantur de suo jure, sive scienter sive ignoranter aliquid modicum remittere, cum difficile sit exactam æqualitatem scrutari & servare. Ut hæc circumscriptio, cujus fit mentio *in d. §. penultimo*, non tam sit dolus, quàm industria quædam œconomica, studiumve aliquod rei familiaris augendæ, dum emptor, quod pluris est, minoris emere, venditor, quod minoris est, pluris vendere tentat, *secundùm leg. item 22. D. locati.* Alias, sublata spe quæstus, langueret mercatus. 8 * Accipienda autem dicta lex, de levi læsione; nam in ea mutua conniventia quid operatur. Sin gravior fuerit, ad restitutionem tenetur ille, qui læsit, etiamsi læsio sit ultra dimidium, ut rectè tradit Covarr. *2. Var. cap. 4.* etiam cessante dolo: licèt in eo videatur rem minùs attingere, quòd talis læsionis nomine actionem det, vid. Molin. *de contract. usur. q. 14.* Ludov. Molina *de contract. disp. 320.* Pinell. *ad l. 2. p. 1. n. 32. C. de rescind. vend.*

Hæc ita ex parte decepti. Alia quæstio est, an teneatur servare contractum decipiens, si deceptus velit? Quod dicendum, cùm ex illius parte consensus sit absolutus ut temere refragetur, si alter urgeat. 9 * Nec obstat, quòd contractus utrimque sit obligatorius, nec claudicare debeat: nam dolus interveniens facit eam regulam pati exceptionem; uti & patitur in contrahente cum pupillo, sine tutoris auctoritate, *Institut. de auctorit. tut. in princ.* Quod idem obtinet in contractu celebrato; de re Ecclesiæ sine Episcopo, quia non tenet in præjudicium Ecclesiæ, tenet tamen ex parte

parte ejus, qui contraxit, si velit Episcopus *cap. Si qua de rebus 22. quæst 2.* Nec potest dici, id esse in pœnam doli, secundum aliquos, qui ideo negant, teneri dolosum ante sententiam: non enim agitur hoc in casu de pœna, sed de consensu, qui hic liber & absolutus est in decipiente, ut ex ejus parte non possit dici contractus nullus, sed tantum ex parte decepti: quo modo *in leg. si dolo, inf. de rescind. vend.* tantum ad petitionem decepti, dicitur rescindi emptio. Ubi non rectè quis dixerit, agi de contractu valido; nam pater in principio legis, agi de invalido, cùm postea subjungatur casus, quo jure valuit. Sic & *in capite primo, & de eo, qui duxit eam, &c.* non datur licentia resiliendi ei, qui inscium suæ conditionis decepit: non ratio pœnæ, cujus ibi nulla fit mentio, sed consensus, qui non potest deesse ei, qui alterum ad contrahendum invitavit.

11 Quid si dolus non fit caussatus per alterum contrahentium, sed per tertium? Posset videri contractus esse irritus, ex caussa doli, qui intervenit. Verius tamen, cum tenere, quòd dolus non debeat obesse ei, qui eum non caussavit: tunc enim dolus ponit irritum contractum, quando procedit ab injuria alterius, cum quo contrahitur, ne ei suus dolus prosit. Erit tamen hoc casu actio in tertium, qui dolum adhibuit, *leg. 2. in fine. inf de proxenet.* Aut, si ille solvendo non sit, succurrendum erit circumvento, ratione resultantis inæqualitatis, reducendo contractum ad æqualitatem.

12 Posterioris generis dolus, qui scilicet tantùm in contractum incidit, non facit, quò minus contractus, ipso jure sit validus, cùm consensus sit absolutus circa principalem materiam, ut caussa contractus dici nequeat esse dolus. Estque actio decepto, non ad contractûs rescissionem, sed ad id, quod interest; cùm, si dolo usus non fuisset, alter contrahentium tantùm teneretur, quanti minor is, *leg. Iulianus 13. in princ. & paragrapho Item qui,* ubi Mud. *inf. de actionibus empti.* Hæc ita in contractibus bonæ fidei, in quibus doloso, seu decipienti, non datur optio, etiam in casu posteriori, vel rescindere contractum, vel ad æqualitatem reducere, cùm lex nulla statuat aliquid, in ejus favorem: cederet autem ejus favori ista optio. Covarr. *2. var. Resol. cap. 4 num. 12.*

13 Stricti juris contractus, ipso jure subsistunt, non tantùm dolo incidente in contractum, verùm & caussam ei dante, *leg. si quis cùm aliter 36. inf. de V. O. leg. de dolo, Cod. de inutil. stipulat.* & de dolo agendum, ut rescindatur, *DD. ad leg. 7. h. t.* Bronch. *cent. 1. assert. 57.* In ratione diversitatis laboratur. Communiter hæc adsignatur, quòd in bonæ fidei contractibus, dolus magis vitiet & auferat consensum, quatenus est de substantia contractus. Verùm ea ratio non subsistit, cum & locum sibi vindicet in contractibus stricti juris: nam & in illis substantiam, in est consensum, quo nituntur, facit deficere dolus. Ut hæc differentiæ ratio non possit videri sufficiens & dicendum sit,

14 consensum substantialem contractus non magis vitari per dolum, in bonæ fidei quam stricti juris contractibus, ut tradit Bart *ad d. leg. 7 numero sexto*, cùm, licèt amoto dolo contrahens non fuisset contracturus, verè tamen in contractum consenserit, ut eatenus contractus sit validus: ut patet ex matrimonio, quòd licèt dolo initum, nihilominus est validum, quatenus dolus est tantum circa qualitatem, ut tradit, alios allegans, Covarr *ad 4. decret. parte secunda, capite 3. §. 7. numero 4. & ad cap. Possessor p. 2. § 6 numero 6. & 7.* Consensum, inquam, ut est substantialis contractui, non vitiats quidem, circa caussam tamen, consensus errorem poni ratione doli: ut contrahens tantùm consentire videatur sub aliqua conditione, quæ falsa, facit deficere consensum in bonæ fidei contractibus, in quibus habetur ratio ejus, quod æquum est, licèt non deductum in pactum: æquo autem contrarius est dolus, *leg. 3. § penult. inf. pro socio.* In contractibus stricti juris, licèt aliquis sit inductus per dolum, verum tamen est, eum consensisse & licet in caussa erraverit, illa tamen, quia est extra contractum, non attenditur in istis de rigore juris, cùm strictam habeant interpretationem, in quibus non veniunt, nisi ea, quæ exigit stricta actionis natura, juxta tradita *ad §. in bonæ fidei, Instit. de actionib.*

15 Nunc ad edictum prætoris veniamus, quod ita habet: *Quæ dolo malo facta esse dicentur, si de his alia actio non erit & justa caussa videbitur, judicium dabo.* Ex quibus verbis patet non aliàs, actioni de dolo esse locum, quàm, si desit alia actio, quod & expressum *leg 2. Cod. eod.* Ratio est, quòd ejusmodi actionis genus, quo perpetuæ ignominiæ notâ inuritur, *Inst. de pœna temere litig §. Ex quibusdam*, non debeat à prætore temere decerni, habitâ aliâ actione, quâ quis experiri & suum consequi potest, *l. 1. §. Ait prætor, h. t.* sive ea sit civilis, sive honoraria, sive etiam interdictum, aut exceptio *d. §. Ait prætor:* sive adversus eum, qui dolum fecit, sive adversus alium res servari possit, *d. l. 1. in fine & leg. seq.* Hinc actio hæc competit majori, qui dolo substituti hæreditatem non adiit, quia ad eum nullum ei aliud salvum est remedium,

l. Debitori 7. C. h. t. non etiam minori, taliter circumscripto, quòd illi per restitutionem consulatur, *d. l. 1. §. idem Pomponius refert.* Vid. Bronch. *cent. 1. ass. 58.* • Est tamen hoc primò accipiendum de alia actione speciali: nam cum generaliori hæc actio concurrit, uti certi condictione, quæ datur ex omni contractu, *l. certi 9 in princ. inf. si certum pet.* Glossa *in l. 2 C. h. t.* Secundò de actione non famosa; nam famosam alia admittit, ut: Quod metûs causâ, *l. item 4. §. Eum qui metum sup. tit. prox.* concurrit & cum actione mandati in specie, *l. 1. C. h. t.* quia istæ actiones sunt famosæ, *l. 1. sup. de his, qui not. infamiâ.* Ratio est, quòd hoc casu nihil interſit ejus, qui convenitur, quâ actione conveniatur.

17 Additur in Edicto: *Et justa caussa esse videbitur;* quia actio hæc, tam gravis, non facilè indulgenda, nisi causâ cognitâ & non ob modicam summam: quia visum Prætori, parcendum esse famæ & existimationi alterius, quantùm fieri potest, præsertim, si aliâ ratione indemnitati actoris consuli possit; potest autem per actionem subsidiariam in factum, *l. 9 § fin.* & ibi Gl. *h. t.* Restringit autem JC. summam modicam, ad duos aureos *in l. 10. h. t.* quæ videntur nobis facere, summam florenorum, ut vocant, Brabanticorum, duodecim, cum uno asse & medio.

18 Super eo dubitari potest, quare furti possit agi, ob rem etiam minimam, v. g. gallinam, quæ interdum non excedit pretium denarii, *l. naturalem 5. §. Gallinarum, inf. de acq. rer. dom. Nov. 69. c. 1.* cùm tamen ista actio sit famosa & species doli? Resp. Cujac. *ad d. l. 9. §. fin.* quòd furtum sit maleficium legitimum, dolus non item: quòd illud, clam committatur, ab ignoto homine, ut facilè nobis cavere non valeamus; à dolo autem & calliditate noti hominis, cum quo contrahimus, nobis cavere possimus; quòdque ita furtum graviùs puniri, Reip. intersit, in duplum, vel quadruplum; ad dolum autem puniendum, actio non sit comparata, sed tantùm ad indemnitatem præstandam ei, qui dolum passus est.

19 Ait Prætor: *judicium dabo;* non tantùm concedendo exceptionem perpetuam, verùm & actionem, quæ personalis est, in eum tantùm, competens, qui dolum commisit, ne cui temere inuratur

20 infamia, *l. sed & ex dolo 15 in fine l. 16. h. t.* • Excipiuntur parentes & patroni, in quos hæc actio non est proponenda per liberos aut libertos, quòd sit famosa & eorum famæ parcendum. Undè actione in factum contra eos agendum, quâ famâ non læditur, *l. non debet 11. §. 1. h. t.* quâ & agendum humili, adversus eum, qui est in dignitate, *d. l. 11. in fine.* Aliud est, in hæredibus liberorum & libertorum: nam hi, non adstringuntur eâdem reverentiâ erga patrem, aut patronum defuncti *l. Hæredibus 12. hoc tit.* • Datur & actio hæc in pupillum, si ipse pubertati proximus, dolum admiserit, *d. l. 13. in fine, & l. 14. h. t.* quia alias non est doli capax & eatenus tantùm tenebitur, quatenus factus est locupletior, ne damno alterius locupletetur. Dominus sit, qui dolum commisit, aut procurator, non interest, *d. l. 15. § pen. h. t.* Hæreditario quoque nomine convenitur, tenebitur, non quasi de dolo, quia dolus est personalis, sed, quatenus ad eum pervenit à defuncto, aut, si lis cum defuncto contestata fuerit. • Ex dolo quoque tutoris, datur in eum actio, sicut & exceptio, *d. l. 15.* sive tutor solvendo sit, sive non, quia res ea, nihil mutat: cùm penes pupillum sit lucrum, cum damno alterius. • Datur tamen & in hæredem, quatenus ad eum pervenit, ne scelere alieno ditetur, *l. si plures 18 in fine & l. in hæredem 26. h. t.* In municipes non datur, quia ad eam dandam necessarium est, designetur certa persona, cujus dolo factum, *d. l. 15. in fine.* Si quid tamen ad eos pervenerit, qui res eorum administrant, tenentur. Nec est huic contrarium, quod *in d. l. 15.* subjungitur, decuriones de suo dolo teneri: quia non considerantur, ut universitas, verùm, ut singuli.

24 Arbitraria est hæc actio, cùm nisi arbitrio judicis fiat restitutio, sequatur que condemnatio, quanti ea res est, æstimanda jurejurando in litem actoris, *l. 4 inf. de in litem jurand.* Qua in re notandum, hic & præcedenti actione, summam non adjici, ut per contumaciam suam reus condemnetur tanti, quanti actor in litem juraverit: sed officio judicis in utraque actione taxatio est refrænanda, *l. arbitrio 18. in princ. h. t.* In cujus §. 1. dicitur, non esse locus isti arbitrio, ubi manifestum est, rem restitui non posse, ut quia periit; ideòque protinus reus est condemnandus in id, quod interest. A pluribus dolo commissum, obligat quidem singulos in solidum, uno tamen rem, vel, quanti ea est, restituente, omnes liberantur, *d. l. si plures 17. h. t.* •

25 Est enim hæc actio rei persecutoria: non patitur autem bona fides, idem bis exigi, *l. bona fides 57. inf. de R. I.* Ideo non datur in quadruplum, uti actio, quod vi, aut metûs causâ, quòd singulis advigilandum sit, contra dolum, qui quodammodo ex natura & usu commerciorum, ac solertiæ humanæ, est permissus: contra metum autem, ac vim advigilari, proinde non possit.

Dabatur hæc actio olim intra annum utilem, in quo

quo non computabatur tempus, nisi, ex quo sciretur, commissus esse dolus: hodie competit intra biennium continuum, à tempore, quo dolus commissus est, sive absuerit, sive præsens fuerit, qui conqueritur se dolum esse passum, *l. fin. Cod. h. t.*

Quæritur autem, an actio de dolo, lapsu biennii, in judicio proposita, non absoluta perimatur? Non perimi habet regula, *in l omnes 139, de R. I.* ubi actiones, semel judicio inclusæ, salvæ permanent, licèt aliàs tempore perituræ. Verùm textus *in d. l. fin.* clarior est, quàm, ut circumscribi possit, cùm expresse habeat, etiam intra biennium ceptam actionem non absolutam, ejus lapsu perimi. Et hoc, quoad actionem de dolo: nam quin supersit actio ad id, quod ad reum, ejúsve hæredem pervenit, non est dubium. Quatenus enim factus est locupletior, qui dolum admisit, vel ejus hæres, perpetua est, in eum, actio in factum, ne damno alieno lucretur, *l. itaque 28, h. t.*

ADDITAMENTA

Ad tit. III. de Dolo malo.

A *D n. I.* Dolus quotuplicitér consideretur, vid Schneidevv. *ad §. Actionum, Inst. de act. n. 22.* Et quid, qualis sit dolus, fraus, error & exceptio doli. Christin. *2. decis. 116.*

Ad n. III. Si tamen fraus, quæ ex incuria magis, quàm animo doloso contrahentis oritur, intervenerit, beneficio *l. 2, C. de resc. vend. quis juvatur.* Arum. *disp. 7, ad d. l. 2. them. 3.*

Qui ex dolo agere vult, debet 1. designare rem, in qua, dolo est circumscriptus. 2. Designandum, cujus dolo malo quid factum 3. Expendendum, an non alia actio dari possit. 4. Cogitandum, an non summa nimis sit modica: ut, si infrà duos aureos sit *l. 9. §. fin. l. 10. 11. h. t.* De quo ult. vid. & adde quæ scripsi *ad n. 7. §. De in integr. restit.*

Alleganti dolum, sive agendo, sive excipiendo, onus probandi incumbit *l. 18. quotiens, §. 1. qui dolo, ubi gl. ff. de probat.* Mascard *de probat. concl. 531. n. 9. vol. 1. fol. 319.* Kirckov. *Conf. 7. n 1. tomo 5. fol. 29.*

Ad n. XVI. An cum hac actione concurrat actio quod metûs caussâ. vid. Treutl. *vol. 1. disp. 21. th. lit. f. ibique* Bacc. Arum. *disp. 6. ad Pand. th. 9.*

Ad n. XXVI. Regulæ, quòd de dolo actio, intra biennium, non pòst detur, junge exceptiones: Nisi, ob dolum, contractus sit nullus, ipso jure: vel, nisi dolus habeat causam continuam. Et nisi agatur ad interesse, ex damno proveniens Vigel *in M I R. lib. 5. cap. 19. reg. 17.*

TITULUS IV.

De minoribus viginti quinque annis.

SUMMARIUM.

1. Ratio hujus restitutionis.
2. Minor quis dicatur.
3. Læsio, quæ probanda.
4. Restituitur minor adversus solutionem.
5. Adversus donationem.
6. Adversus dotem.
7. Adversus transactionem.
8. Adversus aditam hæreditatem & an interea alienatæ, redintegrentur.
9. Adversus omissam hæreditatem.
10. Modò res adhuc sit integra.
11. Restitutus contra omissam hæreditatem iterum potest restitui adversus aditionem.
12. Restituitur & minor adversus fiscum.
13. Item adversus sententiam.
14. Adversus gesta à præsentibus tutoribus, aut curatoribus, etiam in judicio.
15. Adversus usucapionem.
16. Adversus tempus retractûs.
17. Adversus appellationem omissam.
18. Restitutio, quando non sit necessaria & quid hîc moribus obtineat.
19. Restitutio denegatur, cessante, aut non probatâ læsione.
20. Item, si minor veniam ætatis impetravit.
21. Iurisconsultus minor, petens restitui, an & quatenus audiendus.

22. Mercator circa merces non restituendus.
23. Denegatur & restitutio minori, si gesta à se approbaverit, major factus.
24. Approbatio, qualiter ex facto subsequente colligatur
25. Item denegatur restitutio, si minor se majorē dixerit.
26. Si agatur de delicto
27. Restituitur adversus confessionem, temere omissam.
28. Item adversus contumaciam,
29. Non restituitur adversus omissam, vel remissam executionem pœnarum.
30. Si major 20. annis passus fuerit se venundari, pretii participandi caussâ.
31. Si agatur de revocanda libertate.
32. Non etiam adversus professionem Religionis.
33. Adversus renuntiationem beneficii, restituitur.
34. Etiam, re non integrâ, beneficio scilicet, alteri collato.
35. Denegatâ restitutione, iteratò eā petens, non auditur.
36. Neque adversus gesta, mandato patris, vel alterius majoris.
37. Item, si juraverit, se non contraventurum ei, quod gessit
38. Quo casu juramentum corporaliter sit præstitum, necessium non est.
39. Impuberes, an & quatenus teneantur tali juramento
40. Decisio Auth. Sacramenta puberum, C. si adversus vend. *an locum habeat in contractibus, jure invalidis.*
41. An minor in casu d. Auth. *debeat moneri, super suo privilegio*
42. Iuramento hujusmodi teneri & hæredes jurantis.
43. Iuramentum oportet, sponte sit præstitum.
44. An hodie d. Auth. *sit in usu.*
45. Restitutione opus non est, si actus, à minore gestus, sit invalidus.
46. Minori, curatorem non habenti, interdicta non est alienatio.
47. Neque etiam prodigis, ante interdictam administrationem.
48. Restitutionis beneficium, datur etiam filiisfam
49. 53. Item hæredibus minorum.
50. Item patri, in peculio castrensi filii.
51. Restitutio, per minorem impetrata, an prosit fidejussori.
52. Fidejussor, contra minorem habet actionem mandati.
54. Fidejussor, hæres minoris, an ex capite illius restitui possit.
55. Restitutio denegatur mandatori.
56. Restitutio, adversus quos competat,
57. Contra minorem non competit.
58. Restitutio imploranda, coram judice adversarii.
59. Restitutioni hodie currit, tempus quadriennii continui,
60. Nec datur amplius, annus utilis.
61. Intra quadriennium, an finienda lis.
62. Tempus illud, an currat ignoranti.
63. Effectus restitutionis.
64. Prodest restitutio minori tantùm, non etiam majori, conjunctam licet caussam habenti.

DAt & justam Restitutionis caussam ætas minor, de qua ita edixit Prætor: *Quod cum minore 25. annis natu, gestum esse dicetur, ut quaque res erit, animadvertam.* Ratio restitutionis est, quòd ista ætas sit obnoxia læsioni & propter fragile atque infirmum consilium, multis captionibus & multorum insidiis exposita, *l. 1. h. t.* Ex hoc Edicto, ut sit locus restitutioni, duo sunt probanda: Prius est, minor ætas, si ea ab adversario negetur, *l. 4. C. h. t.* * Minor est etiam, qui ultimum anni vicesimi quinti diem attigit, necdum tamen complevit; adeò, ut, etiamsi ante horam, quâ natus est, capiatur, restitutionem mereatur. Computatur enim hic tempus, à momento in momentum, non etiam, à die ad diem, *l. 3. §. Minorem, h. t.* In bissexto natus, licèt die priore, intercalatus, tamen dies posterior non computabitur, cùm pro uno eodémque die habeatur, ut ait JC. *in d. §. Minorem, h. t.* quod responsum est sumptum *ex l. cùm bissextum 98. de V. S.* Quamvis, si in bissextum inciderit, complementum anni xxv. inspiciatur primus dies. In tempore medio similiter intercalatus dies habetur pro eodem cum præcedenti: quod & servatur in usucapionibus & actionibus, non etiam, in tempore conventionali, Nam, si conventum fuerit, ut non soluto pretio intra triginta dies, fundus sit inemptus, dies intercalaris proficiet tempori; aliter enim leges, aliter contrahentes tempora supputant. Nihil facit contra dicta, quòd ultimo, ante pubertatem die, sit permissa testamenti dictio, *l. 5 inf. qui testam. fac. poss.* nam ibi agitur de favore, ut scilicet quis de rebus suis testetur. Hoc in casu agitur de evitando damno, quod incurrere posset minor, etiā ultimo die, cujus ideo complementum lex requirit.

Alterum hic probandum est, Læsio, sive ea contigerit dolo adversarii, sive citra ejus dolum, *l. 5. & 8. C. h. t.* Satis enim est, circumventus sit ab alio, suâ facilitate deceptus, ætatis lubrico lapsus. Si quid contigerit fato, aut, quod cuivis patrisfamilias majori contigere posset, cessabit restitutio. *l. verùm 11. §. Item 4. & l. quod si 24. §. Non semper, hoc tit.* Ut & cessabit eo casu, quo minor est usus jure communi, quia tunc non potest videri circumscriptus, cùm non censeatur capi, qui publicum jus sequitur. *l. fin. C. h. t. l. nihil. 116. inf.*

t. l. nihil 116. de R. I. Exemplum est *in l. inter 57. inf. de fidejuss.* Ut rectè Prætor edicat: *Ut quæque res erit, animadvertam*; cognitione scilicet prætoria: nam ex hoc Edicto, nulla propria actio, aut cautio proficiscitur, sed totum pendet ex cognitione prætoria, *d. l. 24. § fin.* ut sciatur, an, quod gestum est, contineat læsionem, ratione ætatis. Gestum accipimus; qualiter qualiter gestum, sive contractus, sive aliud quid contigerit, *leg. 7. in principio, hoc titulo.*

Hinc variis ex caussis restituitur minor: veluti, adversus venditionem, vendendo, vel emendo aliquid; *d. l. 7. §. 1 C Si advers. vendit.* Adversus solutionem, quam, aut fecit, *l. 2. C. Si advers. solut.* aut acceptavit, etiam tutore, aut curatore auctore, si pecuniam acceptam perdiderit, *d. l. 7. §. 2. l. 1 C. d. t.* Nisi solutio facta sit ex decreto Prætoris, quod dat plenissimam securitatem, *d. l. 7. §. 2 § At ex contrario, Instit. quib. alien licet, vel non, & l. sancimus, C. de admin. tut.* Adversus donationem, *l. 2. C. Si advers. donat* nisi facta sit, congruente moderamine, *l. 1 C. d. t.* Unde honoraria præceptoribus data, solemnia munera parentibus cognatisve missa; pro facultate patrimonii & dignitate natalium, sunt extra restitutionem, *l. cùm plures 12. §. pen. inf. de administ. tut.* • Alias, si excedatur quantitas patrimonii, erit locus restitutioni, *arg. l. 1. hoc tit.* • Item adversus dotem; in qua contingit læsio, vel eam immodicam adsignando, vel pactum admittendo, quo caussa ejus facta sit deterior, vel minoris æstimando res dotales: ut rectè uxor minor restitutionem petat, uti & ejus hæres, qui defuncti jus persequitur, *l. un. C. si advers. dotem* Gomez *1 Var. c. 14. n 2* Costa *de rata, qu. 116* ubi de expensis ante restitutionem factis. Est & ratione mutui accepti restitutio, adversus creditorem, nisi hic probet, versum in rem minoris *l. 1. & 2. C. si advers. cred.* tunc enim cessante læsione, cessabit & restitutio. • Restituitur etiam minor læsus, contra transactionem & rerum communium divisionem; ita tamen, ut caussa pristina adversario reddatur *l. 1. & 2 C advers. transact.* ne damno alieno minor locupletetur. Quod eò non extendendum; ut restituto minore ad directam actionem contra tutorem, huic restituenda sit contraria, *l. cùm minor 21. hoc tit.* cùm eidem non cohæreat, id est, nihil habeat commune, contraria cum directa, cui interdum locus est, cessante contraria, & è contrà. Quatenus verò minor adversus transactionem restituendus sit, latiùs discutit Franc. de Caldas, JC. Lusitanus *ad l. si curatorem, C. de in integ restit. min. V. Læsis, n. 113. & sequentibus*, ut & pleraque alia, ad hujus restitutionis materiam spectantia.

Adversus aditam hæreditatem damnosam, quæ antè lucrosa apparebat, salva quoque minoribus est restitutio, *l. 1. C si minor ab hæred. se abstin.* vocatis tamen creditoribus, ne eos neglectos & inauditos contingat lædi, *Auth si omnes, cod. d tit.* Gomez *loco citato, numero quarto, versiculo Octavò infertur.*

Ubi posset quæri, an interea à minore alienata sint dicenda rata? quod posset videri negandum, cùm restitutionis in integrum proprium sit, in pristinum reponere negotium, ac si gestum non esset, ex utraque parte *l. quod si 24. § Restitutio, hoc tit & l. 1. C de reparat. quæ fiunt in judic* Verum contrarium responsum est *in l. quoties 44. D. de acquir. hæred. & l. in integrum 22 hoc tit.* ubi a minore hærede postea restituto, gesta habentur rata, quatenus bonâ fide gesta sunt. Ut res, ab eo vendita, nequeat revocari, libertates salvæ maneant, expensum, in solvendis legatis, non sit refundendum à minore. Ut neque interim soluta à vero creditori repeti. Ant. Fab. *in suo cod. hoc tit. def 4.*

Restituitur etiam minor adversus omissam hæreditatem, si nempe se abstinuerit, aut repudiaverit hæreditatem locupletem, *l. 1. & 2. C. si ut omissam hæred. &c.* Nam & contra lucrum omissum, restitutionem meretur, *l. 7. §. Hodie hoc tit.* cum ea quoque in re, nulla fiat injuria legatariis & creditoribus, quorum interest, habere aliquem, quem convenire possint: uti, nec substituto, vel agnatis proximis, ad quos à die repudiationis cœpit pertinere hæreditas, *l. 1. §. Sed videndum, inf. de success. edicto.* Non obstante, quòd jus quæsitū, eis videatur auferri, contra regulam *in l. quod nostrum, de R. I.* Nam ægrè ferre non debent, eripi sibi hæreditatem per restitutionem, cùm nunquā illa delata fuisset, si minor juvenili ætate ductus, eam non omisisset. • Ut tamen procedat hæc restitutio, oportet, res sit integra, id est, necdum sint venditæ res, alias, ei locus non erit, *l. quod si 24. §. Scævola, hoc tit. l. fin. cod. de repud. hæred.* Costal. *ad leg. 5. sup de offic Proconf. cas.* Non obstante, quòd pretium succedat loco rerum venditarum, *l. si & rem 22 & 23 inf. de hæred. petit.* nam pretium rerum venditarum, non tam ex istis rebus, quàm ex negotiatione videtur percipi, *l. Venditor 21. de hæred vend* Quo facit, quòd *d. §. Scævola* dicatur, minor repellendus à pecunia, parata laboribus substituti. Quod responsum videtur limitatum à Justiniano *dicta lege finali*, ut ita demum procedat, nisi minore, adhuc constituto, res sint venditæ.

ditæ. Verùm ista limitatio videtur pugnare, cum priore legis istius parte, in qua indistinctè, secundum jus antiquum denegatur aditus minori ad hæreditatem, rebus venditis: ut videatur restringenda tantùm ad suum hæredem, de quo ibi, cujus caussa favorabilior esse solet & debet, cùm sit ipso jure hæres, etiam post abstentionem *l. cumquasi 30. §. Sed etsi suus, inf. de fideicomm. libert.*

11 Quæritur hic, an contra omissam hæreditatem restitutus, iteratò restitui petens contra aditionem, sit audiendus? Quod posset videri negandum, *per tot. t. C. si sæpius in integ. restit. postul. per l. fin. §. Ubi autem pueriles, cod. de bonis, quæ lib.* ubi filio restituto contra aditionem, denegatur restitutio contra aditionis omissionem: Verum è contrà responsum *in d. l. 7. §. Restitutus, hoc tit.* ubi restitutus contra omissionem auditur, rursus petens restitui contra aditionem, idque ex favore minoris ætatis, ne in damno hæreat. Nihil facit *d. t. Si sæpius in integ. restit. post.* quia accipiendus, quando restitutio iteratò petitur, in una eademque caussa; hic autem est diversa. Alia enim est caussa adeundæ hæreditatis, cujus omissio videbatur ponere læsionem, alia repudiandæ, quòd aditio posuerit læsionem. Nihil obstat *d. l. fin. §. Ubi autem, C. de bon. quæ lib.* cujus decisio est specialis, ejusque ratio consistit, in auctoritate consilii & judicii paterni, cujus respectu æquùm est, filio non concedi, iteratò restitutionem, eò, quòd temere patris judicium sit aspernatus. Et facit, quòd non censeantur priores leges everti & corrigi per posteriores, nisi hoc exprimatur, *l. præcipimus 32. in fine C. de appellat.*

12 Conceditur & restitutio minori, adversus fiscum: nam & hic jure communi utitur & admittit restitutiones minorum. Unde, licèt quadriennalis temporis lapsus obstet iis, quorum res à fisco sunt venditæ, *§. Edicto, Instit. de usucap.* adversus eum, tamen restituitur minor læsus, *l. 1. & 2. C. si advers. fisc.* Nisi res vendita fuerit, ratione debiti fiscalis: quo tamen casu, probatâ collusione & fraude, per quã res viliùs vendita, aut omissa solemnitas, restitutio non denegabitur *l. fin. C. h. t.*

13 Venit quoque restituendus minor adversus sententiam *l. in caussa 16. in fine d. t.* si contra eum litigantem, tutorum, vel curatorum auctoritate, vel contra tutores, aut procuratores litigantes, ejus nomine sit judicatum, cum læsione minoris: pla euit enim, tunc instaurari litem *l. fin. sup. de in integ. restit.* id est, restitui adversus sententiam, etiam ab eo, qui est vice Principis, *l. 3. cod. si adversus rem judic.* imò & ab ipso Principe, quamvis id rarò admittatur, *l. Minor 18. §. 1 h. t.* Si tamen valida sit sententia; nam invalida, non eget restitutione, *l. 4. hæ.* & transierit in rem judicatam. Nec rectè quis objecerit, minori contra tutores, aut curatores consultùm esse remedio ordinario, actione scilicet tutelæ & curæ, *inf. tit. de tut. & ration. distrah. & tit. C. Arbit. tut.* ut hoc extraordinarium non sit indulgendum, *d. l. in caussa 16. in princ.* Nam, non denegatur, præcipuè minoribus, extraordinarium remedium, si commodius sit & facilius ordinario: uti hoc in casu, cùm ordinarium non semper faciat integram causam minori, eò quòd fieri facilè possit, quòd actio tutelæ majores difficultates sit habitura, quàm restitutio, si fortè tutor, aut curator sit ille, cui minor parere possit, vel debeat, aut qui ob dignitatem fortassis, sit difficilioris conventionis, aut denique qui solvẽdo esse desierit, nec idoneos habeat fidejussores. Unde rescriptum *l. 2. cod. si tutor, vel curator interven.* etiam in his, restitui minores,

14 quæ in judicio, sive extra illud, præsentibus tutoribus, ac curatoribus gesta fuerint, si circumventi sint. Interest enim minoris, indemnem potius servari, quàm post læsionem remedium quærere, *l. fin. cod. in quib. cauß.* Nisi tamen intervenerit decretũ Prætoris, quod faciet læsionem, sive in alienatione, sive aliàs excludi, ideòque restitutionem denegari, *l. 7. § 2. in fine h. t.* Vir. *3. decis. 456.* Valla *de reb. dub. tract. 19. n. 24. in fine.* Nec obstat *l. si prædium, cod. de prædiis minor.* cum ibi non agatur de re alienata ex decreto Prætoris revocanda, sed de læsione, circa pretiũ emẽdãda, qua de relatiùs infra *t. de rebus eor.* &c.

15 Adversus usucapionem, posset videri, non restituendus minor, quòd bono publico sit inducta, ne rerum dominia sint semper in incerto, eaque ratione exciteritur perpetuò lites super possessionibus quas sopiri, publicè interest, *l. 1. inf. de usucap.* Rescriptum tamen, *l. 1. cod. si advers. usucap* contra eos, qui res minorum tenent, si dominium usucapione acquisierint, restitutionis auxilium minoribus decerni debere, etiam in casu, quo res est antè usucapta, quàm nati essent, *l. etiam 45. h. t.* Currebat antẽ olim usucapio contra minores, ut restitutione indiguerint: hodie temporalis præscriptio biennii, quinquennii, decennii, ipso jure non currit minori, uti rescriptum *l. fin. Cod. in quib. caus. in integ. restit. necess.* Et contra impuberem nequidem inchoatur ista quæ est triginta aut quadraginta annorum, sed demum, ubi ad pubertatem pervenerit, *l. sicut 3. vers. Quæ ergo, Cod. de præscript. 30. annor.* & si contra auctorem incepta fuerit, durante pupillari ætate, dormit, sive cessat & post eam rursus currere incipit ac continuatur Glossa *in d. l. 3. V. Servanda.* Vide Costal. *ad l. 9. §. Sin commissum h. t.* Duaren. *ad l. fin.* & *ad*

& ad l. 3. C. in quib. non obest longi temp. praescr. Barbosa *ad d. l. 3. n. 31. & seqq. Cod. de praescr. 30. annor.* Guid. Papae *quaest. 31.*

16 Restituitur etiam minor adversus tempus retractûs, de jure saltem scripto, *c. Constitutus, 2. de in integ. restitut.* De moribus aliud servatur in Gallia, ut tradit Tiraq. *de retractu, §. 35.* Gl. *2. n. 3.* quod & principes nostri anno cIɔ Iɔ XI. Edicto perpetuo constituerunt artic. 3.

17 Denique restituitur quoque minor, adversus appellationem omissam, eremodicium, & est litis desertionem & quoad alios casus, in quibus captus, jure, quod habebat, amisso lucro, quod in manibus illi erat, erepto, aut aliis in negotiis, *de quib. passim h. t. praecipuè l. 2. & 7.* Nec oberit, quòd patre auctore contraxerit, *l. etiam 9. h. t.* neque enim patris auctoritas minori aufert beneficium aetatis, sive rem, ab eo servare possit, sive non.

18 Haec ita, si necessaria sit restitutio. Sunt enim & casus, quibus ea non desideratur; ut, si alio remedio ordinario minor indemnis servari possit. Unde, inquit Ulpian. *leg. in caussa 16. in pr. hoc tit.* in caussae cognitione hoc versari, num fortè alia actio competere possit, citra in integrum restitutionem. Quod ita non accipiendum, quasi non sit dandum hoc remedium illi, cui est aliud ordinarium; nam & extraordinarium indulgeri ei, cui est ordinarium, dictum supra, modò sit commodius: sed hanc habet sententiam, non esse ei dandum hoc remedium, qui communi auxilio & ipso jure munitus, id est, cui auctoritas juris jus suum illaesum conservat, negotio habito perinde, ac si gestum non esset, lege non puniente ejus omissionem. Veluti, si mortem patris non sit ultus, *leg. 1. Cod. in quibus caussis in integ. restit. necess. non est:* si intra quinquennium non proposuerit querelam inofficiosi, quia, non currit illi tempus, *leg. 2. Cod d. tit. leg. ult eod.* ut, nec currit ei biennium non numeratae pecuniae. Si contractum nullum gesserit, quia, quod nullum est, nullum parit effectum; ut restitutione non sit opus, praesupponit enim privatio habitum. Si adversus sententiam, contra se indefensum latam, frustra implorat restitutionem, quia ea est nulla. Uti & contra tutorem judicio expertum, ante emissam cautionem pro tutelari officio, quia, non sustinet legitimam personam administratoris, *leg. 4. Cod eod.* Si item res immobilis sit alienata, sine caussa, aut sine decreto, quia alienatio est nulla, ut dicetur inferius *tit. de rebus eor.* Si matri minori, quae liberis tutorem non petiit, defertur nihilominus eorum successio, quòd ea res majoribus tantùm incumbat, *leg. 2 Cod si advers. delict.* Sic & omissâ interpellatione sui debitoris, non indiget restitutione, cum debitor, re ipsâ & solo tempore, tardae solutionis, constituatur in mora, in bonae utique fidei contractibus, item in fideicommissis & legatis, *leg. 3. Cod. d. tit.* Quae etsi sint stricti juris, tamen ad implendam voluntatem defuncti, debentur ex mora usurae ab haerede, Glossa *fin. d leg. 3.* Dixi superiùs, si commodiùs sit; nam, si aequè commodum fuerit ordinarium, frustra ad extraordinarium recurritur. Sic, si indebitum solutum fuerit, cùm condicere possit aequè commodè, frustra restituetur, nisi ex caussa solutum fuerit quâ jure civili denegatur repetitio, eâ scilicet, quae inficiatione crescit, *leg illud 25.* ubi Glossa *hoc tit.*

19 Moribus ita ferè comparatum est, ut non solùm in caussis, jure expressis, restitutio in integrum peti possit, sed & in condictione indebiti, condictione ob turpem caussam & similes alias, in quaestione deceptionis ultra dimidium justi pretii: nec non, si quis contractum nullius momenti esse dicat & generaliter actiones, quibus factum suum quis irritum haberi velit, pati formâ in judicium deduci aequum est Baro *ad tit. de restit. in integ. & tit. de minorib. in jure Gallico.* Rebuff. *tract. de restitut. art. 1.* Gl. *2. n. 10. & tract. de resciss. contract. in praefat. n. 3. & art. seq.* Imbert *in Enchir. jur. Gall. V. Actus:*

20 Caeterùm sunt casus: quibus restitutio omnino denegatur. Primus est, si non appareat, minorem esse circumscriptum, *leg. nam postea 9, §. Si minor inf. de jurejur.* ubi ait JC. non ideo circumscriptum statim quempiam dici, quòd minor sit. Unde est, quòd caussae cognitio sit adhibenda, *leg verum 11. §. Sciendum, hoc tit.* Aliàs, qui sunt istius aetatis magno adficerentur incommodo, nemine cum iis contrahere volente, *leg. quod si 24. §. Non semper hoc tit.* Guido Papae *quaest. 13.* Unde & cessabit restitutio, si quid fato acciderit, ut, si servi empti mortui sint: si haereditas locuples adita, subitò lapsa, quia, quod fato contingit, cuivis patrifamilias, quamvis diligentissimo potest evenire: nisi tamen lubricum aetatis caussset tale damnum, *d. l. 11. §. Item non restituetur, cum seq.*

Secundus, si veniam aetatis, id est jus legitimae aetatis, sive dispensationem super aetate impetraverit, per quam, minori, ante justam aetatem committitur, rerum suarum administratio, extra alienationem tamen (de quo *tit Cod. de his, qui veniam aetatis impetr.*) aut hypothecam rerum immobili-

bilium sine decreto prætoris, *l. 3. Cod. d. tit.* Quam nullam esse, ut opus non sit restitutione, non est ambigendum, cum dicta *l. 3.* eos, qui veniam ætatis impetraverunt, comparet iis, qui eam non impetrârunt, quoad alienationem talium rerum. Est autem, ab his facta alienatio nulla, secundùm ea, quæ dicentur inferiùs *tit. de reb. eorum qui sub tut.* Hanc veniam impetrant masculi, qui vicesimi anni metas implevêre; feminæ, quæ decimi octavi, *l. 2 Cod. d tit.* non aliàs tamen, quàm cognitione præmissâ super morum suorum honestate, probitate animi, mentis solertia, *d. l. 2.* Sunt enim, qui citiùs sapiunt & qui seriùs; sunt, qui nulla ætatis parte, satis firmum, de rebus judicium accipiunt. Effectus est, quòd post veniam impetratam excludatur restitutionis auxilium, ex caussa ætatis, si contingat impetrantem ante justam ætatem in negotiis circumscribi, ne eum tali contrahens principali auctoritate circumscribatur, *l. 1. C. eod. tit.* Nisi tamen caussa talis sit & faceret majori indulgere restitutionem. Nihil autem implicat, contra impetrationem veniæ, imploraii restitutionem, secundùm Gl *ad d. l. 1.* quia nullius jus læditur. Quæ tamen non est trahenda ad actus, medio tempore gestos, ex supradicta ratione. Vid. Franc. Caldas *ad l. 3. V Læsis n 86 Cod. de in integ. restit minor.*

21 Quæri hic posset, an minor Jurisconsultus in contrahendo læsus, aut alio actu ad instar ejus, qui veniam ætatis impetravit, audiatur petens restitutionem? Negat Costal. *in l illicitas, §. Sicut sup. de off præsid.* Nam quâ fronte, inquit, & errore & imprudentia restitutionem desiderabit, qui ipse, cautus esse debet? cùm, ut tradit Glossa, *in l 6. Cod. de munerib patrimonial. lib. 10* illi objici posset, quòd professio & desiderium ejus inter se discrepent. Verum, ut istæ rationes obtineant in jurisconsulto, errante circa jus; quod turpiter ignorat; cum in eo versetur, atque ita restitutionem petendo, contra errorem à se commissum, alleget suam turpitudinem, *l 2. §. Initium sup de orig. juris*: non tamen etiam in casu, quo in facto errat, ut, si emptione domûs aut fundi, per ætatis lubricum lædatur Quod non est turpe jurisconsulto minori, cum circa ea, quæ facti sunt, prudentissimus quisque fallatur Et ita rectè distinguit Garsias *de expensis c 23 n 24.* Fachin. *3. contr. c. 5.* latè Sarmient. *3 select. interp. c 12.* quæ & est sententia Bartoli, *in l. 1. n 4 Cod. qui & adversus quos, &c.* agentis tantum de JC minore, non restituendo adversus errorem, aut lapsum circa

22 ea, quæ sunt juris. * Ubi & addit, minorem, probatum ad mercaturam exercendam & in matricula mercatorum inscriptum, allegantem se deceptum circa merces, non posse restitui, ne aliàs contrahentes, publicâ auctoritate decipiantur Idem post Bart. tradit alios allegans Caldas, *in d l. 3. V. Læsis, n. 35. C. de in integ. restit. minor.*

23 Tertius, si major factus comprobaverit, seu ratum habuerit gestum à se, in minori ætate: nam hæc approbatio: vitium præcedens purgat, facitque actum videri, à majori gestum, ut omnis restitutio submoveatur, *l. 1 & 2. C si major factus rat. hab.* quæ ex capite ætatis, non datur majori. Approbatio hæc, vel est expressa, puta pacto, per verba, aut scripturam; aut facto cùm nihil intersit, factis quis declaret suam voluntatem, an verbis: vel tacita, inducta per lapsum temporis, intra quod petenda est restitutio, qua de re inferiùs. Expressa per pactū, nihil habet dubii, quin omnino per illud excludatur restitutio, cùm per illud inducatur sui juris renuntiatio, cuilibet permissa *l pen. C de pactis.* Vid. Viv. *lib. 3 decis. 437. n 9. & seq* Leonin. *cons 84.* Ant. Fab. *in cod suo ad tit. Si advers vendit. defin. 3.*

24 Disputarunt verò de illa approbatione, quæ ex facto colligitur, propter loca, quæ videntur contraria. Nam *l 2. cod si advers rem jud. c & l. 3, § 1. h t.* dicitur, quòd, qui i. inor litem est contestatus, si contra majorem sententia feratur, non restituatur, nisi calliditate adversarii judicium fuerit tractū, ut major condemnetur *Et l 4. quæ. l u est 3, in fine inf. ad SC Maced.* si quis à filiofamilias sit stipulatus & patrifamilias facto crediderit, dicitur cessare senatusconsultum, inspecto fine, non principio Item *in l. laboris 7. §. 1, inf. de liberali caussa* minor 20 annis, qui se venum dedit participandi pretii caussâ si post 20. annum, pretium est partitus, non restituitur E-contra verò *in d l 3, §. Scio, h t.* minor, qui hæreditatem adiit, vel se immiscuit, si major factus, aliquid exegerit a debitoribus paternis, nihilominus restituitur. Cujacius & Costal. *ad d. §. 1.* ita declarant dicta loca & conciliant, quòd procedat exclusio restitutionis in casu, quo actus in minori ætate inchoatus, perficitur per majorem, uti in legibus, primò allegatis; secus verò, si perfectus fuerit ante majorē ætatem, eò quòd subsequēs approbatio, per factū videatur fieri actus prioris conditionis respectu, *secundùm d. §. Scio*: ut illo casu inspiciatur finis, hoc verò, initium. At Glossa & Bartolus, *ad d. §. 1* volunt procedere *d. §. Scio* in casu, quo factum posterius venit ex necessaria consequentia actûs prioris. Nam, qui hæreditati se immiscuit, vel eam adiit, omnia præstare debet, quæ ad eam requiruntur; requiritur autē exactio debitorū, ut ea videatur facta, necessitate. Loca verò prius allegata in casu, quo ratihabitio subsecuta, non habet necessariā consequen-

quen-

quentiam, sed est collecta ex facto voluntario. Sic licet sententiam ferri, judicio inchoato, habeat necessariam consequentiam, *l. de qua re 47. inf. de judic.* taliter tamen ferri non habebat necessariam consequentiam, quoad initium: ut solum deceptio contigerit in actu sententiæ, quæ, quia contra majorem lata, non evertitur per restitutionem. Sic & filiusfamilias, etsi de mutuo accipiendo conveniet, non tamen factus paterfamilias necessariò tenebatur acceptate numerationem & qui venum se dedit, ante vigesimum annum nulliter, non tenebatur postea nummos participare. Vid. Cald. *ad d. l. 3. V. Implorare, n. 50.*

25 Quartus, si minor, majorem se dixerit, *l. 2. C. si minor se major. dix.* Deceptis enim, non decipientibus jura subveniunt, nisi subsit error, *l. 1. & fin C. d. tit.* quòd desit animus fallendi. Idem est, si per adversarii circumventionem hoc fuerit actum. Nisi sacramenti religio, in instrumento accesserit & per instrumenta, palam & evidenter minor ætas non probetur. Quæ tantum hoc casu admittuntur, quò instrumenta sint certiora: manet enim littera scripta, labilis verò est memoria testiũ, cùm aliás probetur ætas variis modis, de quib. Bart. *ad l. de ætate 43. h. t. Et communiter Dd ad l cùm de ætate, C. de probat. D.* Gab Mudæus, Scholæ hujus, dũ vixit Antecessor celeberrimus, *ad d. l. si minorem, C. de in integ restitui. minor.* Joan. Maur. *tract. de restit. in integ. c. 315. cum aliquot seqq.* Quòd si juramentũ corporaliter, id est, tactis sacris Evangeliis, præstitũ fuerit, restitutio denegabitur omnino *d. l. 3.* qua de re mox dicetur Vid. Cald. *ad d. l 3 V. Læsis, n. 7. & seqq* Mynſ. *cent. 4. obſ. 20.* Gail. *2. obſ. 65.*

26 Quintus, si agatur de delicto & pœna ex eo, sive corporali sive pecuniaria, *l si ex caussa 9. § Nunc videndum, h. t.* ut, si furtum fecerit, damnum injuriâ dederit, cùm infirmitas animi, non excuset malos mores, *l. 1. C si advers. delict* quatenus tamen dolus adest: nam si ille desit, noxia non committitur, *d. l. 1.* Similiter, si circa rem depositam, commodatam, aut circa alium contractũ minor quid doli fecerit, non restituitur, *d. §. 2.* uti nec, si adulterium commiserit, in quo nulla est deprecatio, *l. Auxilium 37. §. In delictis, h t.* si adulterii damnatam duxerit, aut in adulterio deprehensam non dimiserit, quæstũ ve ex adulterio fecerit, *d. l 37 in fine*; si culpâ suâ diverterit. Nam divortium ponit delictum & quidẽ non modicũ, ut proinde illud vindicari publicè intersit, *d l 9. §. Si mulier* In atrocioribus tamen, inter

27 dum miseratio ætatis facit, ad mediocrem pœnam, Judicem induci, *d. §. In delictis.* * Contra confessionem delicti, temere fortè emissam, minorem resti tui, habet *l. 6. § penult. inf. de confeſſ.* uti & ex temeraria negatione damni dati, in duplum incidens restituitur, ut pro confesso habeatur, & non plus præstet, quàm præstitisset, si ab initio damnum fuisset confessus. Vid. Fachin. *1. contr. c. 72.* Cald.

28 *ad d. l 3. V Vel adversarii dolo, n. 30 & seqq.* * De contumacia posset dubitari, eò quòd non sit sine dolo, *l non potest 110 de R. I.* adversus quem non restitui minorem jam dictum. Responsum tamen *l. 8. h t.* restitui minorem, quòd propriè contumax dici nequeat, *l. contra 54. inf. de re judic.* Fachin. *8. c. 105* Caldas *ad d. l. 3. V. Læsis, n. 4. & seqq*

29 Sextus, si omissa sit, vel remissa executio pœnarum, *d l. 37. in princ.* quòd ea res potius ad vindictam pertineat, quàm ad rem familiarem, *l 6 inf. de sepulchro viol* Qua de causâ, nec minor restituitur, si omiserit intra sexaginta dies, accusare mulierem adulterii, jure mariti.

30 Septimus, si major 20. annis, gnarus suæ conditionis, passus fuerit se vendi, conditionis suæ ignaro, pretii participandi causâ, de quo & participavit, *l. si ex caussa, §. Papinianus, hoc tit* ubi subjungitur ratio, quoniam res non capit restitutionem, cùm statum mutat, publicum scilicet: nam privati status mutatio, quæ contingit per arrogationem, restitutionem admittit, *l. 3. §. Si quis minor h. t.* Deinde hæc res, ad delictum videtur pertinere, propter dolum, qui subest: in delictis autem, uti dictum, non restituitur minor. Præterea odiosam facit istam venditionem degener animus ejus qui se patitur vendi, subjiciendo rem inæstimabilẽ pretio, ut mereatur manere in servitute Quod multò magis procedit in casu, quo minor ob ingratitudinẽ, retractus est in servitutem à patrono, cùm jure communi impediatur restitutio, ratione delicti.

31 Octavus, si agatur de revocanda libertate: nam ea favorabilior est, quã, ut legitimè, id est causâ cognitâ à concilio, semel collata licèt indebita revocetur. *l. 1. & 2. C. si advers. libert.* Si qua tamen læsio contigerit minori, fraude, sive culpâ liberti, eã persequi poterit, *l. 3. C. d. t. l. Verum 11. in princ. hoc tit.* Faciet tamen magna caussa restitutionẽ per Principẽ indulgeri. *l. nisi, hoc tit.* Contra sententiã quâ pronuntiatum, fideicommissariam libertatem deberi, restitutio non denegatur, quia needum cõpetiit libertas, *d. l. 1.* Uti & in casu, quo major 20. annis vendidit servum, hâc lege, ut manumittatur, antequam tamen libertas est collata, non etiam post. *d. l. 11. §. 1.* Eâdem ratione, si acceperit legatũ causâ manumittendi servi relictum, non cogetur præstare libertatem, si paratus sit, legatum reddere, *l. si minor 33. h. t.* Caldas *d. V. Læsis, n. 131. & seq.*

32 Nonus casus est, in professione religionis, etiamsi ad eam falsâ causâ quis sit inductus, *can. fin 12. quæst 3. & c. Ex parte 14. ꝟ de convers. conjug.* Facit, quòd non possit videri læsus, qui statum in melius mutat. Idem dicendum de matrimonio, licèt ad illud contrahendum quis sit inductus per mendacium aut subreptionem, propter ejus, legitimè semel initi omnimodam indissolubilitatem, modò error, non sit circa personam, aut ejus statum. Covarr. *de matrim. c.3 § 7. n.4.* Gomez *2 var. resol. c.14 n.2.* Cald. *ad d.l.3 V. Hunc contractum, n.29. & 34.*

33 Quæsiverit hic aliquis, an minori læso in renuntiatione beneficii, detur restitutio? Posset videri non dari, ex eo, quòd in beneficiis minor habeatur major, *cap. fin de judic. in 6.* Verùm, eo non obstante, rectè tradit Covarr. 1. *Var. cap. 5. num. 3.* etiam succurrendum esse per restitutionem minori, propter rationem juris, quæ generaliter statuit, minores læsos restituendos esse. Nihil facit *d. cap fin.* quia infirma est collectio: minor, ut major, in beneficiis admittitur ad agendum, ergo restitui non potest læsus; cùm nullibi à restitutione excludatur, etiam in casibus, in quibus agere, aut de rebus suis disponere potest, uti in peculio castrensi, aut quasi. Quo facit, quòd Ecclesia agere possit in judicio & tamen restituatur, *capite primo & secundo. ꝟ de in integ. restitut.* * Quod & vult procedere *d loco* Covarr. in 34 casu, quo res non est integra, alteri scilicet collato beneficio, quia per hoc, non cessat læsio. Quò & facit *leg si ex caussa 9. in princ. hoc tit.* ubi etiam adversus distractionem pignoris, vi sententiæ, restituitur minor, quòd intersit ejus, potius rem habere. Ad idem facit *leg in caussa 13. §. Interdum hoc tit.* ubi etiam adversus tertium possessorem datur restitutio: ut multò magis danda sit contra eum, qui beneficium á minore tenet. Nec obstat *leg. quod si 24. §. Scævola hoc tit.* nam, quòd ibi denegetur restitutio, re non integrâ, est, quòd agatur de lucro captando; quod est in recipienda hæreditate repudiata, in quo, non venit isto casu restituendus: in casu autem nostro, agitur de damno vitando. Rectè autem tradit Covarr. *eod loco*, minorem læsum in beneficii permutatione, non habere remedium *leg. 2. Cod. de rescind. vendit.* quòd ea res simoniam saperet, cùm veniret aliquod temporale dandum; si nimirum alter permutans, vellet supplere pretium. Boer. *decis. 50.* Caldas *ad d. l. 3. V Læsis n 38 & seqq*

35 Decimus, si restitutio postulata fuerit denegata. [illegible] pius restitutionem in integrum, eadem de re, postulari non posse, *l fin. Cod. d tit.* ubi subjicitur exceptio, nisi novæ defensiones prætendantur, quæ facient, non videri de eadem re restitutionem postulati, propterea quod diversæ caussæ, diversas res constituant, *leg. an & eadem 14 inf. de except. rei judic.* Caldas *ad d. l 3, V. implorandum, num. 33. & seqq.* Mynſ. *cent. 2. obs. 52.* Faber *in Cod. suo ad d. tit. Si sæpius*, &c.

36 Undecimus, si minor filiusfamilias mandatu patris, vel alterius majoris, rem gesserit, *l. cum mandatu 23. h. tit.* quia alias & majoribus consuleretur, quod non est intentum Prætoris, *l. 3. § Sed utrùm, hoc tit.* nisi ex ea re damnum incumbat minori: ut, si procuratorio nomine gesserit negotia alterius, à quo, propter egestatem minor non potest servari indemnis, *d. l. 23.* Si ignorantis negotia gesserit, læsus venit restituendus, quia versatur in damno, quod non tenetur dominus resarcire. Quòd si nolit restitui, conveniet à domino, negotiorum gestorum actione, quâ compelletur, saltem, hoc beneficium ei cedere, *leg quod si 24. hoc tit.* Servus minor, in contrahendo læsus non restituitur, quia per eum dominus non restitueretur, cujus voluntate rem gessit: qui sibi imputet, quod minori eam commiserit, *l. 3. in fine & l. 4. h t.* Cald. *d. l. n 34.*

37 Duodecimus si minor juraverit, se non retracturum alienationem, aut non contraventurū ei, quod gessit, *l 1. & Auth Sacramenta puberum, C. si advers. vendit.* Facit enim jurisjurandi religio, minorem excludi à restitutione, quòd ejus observandæ causa potior sit visa, quàm ejus, qui captus læsùsque est, restituendi. Estque hoc consonum juri canonico, quod omnia juramenta vult servari, quæ non vergunt in detrimentum salutis ipsius jurantis, aut tertii dispendium, cujusmodi sunt ea, quæ contra bonos mores, *c 6. cum cōtingat 28. de jurejur. c Quāvis de pact in 6. & ibid.* Covarr. *p.2. §.1 n.7.* * Requirit 38 autem Alex *in d. l. 1.* corporaliter præstitum sit jusjurandum: quod secundùm Ethnicos erat, tactis aris & sacris; secundùm Christianos autem, tactis sanctissimis Evangeliis. Cujus ratio est, quòd cæremoniæ adhibitæ animum jurantis certius exprimant. Verùm, eam rem non desiderat *d. Auth. Sacramenta*: ut intelligamus, omne jusjurandum, per se interpositum, licet non corporaliter, præstandū esse, quia aliás acciperetur nomen Dei in vanum, contra secundum Decalogi præceptū. Contra contractus itaq; quibus minor se non retractūrū juravit, non restituitur. Quod nihil repugnat legibus, quæ etsi nolunt alienare minores, non tamen impe- [illegible]

Lo-

Loquitur autem *d. Auth.* de pubesibus, ut in dubium vocetur, an impuberum juramenta, eâdem lege teneantur? Quod posset videri negandum, enim, quod certis, ex aliquo hominum genere adimitur, id cœteris videatur concessum, *l. eum Prætor 12. inf. de judic.* ne alias otiosa sit exceptio. Et hoc quidem indubiè procedit in infantibus, aut infantiæ proximis, qui non sunt obnoxii perjurio, aut perfidiæ, cum non possint videri pejerasse, qui sciete fallere non videtur, *l. qui jurasse 26. inf. de jurejur.* In his, qui proximi pubertati & doli sunt capaces, contrarium posset videri statuendum, scilicet, illos submoveri à retractando contractu contra juramẽtum, si non jure civili, quod loquitur de puberibus, saltem Canonico, cùm tales in multis juris actionibus comparentur puberibus: tenentur enim ex delicto, ꝟ. *de delict. pub.* sponsalia, ab iis inita, tenent, eàque jurata coguntur adimplere, *c. Ex litteris 10* ꝟ. *de despons. impub.* Facit, quòd in istis habeat locum ratio *d. l. 1.* quæ generaliter de minoribus loquens, fundatur in evitando perjurio, cujus & obnoxii impuberes doli capaces, *c. 1.* ꝟ. *de delict. puer.* Sichard. *ad d. Auth. n. 26* Covarr. *de pactis, p. 3. §. 1. n. 4. & 5.* qui ibidem rectè tradit, dandam esse absolutionem impuberi tali, quòd, ut facilè per ætatem ad contrahendum inducitur, ita & ad jurandum. Caldas *ad d. l. 3 V. Minoribus, n. 7. & seqq.* Contrà Fachin. *3. contr. 10.* Gomez. 2 *var. resol. c. 14 n. 18* Alciat. *in d. c. Cùm contingat, n. 141 de jurejur.* Matth. de Afflict. *decis. 322 decis. 393. n. 12.* ubi de proximo pubertati & doli capace.

40 Quæritur autem, an decisio *Auth. Sacramenta puberum*, tantùm obtineat in contractibus validis, an verò & invalidis? De validis tantum accipienda videtur, ex eo solo, quòd *d. Authent* ponatur in materia restitutionum, quæ præsupponit contractum validum. Neque enim invalidus indiget restitutione, quæ est, ad instar privationis, quæ habitum præsupponit & actum validum, per quem contingit læsio, quæ non ponitur per actum invalidum. Facit etiam, quòd *d. Auth.* habeat, *super contractibus rerum suarum, non retractandis.* Retractare est, rescindere, quod gestum est. Rescindi non potest, quod nullum est, ac jure non valet, quia habetur pro non facto; ut, nec juramentum adjectum, quid valoris habeat, saltem jure civili, *l. non dubium, Cod. de legib.* Quo modo, si pubes prædium suum sine curatore, aut sine decreto alienaverit, nulla est alienatio, *inf. de reb. cor. qui sub tut.* Ubi & nulla est alienatio rei dotalis per maritum, licet ex consensu uxoris facta, nihil faciente juramento. [illegible] hanc sententiam [illegible] argumentis, tradit Jason *ad d. Auth. n. 34.* Secundum Canones secus dicendum est, qui volunt, omne juramentum servari, quod non continet detrimentum animæ jurantis, nec primariò lædit jus publicum, aut tertii, *c. Cùm contingat 28.* ꝟ. *de jurejur.* Caldas *d. l. n. 2. & 3.* An autem contractus per hoc confirmetur, dicetur infrà *Tit. de jurejurand.*

41 Quæritur & an ut obtineat decisio *d. Auth.* debeat minor moneri, super suo privilegio? Posset hoc videri affirmandum, ex eo, quòd non præsumatur quis renuntiare juri, quod sibi competere ignorat: jura autem ignorare minor præsumitur. *l. Regula, inf. de juris & facti ignor.* Facit, quod juramentum non trahatur ad illud, de quo quis tempore juramenti verisimiliter non cogitavit. Verùm contraria sententia verior, scilicet, etiam non monitum excludi à retractando contractu, *per l. 1. cod. si advers. vendit.* quæ simpliciter loquitur, non facta mentione monitionis. Facit & *c. Ex rescripto* ꝟ. *de jurejur.* ubi proponitur mulier, jurasse intercessionem & rescriptum simpliciter, eam teneri, nullâ factâ monitionis monitione. Et ratio est, quòd jurans saltèm implicitè & in genere, præsumatur cogitasse de quocumque remedio, sibi competente: per quam rationem cessant argumenta priùs allegata. Jason, alios citans, *in d. Auth. n. 34. & seqq.* ubi ait, communem, hanc esse sententiam nec ab ea temere recedendum. Alex. *ibid. n. 38 & consf. 27. n. 2. item consf. 42. n. 10. lib. 1.* Gail. 2 *obs. c. 41. n. 9. & ibi allegati.* Gomez. *d. n. 18. vers. Quintò extende* Pinell. *ad l. 2, p. 3. cap. 1. num. 10. Cod. de rescindend. vendit.*

42 Alia Quæstio hic movetur, an effectus hujus iuramenti, teneat hæredem iurantis? Posset videri, non transire, quòd obligatio ista non contraveniẽdi, aut non retractandi actum, sit personalis, tantũ afficiens personam eius, qui iuravit, se non contraventurum: ut videatur non concernere hæredem, qui non iuravit. Veriùs tamen, dictum iuramentũ, non quidẽ, quoad se, sed quoad effectum promissionis etiam, quoad hæredem operari, cum per illud, ius sit quæsitum alteri, contra iurantẽ defunctum, ne revocet aut retractet actum, cuius factum hæres præstat; cùm ex eius capite suum ius metiatur, ut, quòd ille non potuit, non possit hæres, ne quidem ratione iuris, quod habet ex capite suo & non tanquam hæres, *l. Rem alienam, inf. de pignor. act. l. cum à matre, C. de rei vind.* Nec facit, quòd iuramentum sit personale: nam hoc verum est, quoad vinculum spirituale religionis, quod tantum ligat animam jurantis *c. Veniens,* ꝟ. *de jurejur.* non etiam [illegible]

 bet.

ber effectum & ipsum hæredem afficientem. Castrens. ad d. Auth. n. 3. Covarr. ad c. Quamvis, § 5. n. 7. Gomez. d. loco, n. 19.

Cæterum requirit d. Auth. sponte sit præstitum juramentum, citra vim aut metum: alias etiam in 43 maioribus, illud nullius vult esse momenti, maximè, ne maleficiorum commissorum querimoniam quis faciat. Ubi notandum, quòd, licèt jure civili actus, per metum gestus, ipso jure valeat, secundū dictat. sup. ad tit. de his, quæ vi, metùsve caus. juramentum tamen metu extortum, nullius sit momenti, d. Auth. Sacramenta: esse tamen servandum secundum Canones, ut trademus infra, tit. de jurejur. * Verùm hujus Auth. decisio non passim est in 44 usu, cum Jason ibid. n. 80. tradat: in aliquibus locis non servari & per statuta illi derogatum esse, & Bugnonius Legum abrogat. in Gal. lib. 1. cap. 119. tradat, in Galliæ regno, non obstare juramentum, quo minus minor læsus restituatur, obtentâ prius absolutione ab Episcopo: quod & notat Rebuff. in præmio ad constitut. Reg. Glossa 5 n. 5. ubi tradit, se vidisse observari, etiam in majoribus, ut habitâ relaxatione juramenti, restituantur læsi quòd & alibi majoribus est inductum.

45 Postremò, non est opus restitutione, si actus, à minore gestus, sit invalidus, l. In causæ 16. §. Et generaliter, h. t. quia est ad instar privationis, quæ habitum præsupponit. Unde, non eget restitutione, qui curatorem habens, alienavit rem immobilem, sine ejus consensu, l. si curatorem 3. C. de in integ. restit. min. neque enim ei permissum alienare est, licèt se possit obligare, quòd personam habeat liberam, l. Puberes 101 inf. de V. O.

46 Quid, si curatorem non habens, alienaverit, an restitutione indigebit? Non cogitur quidem minor, curatorem accipere, nisi in judiciis, uti habetur expressè §. Inviti, Inst. de curat. ut mirum sit, quem contra niti: ut proinde sit libera ejus persona quantum ad obligationem, d. l. 101 & quantum ad alienationem, quæ tantum impeditur minori habenti curatorem, quòd sit similis prodigo, cui alienatio interdicta totâ administratione penes curatorem stante: ut libera ea videatur esse curatorem non habenti, d. l. si curatorem.

Nec obstat, quòd lex, in alienatione rerum minoris, cui est curator, requirat decretum; quasi multò magis videatur id desiderare in casu, quo curator deest: nam est ratio diversitatis, quòd scilicet in illo casu, curator quid posset admittere in detrimentum alterius; quæ ratio non obtinet in casu posteriori. Nihil etiam obstat l. 3. C. de his, qui veniam ætat. ubi is, qui veniam ætatis impetravit, non potest alienare sine decreto; nam hoc ideo, ne læ- datur alienando, quia non restitueretur. Cujus ratio est, ne principalis auctoritas contrahenti cum tali in detrimentum cōjiciat. Ubi nihil facit, quod, qui veniam ætatis impetravit, quoad rerum immobilium alienationem comparetur ei, qui non impetravit: hoc enim quoad eum tantùm, qui est sub curatore, secundùm l. 3. C. de in integ. restit. min. & patet ex l. 3. cod. si major factus alien. &c. Videatur hac de re Parts lib. 1. cons. 33. n. 29 & seqq. Vasquius de success. creat. tomo 1. lib. 1. §. 10. num. 72. & 73. Caldas ad d. l. 3 in V. Ret, num. 2.

De prodigis idem dicendum, ut curatorem habentes, post interdictam sibi administrationem, 47 contractus per eos initi sint nulli, ut restitutione non indigeant. Ante interdictam autem administrationem contractus non tollentur per restitutionem, propterea quod alicui fraudi esse non debeat quòd cum tali contraxerit, nisi Prætori videatur caussa ex generali clausula: Si qua mihi alia justa caussa, &c. de qua infra tit. 6.

Extra casus, jam relatos, competit minoribus 48 læsis lubrico sive ratione ætatis restitutio: etiam filiusfamilias, & quidem in casu, quo patris jussu contraxerunt, si unà & se obligaverint, uti possunt. Quæ restitutio non proderit patri, l. 3. §. Sed utrum h. t. quia majori subveniretur contra intentum Prætoris. Quòd si sine jussu patris filius suâ voluntate contraxerit, est patri restitutio integra, cùm agatur de ejus periculo, quia tenetur de peculio, leg. Patri 27. hoc tit.

Est & hæredibus minorum hoc beneficium, etsi 49 majores sint, l. Minor 18 in fine hoc tit. cùm restitutio, licet sit personalis, detur tamen ad rem ipsam & ratione negotii gesti, ut dictum suprà tit. 1. & hæc est veritas, inquit Caldas ad d. l. 3. V. Minoribus, n. 42. & 43. & seqq. & probat per l. non solum 7. sup. de in integ. restitut.

Ubi, quoad tempus, distinctio venit adhibenda, an hæres minor sit, an maior; minori, aut maiori succedat. Minor minori succedens habet totū quadriennium post legitimam suam ætatem, l. ea quæ 5. §. 1. cod. de temporib. in integ. restit. Maiori succedens non amplius habet, quam defuncto supererat, d. l. 5. §. 2. Maior minori succedens habet integrum quadriennium, quod currit ab adita hæreditate, aut accepta possessione, d. l. 5. §. fin. idque ex persona defuncti. Maiori verò succedens, tantum tēporis habet, quantum defuncto supererat, d. §. fin. Hæredis nomine hic etiā venit, cui est restituta hæreditatis successio: itē patronus, qui libertū propter ingratitudinē, in suam potestatē redegit, & qua ex caussa potuit

potuit restitui libertus, poterit & patronus, intra tempora restitutionis, *l. 6. sup. tit. 1.* Maurit. *tract. de restitut. c. 20.* Caldas *ad d. l. 3. V. Legitimum tempus, n. 16. & Doct. communiter ad d. l. 5.*

50 An & patri idem dandum, ut, occupatis bonis filii jure peculii, restituatur ex ejus capite? Quod videtur dicendum in peculio castrensi: nam si filius deceptus sit circa ea, quæ sunt istius peculii, restitutionem mereatur, eàque, ejus nomine, patri tamquam hæredi, non est deneganda. quippe qui in castrensi quasi hæres succedat filio, *per text. in l. 1. §. Pomponius hoc tit.* ubi ita ratiocinatur jurisconsultus: In quibus caussis filius familias in re peculiari [illegible] restituitur & pater, quasi hæres nomine [illegible] restituitur autem ex peculio castrensi quia captus, quasi in proprio patrimonio ergo & pater restitu[illegible]. Diversum est in profectitio, *secundum d. §. Pomponius, cum seq.* quem rectè Cujac. accipit de peculio castrensi, secundum explicationem superiorem, non etiam de profectitio, quod est patris, etiam in vita filii, aliàs obstaret *d. l. 3. §. Sed utrum;* licèt displiceat ea explicatio Ant. Fabro, *Conject. lib. 4. c. 5.* qui vult *d. §. Pomponius*, loqui de profectitio, ejusque respectu, patrem posse restitui, etiam filio vivo, asserens textum illum esse mendosum, adeóque delenda esse verba *post obitum ejus*.

51 Verum controversia hic est, non levis. An restitutio per minorem impetrata, prosit eius fideiussori? Ubi simpliciter & indistinctè respondeti non potest; versatur enim hæc res in caussæ cognitione, ut ait Ulp. *l. in caussæ 13. h. t.* quæ in eo consistit, an sola læsio caussam præbeat restitutioni, cum minoris ætatis privilegio juncta, an verò dolus adversarii, quo circumventus minor? Posteriori casu certum est, prodesse restitutionem fideiussori, *l. 2. C. de fidejuss. minor.* quia rei cohæret. Generale autem est, exceptiones, rei, non personæ cohærentes, transire in fideiussorem *l. 7. §. 1. inf. de except.* Et licèt ex parte eius, cui objicitur, sit personalis, ex parte tamen objicientis est, in rem concepta, *l. 2. §. 1. inf. de doli except.* Ad instar exceptionis, quæ ex jurisjurandi, rei judicatæ, metus, & simili caussa proficiscitur: in qua obtinet *l. omnes 19. inf. de except.* quæ habet, omnes exceptiones, quæ reo competunt & fidejussori competere, etiam reo invito. Priori casu distinguendum est, an fidejussor simpliciter accesserit, id est, non tamquam pro minore, sed tamquam pro alio majore quolibet, an verò propter incertum ætatis, ac restitutionis, sive contemplatione juris prætorii, [illegible] si contrahens cum minore, fidem ei non habe[illegible] fidejussorem Titium petierit, *d. l. 13. in princ.* Priori casu prodesit restitutio minoris fideiussori, ut *in l. minor 51. sup. de procurat.* Exemplum est, *in l. si judex 41. h. t.* ubi, minore, in venditione graviter læso, si contra eam restituatur, prodest ea res & fidejussori. & *in l. si pupillus 89. inf. de acquir. hæredit.* ubi minore se abstinente ab hæreditate, succurritur & fidejussori; non ex ea ratione, quòd creditoribus nulla jactura immineat, quòd actio iis restituatur in primum debitorem, *d. l. 51.* & ius integrum maneat, adversus eum, qui agiturus hæreditatem, cùm fieri possit, ut prior ille debitor in specie *d. l. 51.* adeò inops sit, ut ab eo creditor, suum recipere nequeat, aut in specie *d. l. 89.* novus hæres hæreditàsve, possit esse, non solvendo: sed ratio est, quia simpliciter accessit fidejussor, tamquam pro majori. Restitutionem autem, à majore impetratam, certum est prodesse fideiussori, *secundùm l. ex persona 32. inf. de fidejuss.* quod tamen non est perpetuum, ut videre est in casu *l. si quis rem 5. in pr. inf. de liberat. leg.* quo intercessit fideiussor, animo donandi, aut in rem suam, ut illi non subveniatur, quia aliàs maiori subveniretur, quod non est intentum prætoris. Posteriore casu, quo contemplatione juris prætorii & propter incertum ætatis, ac restitutionis intervenerit pro minore fideiussor, ut tali, restitutio minoris non proderit fideiussori, propterea, quòd hoc ipsum, inter contrahentes actum videatur, ut restituto minore solvat fideiussor: quâ spe, non debet frustrari creditor, nec in eius necem subveniendum est fideiussori, *d. l. 13.*

52 Non obstat, quòd fideiussor, eo casu habeat actionem mandati contra minorem, ut videri posset restitutionem minori non profuturam, *l. 1. in fine C. de fidejuss. minor.* nam, non simpliciter, hæc mandati actio danda est, sed caussâ demum cognita, *d. l. 13.* Quæ, si justa inveniatur, ipse minor judicium suscipiet, suíque fideiussoris erit defensor necessarius, *l. idemque 10. §. pen. inf. mandati.* Nisi ad fideiubendum, pro se eum induxerit, falsò se asserens maiorem: tunc enim ab hoc beneficio removebitur, cùm in delictis ei non subveniatur, *l. si ex caussa 9. § 2. h. t.*

53 Non etiam obstat dictis, quòd indistinctè dicatur hæredi competere restitutio, ex capite minoris: quia alia est ratio hæredis, qui eadem cum defuncta persona successit in universum ius, quod defunctus habuit, *l. nihil 24. inf. de V. S.* ut non possit ei restitutio denegari: alia verò caussa fideiussoris, qui non censetur eadem persona cum defuncto, pro quo fideiussit.

54 Quæritur autem an fideiussor, hæres defuncti minoris, ante restitutionem ex eius capite possit eam petere? Quod videntur aliqui velle indistinctè, inter

quos

159 Cæterùm ne perpetuò jura in incerto maneant, restitutionis petitio, certo tempore conclusa & olim quidem anno utili, hodie est concessum quadriennium continuum, sublato locorum discrimine, quod currere incipit, in minoribus, à die, quo majores facti; in majoribus à die cessantis absentiæ aut alterius impedimenti, *l fin. C. de temporib. in integ restitut.* Mynf. *cent. 1. obs. 51.* De alio tempore agitur *in l fin. C. si major factus alienat. ratam hab.* sed illud non spectat ad restitutionem.

160 Quæritur autem, an per quadriennium continuum, annus utilis omnino cesset? Sunt, qui volunt, & hodie eum competere, quòd quadriennium tantùm sit concessum, ad petendam restitutionem, utilis verò annus detur, ad actionem post restitutionem impetratam proponendam. Veriùs tamen, non dari utilem annum, in cujus locum substitutum est quadriennium, *d. l. fin.* Facit, quòd olim unus tantum utilis annus, competierit, non duplex: ut non sit ratio, quare post quadriennium supersit adhuc utilis annus ad prosequendam, ut volunt, litem, cùm ejus nusquam fiat mentio in jure. Ut & frustra distinguant inter remedium, rescindens & rescissorium: quæ sunt diversa, uno tamen actu expediuntur, cùm eadem operâ Prætor cognoscat de restitutione, & restituat Cujac. 7. *Obs. cap. 31.* Duarenus *ad tit. cod. de in integ. restitut.* ubi vult, non tantum interponendam esse contestationem intra quadriennium illud, sed & finiendam litem, *secundùm, d. l fin. & Clem. unicâ, de restit. in integ* Quæ loca habent, intra quadrienniū petendam esse restitutionem & finiendam litem, quamquā Rebuff. *ad const. tut. Reg. de restit. tomo 2. art. 2.* Glossa 1, *n. 4.* velit, *in d. l. fin. & Clem. unica*, pro *finiendam*, legendum esse *ineundam* sive *inchoandam*, secundùm decisionem *l. properandum 13 C. de judic.* quem sequitur Caldas, *ad d. l. 3. V. Infra legitimum n. 5.*

161

162 Alia est quæstio, an quadriennium currat ignoranti, restitutionem sibi competere? Posset videri, non currere, quòd detur in locum utilis anni, *d. leg. fin.* qui non currebat ignoranti: utile enim tempus inchoatur à scientia, *leg. 2. in verbis, ex quo scivisti, C. qui admitti ad bon possess.* & ita late Gail. alios citans. 2 *obs. cap. 48. num. 5.* Addunt alii, quòd tempus illud currat negligenti, *c. 1 de restitut. in integ. in 6.* Non potest autem videri negligens, qui ignorabat. Abbas *in cap. 1. in fine X de restit. in integ* ut pœnam non mereatur, quam poneret exclusio. Quæ opinio, ut multis placeat, uti videre est apud Gail. *d. loco & lib. 2. obs. 105. n. 5.* penitus tamen inspicienti contraria videtur probabilior, cum istud quadriennium non sit utile, sed continuum, *d. leg. fin* ubi cursum dicitur inchoare, à primo die anni vicesimi sexti, aut à cessante impedimento, non habitâ ratione scientiæ, aut ignorantiæ, cujus ibi non fit mentio. Nec tam obstat huic sententiæ *d. cap. 1.* quam pro ea potiùs facit, cùm habet, non aliàs Ecclesiæ salvum esse quadriennium, quod effluxit per ignorantiam, quàm si machinatione adversarii effluxerit, ne sua machinatio ei prosit, alteri obsit, aut alia subsit probabilis caussa, ut, quia aliquis agere non potuit. Facit & eam in rem textus *in l. Pannonius 86. inf. de acquir. hæred.* ubi ignorantia non impedit, quó minus tempus currat & restitutio strictò jure non competat, licèt ex singulari caussa ibi concedatur. Aliter Caldas *d loco n 2.*

Sed hic quæritur, an saltèm restitutio competat, anno per ignorantiam lapso, ex capite: *Si qua mihi alia justa caussa videbitur?* Hoc posset videri, ex eó, quòd ignorantia, restitutioni videatur præbere justam caussam. In quam partem adducitur textus *in d. cap. 1.* Verùm ibi non fit mentio simplicis ignorantiæ, sed quam caussavit adversarii machinatio, uti jam dictum. Ut aliàs non sit concedenda restitutio, cùm exceptio firmet regulam, in non exceptis: Ut nec rectè adducatur text. *in d l 68.* nam & is, ut dictum, non tam se fundat in ignorantia, quàm in justa absentia: ut rectè etiam dicatur, restitutionem non competere, cùm nulla lex ea de caussa restitutionem competere exprimat; quæ etiam non aliàs permittitur, quā, si per leges liceat, *l 1. in fine, quib. ex caus. majores. &c.*

Spectat autem tempus quadriennii, tantùm ad minores & majores ex justa caussa restituendos, quorum tantum fit mentio *in d. l. fin.* non etiam ad restitutionem, ex caussa metûs aut doli, cui sunt definita tempora, non mutata.

163 Effectus restitutionis est, ut unusquisque, jus suum recipiat, *l. quod si minor 24 §. Restitutio, hoc t.* quasi nihil gestum videatur & ut in damno morari non debet minor, qui restituitur, ita nec in lucro. Unde minor, recepto fundo, quem vendidit, cum fructibus, pretium emptori restituet cum usuris, *l. Patri 27. § 1. & l. tutor 47. in fine h. t.* nisi placuerit, fructus cum usuris compensari, secundū Paulum *Sent. 1 tit. 9 § penult.* Quod ita tamen accipiendum, si minor ex pretio factus sit locupletior, qui aliàs in damno moraretur. Quamvis è contra, venditor prædii teneatur minori, non tantum ad pretium, verùm & ad usuras, etiam non perceptas, quas tamen percipere potuit, *dicto §. primo.* ut hac in parte, restitutio claudicet, favore minoris ætatis, *leg. Julianus 13 §. Si quis.*

Ad n. XLI. Gail. hic in fine alleg. loc fatetur tamen, esse tutissimum, ut talis præmonitio præcedat & instrumento inseratur: de qua cautela, vid. Guid. Pap. *decis. 227.* & id ad evitandas disputationes, perpetuò tenendum ait, Val. Franc *tr. de fideic. c. 2, n. 141.*

Hoc quadriennium, intra quod restitutio petenda & lis finienda est, in Camera imperiali non observatur, teste Mynf. *cent obs. 51. n. 7.*

Ad n. LXIV. An, propter minorem, ipsius consors major, etiam restituatur & habeat privilegia minoris, vid. *l. unic. C si in caus. comm. in integr. restit petat. & ad ill. tit.* Ant. Fabr. *in cod Fabr lib 2, tit. 13,* Dan, Moller, *lib. 4. Semestr. c. 1, n. 27, & seqq* Petr. Frider. *de contin. caus. lib 3 c, 15, n. 13. & seqq. & c. 19, n. 16,* Gail. *d. P. P. lib. 1, c. 6, n. 17.*

TITULUS V.

De capite Minutis.

SUMMARIUM.

1. *Capitis deminutio, quid, & quotuplex.*
2. *Ratio edicti restitutorii, adversus capite minutos.*
3. *Edictum hoc, in quibus locum habeat.*
4. *Habet locum in obligatione civili, non naturali,*
5. *Non etiam in delictis.*
6. *Neque ad Monacho, rectè extenditur.*
7. *Emancipatio, an hodie inducat capitis diminutionē.*
8. *Actio ex hoc Edicto, est reipersecutoria & perpetua.*

1 Capitis diminutio, est mutatio statûs: qui ut triplex est, ita & capitis diminutio triplex; Maxima, quâ libertas amittitur: Media, sive minor, quâ civitas, salvâ libertate, amittitur, quod contigit per deportationem & defectionem ad hostes & quando Senatus, hostium numero aliquem habet, quales omnibus civitatis juribus privantur, *l. 5. h. t.* & minima, quâ mutatur familia, per adrogationem, adoptionem, emancipationem, quâ, salvis juribus publicis, uti magistratu, utc *à d. l. 5. in fine l. 6. & 7. h. t* (exceptâ eâ, quæ est agnatorum, quia istâ, affectus desinit, esse agnat is) privati hominis & familiæ jura amittuntur. Ad maximam & mediam hic Tit. non pertinet, quòd illis affecti, penitus conveniri nequeant: cum servo enim, nulla est actio, *l cum servo 107, de R. I.* uti, nec cum peregrino, qui nullam juris civilis communionem habet & nulla est æquitas dandæ restitutionis, adversus eum, qui amissis bonis omnibus, relictâ civitate, nudus exulat, *d l 7. § fin. h. t.* Quo casu actio danda est in eos, ad quos bona pervenerunt, *l. 2. in princ. h. t.* quos æquum est, respondere creditoribus, pro modo successionis. *d. l 7. § pen.*

2 Pertinet verò Tit. iste ad tertiam speciem, quam minimam dicunt, quâ adversus debitorem, mutatâ familiâ, contingit actionem, creditori reddi inanem, per adrogationem, bonis agnati & juribus transeuntibus in potestatem adrogatoris. Per adoptionem & emancipationem quòd secundùm jus pristinum illæ fierent per imaginariam quandam venditionem, quasi in servitutem reducebantur adoptati & emancipati, *l. 3. h t* quæ faciebat, stricto jure, non esse contra eos actionem. Quod, quia iniquum judicavit prætor, edixit, ut taliter diminutus capite, perinde possit conveniri, atque si per capitis diminutionem non desiisset obligatus esse, pollicitus, se in eundem, judicium datutum, *l. 2. §. 1. h. t.* ne alioqnin factum illius, qui diminutionem attulit, noceat creditori, cui nihil potest imputari.

3 Habet autem edictum locum in iis quæ ante diminutionē acta sunt, de quibus loquitur, quòd per eam supervenientem liberatio stricto jure contigerit, non etiam in iis, quæ postea sunt gesta, *d l 2. § 2.* tum, quòd contrahens sibi imputare debeat, tum, quòd non auferatur actio. 4 Habet locum in obligatione civili: nam naturalis, ea scilicet quæ æquitatis naturalis vinculo sustinetur & quæ in bonū & æquum cōcepta, manet. eò quòd civilis ratio, id est emancipatio naturalia jura corrumpere non possit, *l eius 8. h. t.* ubi ejus ordinis dicitur actio de dote quæ filiæ etiam, post emancipationem competit, *l si cum dotem 22. §. Eo autem tempore, inf soluto matrim.* Idem obtinet, si sui juris facta, per deportationem patris, *l. in insulam 42. d. t.* Ea quoque, quæ in facto consistunt, capitis diminutione non intercidunt: cujus generis est legatum. in singulos annos, aut menses, *l. pen. h. t.* quòd intelligatur relictum pro alimentis: item legatum habitationis, *d. l. pen* 5 quia in facto, non in jure consistit. In delictis non habet locum istud edictū, quia agit de capite civili, delicta antē sequuntur caput naturale, *l. 2. §. Nemo h t.* quò spectat, quod dicitur: Noxa caput sequitur Unde & servus, post manumissionem ex delicto; antè commisso tenetur, *l. 4. C an servus pro suo facto post manumiss.*

miss. ten. Non habet etiam locum in eo, qui debitorem suum adrogavit: nam, licèt per adrogationem extinguatur obligatio, non tamen meretur restitutionem: quòd ipsum sibi imputet, *d l. 2. §. pen* Servus, qui manumittitur, non potest dici minui capite, quòd caput, id est, statum, antè non habuerit, tunc demum verò incipiat habere, *leg. 3. & 4. h. t.*

6 Ad Monachos hoc edictum non rectè extenderis, quòd monachismus nō inducat capitis diminutionem, etsi hoc crediderit Accurs. *Nov. de monachis §. §. Illud, V. Voluerit*; cùm nec libertatem, nec civitatem, nec familiam adimat. Habent enim Monachi jus legitimarum hæreditatum, saltèm de jure: nam quorūdam locorum statutis id est ipsis ademptum.

Quæri hic posset, an emancipatio, hodie inducat capitis diminutionem? Ratio dubitandi ex eo sumitur, quòd legitima illa per venditiones emancipatio sit sublata & inducta Anastasiana, ac Justinianea, qui sine solemnibus pristinis fit, *leg. fin. & pen. Cod. de emanc. liber.* & non inducere diminutionem vult Cujacius, ad Ulpian. *tit. 10.* Goveanus *lib. 1. var. Lection. cap. 26.* Posset tamen contrarium videri, ex eo, quòd & hodie per eam familia mutetur, licèt emancipatus retineat jura successionis, patris naturalis ab intestato, *Nov. 118. §. Nulla*

8 Judicium hoc perpetuum est, continens rei persecutionem, quia datur creditori, ut suum consequatur & ne per capitis diminutionem, damno afficiatur. Unde & hæredibus & in hæredes datur, etiamsi non contraxerint, quia repræsentant personam defuncti, *l. 2. in fine, hoc tit.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. V. de capite Minutis.

AD *n. I.* Capitis diminutio, non rectè definitur, nisi verba (facto hominis interveniente, *&c.*) addantur; nam morte patris, filius mutat quidem statum, quia fit sui Juris *§. 1. Inst. quibus mod. jus patr. pot. solv.* non tamen dicitur capite minui: Ideo subauditur hic, facto hominis interveniente, ut Emancipatione, deportatione patris, vel simili modo, sed moriente patre, non intervenit factum hominis, sed Rei: Schneidevv. *ad pr. Inst. de capit. dimin. n. 3.*

Ad n. II. Fratres mendicantes vulgò vocamus, quibus nihil proprium habere licet: quam ob caussam, non absque dubitatione quæri posset, an hisce aliquid legari possit? Qua in quæstione distinguit Michaël Grassus *sententiarum 1. § Legatum, q. 7.* inter mendicantes ex Regula & mendicantes ex constitutione. Adde Cutt. jun. *lib. 1. consil. 30. n. 7.* Besold. *in thes. pract. verbo* Bettel-Orden: Gail. *2. obs. 136 n. 7 & 8.* Carpzov. *p. 2. const. 16. defin. 59. n. 1. & 5.* ad quos studio brevitatis me remitto. Et an & quando Monasterium habeatur loco filii vel loco hæredis, vid. eleg. Cævall. *q. 192.*

TITULUS VI.

Ex quibus caussis, majores viginti quinque annis, in integrum restituuntur.

SUMMARIUM.

1 *Restituitur absens Reip. causâ & quis absens dicatur.*
2 *Item miles causâ militia & absentia.*
3 *Et uxores militum.*
4. *Clausula*, Si qua alia mihi iusta caussa videbitur, *vis & necessitas*
5. *Absentia non debet esse ultra constitutum tempus.*
6. *Restitutio, an detur ex capite ignorantia adversus impletam usucapionem.*
7. *Usucapionis inducenda ratio.*
8. *Ignorantia facti, quando noceat, aut prosit.*
9. *Intellectus* l. Pannonius 86 de acq. hæred.
10. *Absens, relicto procuratore, non restituitur.*
11 *Nisi sit minor.*
12 *Intellectus* l. sed etsi 26, §. fin. h. t.
13 *Absuturus, an relinquere cogatur procuratorem.*
14. *Restituitur & præsens, adversus absentem*
15. *Hodie, præsens, contra præsentem, aut absentem, restitutio non est necessaria.*
16 *Restituitur & hæres absentis.*
17 *Restitutio, intra quod tempus petenda.*
18 *Effectus hujus restitutionis.*

NOn tantùm subvenitur minoribus lubrico ætatis læsis, sed etiam alia iusta de caussa, ex qua

ex qua & majoribus subvenitur: qualis inter alias est, absentia, Reipublicæ caussâ, ne tale officium alicui sit damnosum. * Absens Reip. caussâ censetur, qui non sui commodi ergo, sed coactus abest, *l. Reip. 36. hoc tit.* Ratio est, quia non possunt superesse suis negotiis. * Unde milites læsi ratione absentiæ ex caussâ militiæ, quæ justa est, restitutionem merentur, *tit. C. de restit. milit.* Ita tamen, si in expeditionibus sint occupati: nam citra eas, in ædibus suis degentes, restitutionem non merentur, quòd læsionem sibi imputare debeant, *l. fin. cod. d. tit.* cùm Reip. caussâ abesse non videantur, *l. Miles 34. hoc tit.* Cui non obstat *l. 7. hoc tit.* ubi Romæ militantes, pro Reip. caussa absentibus habentur; cùm & Romæ in castris agere videantur, eâque sint conditione, ut quolibet momento proficisci eos oporteat; ut, cum ad tempus tantùm ibi sunt, non intelligantur esse, *arg. l. si fundus 34. inf. de leg. 3.* * Uxoribus militum, quæ maritos comitantur, idem jus competit, *l. 1. & 2. C. de uxorib. milit.* quòd & illarum absentia, sit justa, & idem cum marito forum sortiantur. Hinc res interea venditas recipere possunt, *d. l. 2.* refusio pretio; quatenus tamen venditor habuit jus, aut illud, versum est in commodum uxorum, aliàs non tenentur pretium refundere, *l. si mancipium, C. de rei vend.*

Enumerat autem Prætor, primâ Edicti sui parte, varias caussas, propter quas restitutionem aliqui merentur: ubi tamen *l. 1.* subjungitur, non esse necessariam in integrum restitutionem, quòd extra ordinem ex Senatusconsultis & Principum constitutionibus super iis jus dicatur. * Subjungitur autem in fine *d. l. 1.* clausula generalis, *Si qua alia mihi justa caussa videbitur*, quæ necessariò subjungitur, quòd multi casus evenire possint, qui desiderent restitutionis auxilium, nec singulatiter enumerati potuerint; ut, quoties æquitas restitutionem suggerit; ad hanc clausulam sit descendendum, *l. sed etsi 26 in fine, hoc tit.* Sic, qui legatione functus est pro civitate, vel aliàs Reip. cussâ abest, æquum est, eum restitui: Idem est, si alia probabilis caussa absentiæ subsit, uti studiorum, testimonii dandi, custodiæ, quâ quis detinetur, aut similis, *de qua passim hoc tit.* * Oportet autem, qui Reipubl. caussâ abest, non ultra constitutum tempus abesse; nam ultrà non habetur absens caussa Reip. *l. 4. hoc tit.* Similiter finito officio, cui præfuit absens, non censetur Reip. caussa abesse, quia caussa cessat. Computanda tamen illi tempora, quibus in urbem reverti potest, *l. si cui 38. h. t.* quæ sunt vicena passuum milia, in singulos dies, *leg. Itinere 3. de Verborum Significatione.* Faciet tamen immunitas, aut aliud impedimentum, quo continuario itineris impeditur, tempus illud non currere, ex ratione generali: quòd prudentissimus quisque culpam tantùm, non etiam casum fortuitum præstet, *leg. Contractus 23. inf. de Reg. juris.*

Controversæ quæstionis est, an ex illa generali clausula, *Si qua, &c.* concedenda veniat restitutio, ex capite ignorantiæ, contra præscriptionem impletam? Hac in re contrarios sibi esse auctores, videre est apud Cravettam *consilio ducentesimo primo, numero trigesimoquarto & sequenti*, quorum aliqui, non tantùm contra decem & viginti annorum præscriptionem restitutionem indulgent, verum & contra quadraginta, imò centum annorum: ipse Cravetta excipit eam, quæ est immemorialis temporis. Felinus verò *in capit. Vigilanti, numero primo, de præscription.* admittit restitutionem contra eam, quæ est longi temporis, non etiam, quæ longissimi. Rationem ponunt in eo, quòd justa ignorantia non debeat alicui esse damnosa, *leg. 8. inf. de juris & facti ignor.* & quòd præscriptio sit odiosa. Sed, ut ita habeat communis opinio, secundùm Cravettam & alios, contraria tamen magis juri respondere videtur. Pro qua facit, *l. fin Cod. de præscript. longi temp.* ubi dicitur præscriptio currere, non exspectata sententiâ, aut ignorantiâ; subjunctâ ratione, ne aliàs inextricabilis oriatur occasio dubitationis: & *l. omnes, Cod de præscript. 30. annor.* ubi dicitur, ejusmodi præscriptio, tribuere plenissimam munitionem, sive securitatem; quod dici non posset, si restitutioni locus foret.

Nec rectè respondet Felin. *d. loco* non impediri quidem cursum præscriptionis, restitutionem tamen non excludi; hoc enim esset imponere legem verbis. Nec fert istam responsionem, *l. unica, Cod. de usucap. transform.* quæ completâ præscriptione, firmo jure vult possessorem rem possidere: firmo autem jure non possidebit, si restitutio contra eum impetrari poterit, *l. fin. Cod. de fundis patrim. lib. 11.*

Facit pro hac parte ratio juris, quæ præscriptionem induci fecit, bonum scilicet publicum, ut certa sint rerum dominia, lites sopiantur, quæ aliàs excitarentur & quidem frequentiores, malo publico. Ut nihil faciat, quòd præscriptiones sint odiosæ, privatim scilicet. Facit denique, quòd istius caussæ in Jure, non fiat usquam mentio.

Nihil facit *d. l. 8* quæ vult ignorantiam facti, non nocere in damnis rei amittendæ, nec in compendiis prodesse: nam id procedit, nisi aliter sit jure cautum, ex caussa boni publici, ut in quæstione præsenti.

Nihil quoque movere debet *l. Pannonus 86. inf. de acquir. hered.* nam agit de eo, cui absenti tempus

erat lapsum; ut absentia videatur ibi caussare restitutionem. Deinde agitur ibi de restitutione facienda adversus centumviros, intra quos hæreditas agnoscenda, aut bonorum possessio amplectenda, *l. 2. C. quis admitti ad possess.* contra quos facilis est restitutio, citra læsionem boni publici. Aliter se habet res in restitutione, contra tempus longum, aut longissimum. Videatur Pinellus *ad Auth. nisi tricennale, n. 38. & seqq. Cod. de bonis maternis.* Sarmient. *lib 2. select. Interpret. c. 10.* Covarr. *in c. Possessor, p 3. §. 3. n 2.* Vasq. *2. illust. contr. cap. 48 n. 38 & c. 78.* Fachn *1. contr. 69.*

10 Quod dictum, absentiam justam caussare restitutionem, accipiendum, si absens, procuratorem non reliquerit: nam, ille relictus facit, non restitui absentem, *l. is qui 39. hoc tit.* quòd per eum defendi potuerit & contra eum possit indemnitati suæ consulere, per actionem mandati; quod & habet *l fin. sup tit.* 1. Læsus tamen, in omissa appellatione, ad eam restitui potest, ut habet *d. l fin. in fine.*

11 * Alia ratio est minoris, qui etiam defensus per tutorem, aut curatorem, restitui tamen potest adversus rem judicatam, ita enim legendum *in d. l. fin. in fine*, non etiam adversus Remp. quia de ea non quæritur, sed tantùm de defensione in judicio, in quo est læsus, idque, ne factum alienum ei noceat, maximè ejus, quem non volens, sed invitus, habuit defensorem.

12 Obstare videtur dictis *l sed etsi 26. §. fin. h. t.* ubi, qui pro civitate functus est legatione, admittitur, sive procuratorem reliquerit, sive non. Varias conciliationes producit Glossa, *ad d. l is qui 39. hoc tit.* Cujacius 19. *Obs cap 14* distinguit, inter absentem nomine Reip. & civitatis, aut municipii: & dictam *l 26.* loqui putat, de absente, nomine municipii, illique minus obesse procuratorem, quàm absenti Reip causâ, quia is datus sit, totius ordinis & decurionum consensu; unde ab illis nihil esse attentandum in ejus dispendium. Id verò aliter se habere in eo, qui Reip. causâ abest & qui à Principe mittitur. Verùm, cùm non minus debeatur absentiæ Reip causâ, quàm civitatis, rectius dicetur, neutri subveniendum esse, qui procuratorem reliquit, quòd utriusque indemnitati prospectum sit, per actionem mandati contra procuratorem. Nisi tamen ea sit frustranea, tum enim ex caussa æquitatis tam qui abest Reip. nomine, quam civitatis, debebit restitui & ita accipienda *d l 26, § finali.*

13 Quæri hic posset, an abfuturus cogatur relinquere procuratorem, ut omissio illi imputetur? Videtur hoc velle Papinianus *in l. Papinianus 20. sup. de minorib.* cum talis videatur, damnum suâ culpâ, sentire. quòd sibi imputet, *l. quod quis 203, de R. I.* Posset tamen subesse caussa, quæ restitutionem indulgeret, *d. l. 26. §. 1*, cum & justa caussa faciat ei succurri, qui reliquit procuratorem, ut jam est dictum. Caussa talis esse potest, si procurator idoneus, qui absentis caussas agat, inveniri non possit; si mortuus sit, aut datus non inveniatur idoneus & ita accipienda *l. si quis 40. hoc tit.* quæ aliàs obstaret. Sunt & aliæ caussæ, quæ excusant à non relicto procuratore, ut quia quis in carcere, aut alio impedimento detinetur, ab hostibus captus, *l. ab hostibus 15. & 16. h t.*

14 Cæterum, ut absenti ex caussa justa & probabili, si qua læsio illi contigerit, ne capiatur, ita & adversus illum est consultum, ne capiat, *l. fin. h. t.* Nam, ut damno eum affici non vult Prætor, ita nec lucrum facere patitur, *l. ergo 22 h. t.* Quod & habet locum in præsenti, si forte commodè conveniri nequiverit, ut quia in vinculis erat, quia furiosus, quia infans non defensus, *d. l. 22.* Ita tamen, si procuratorem non reliquerit præsens, aut ad interrogationem actoris, ab amicis non defensus; si tamen sint, qui rogari possint, *d. l 22.* Nam alterutrum, si factum sit, cessabit restitutio, *l. item 21. §. 2 l. ait Prætor 23. in fine princ. hoc tit.* Habet enim, quod sibi imputet qui cùm potuerit jus suum salvare agendo contra procuratorem, aut defensorem id neglexerit. * Hodie, præsenti, contra præsentem, aut 15 absentem, non est necessaria restitutio, cùm sit aliud remedium promptius inductum *per l. 2. cod de annali excep.* quâ statutum, quòd in casu, quo possessor conveniri non potest, ut quia absens, non relicto procuratore, aut defensore, aut infans, furiosus non habens tutorem, aut curatorem, vel aliquis potentior gratia & opibus valens, ut sit difficilis conventu, detur licentia, interrumpere volenti contestari apud Præsidem intra constituta tempora, vel, si ejus copia non sit, apud Episcopum civitatis, eòque deficiente, apud defensorem, deficiente verò & eo, publicè ad domum possessoris, affigere libellum contestationis, cum tabulari, aut, si ejus copia non sit, trium testium subscriptione: qui modus, plenissimam dabit interpellationem, *d. l 2* quem, si neglexerit actor, imputet sibi.

16 Læsus itaque, nomine absentiæ restituitur, ut, & ejus hæres, *l. 1, C. de restitut milit.* qui repræsentat defuncti personam & jus; quatenus tamen defuncto competiit: nam, si is præsens, idem damnum passus fuisset, cessabit restitutio ex hoc capite, quia caussa deest, *l. is qui 54, h. t* Datur autem contra eum, in cujus persona læsio contigit & contra hæredem ejus, *l. cùm miles 30, h t* ex eadem æquitatis ratione,

Re-

17 Restitutio hæc olim petenda erat, intra annum utilem, *l. 1. in fine h. t.* Hodie ejus loco inductum est quadriennium, *l. fin. Cod. de temp. in integ. restit.* & quidem continuum.

18 Effectus est, ut omnia in integrum statum revocentur, cum fructibus, *l. nec non 28. in fine hoc tit.* quod restitutio hæc plenissimam adferat indemnitatem. Non ultra tamen effectus ille se extendit, quàm, quatenus læsio contigit: quæ si tantùm sit unius diei, ut quia Reip. caussâ absens quis esse cœperit, ultimo die, ante finitam usucapionem, non nisi ad unum diem fiet restitutio, *d l. 26. §. penult.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. VI. Ex quibus caussis maiores, &c.

AD *n. I.* Absentia, alia est necessaria & privilegiata, ut militum; alia probabilis tantùm, sed tamen privilegiata, ut studiorum caussâ: alia voluntaria & probabilis, non tamen privilegiata, ut mercatorum; alia necessaria, improbabilis & odio digna, ut damnatorum. Godof. *ad l. 26. in fin. hoc tit.* Schneidevv *de divort. n. 38.*

In jure nostro, vario modo, secundùm subjectam materiam, absentia consideratur: nam aliter consideratur absentia, quoad præscriptionem, aliter, quoad stipulationem, aliter, quoad judicium, & aliter, ratione provinciæ. Gail. *1. obs. 48. n. 9.*

Justæ caussæ absentiæ quæ sint? vid. ap. Berlichium *parte 1. concl. 17. n. 48 49. & seqq.* Wehn. *in obs. pract. verbo* Ehehafft / *pag. 115.* Schotanus *in examen. jurid. pag 114.* Colerus *decis. 104. & in process. Execut. p. 1. c 2. n 11. & seqq.* Et de probatione legitimi impedimenti, Mynsing. *3. observat. 92.* Mascard. *de probat conclu. 884.* Hartman. *19. observ. 11. n. 2. & 19. obs. 12. n. 8. & 12. observat. 4. n. 15.*

TITULUS VII.

De alienatione judicii mutandi caussâ factâ.

SUMMARIUM.

1. *Restitutionis hujus caussa.*
2. *Actio ex hoc restitutorio edicto, datur in factum & in rem.*
3. *Alienatio debet esse facta, judicii mutandi caussâ & in fraudem.*
4. *Inter vivos, non mortis caussâ.*
5. *Actio ex hoc edicto, quando detur.*
6. *Alienatio debet esse facta, futuri judicii mutandi caussâ.*
7. *Actio. cui & adversus quem competat.*
8. *Actio ea est annua.*
9. *In quibus judiciis locum habeat.*

1 ESt & justa caussa concedendæ restitutionis, rei alienatio, quæ faciat actori ejus persecutionem molestiorem, ut, quia facta in potentiorem, cui par esse non potest; aut in alterius provinciæ hominem sit qua experiri molestum, *l. 1. & 3. h. t.* aut in alium quempiam, qui vexaturus sit adversarium, *l 2. h. t.* Similiter &, si homo petitus, sit manumissus, durior redditur conditio actoris, quia libertatibus solent favere prætores, *d. l. 3. §. 1.* Alii modi, passim hoc tit. referuntur.

2 Jure Digestorum ex hoc edicto actio est in factum, quanti interest, rem esse alienatam, & adversarium alium objectum; ad expensas etiam, si quæ factæ & aliam incommoditatem, quàm passus actor, *l. 1. & 3. §. penult. hoc tit.* Jure Codicis videtur & concessa actio in rem adversus quemcunque possessorem, *l. 1. eod.* ex jure dominii, vel quasi, quod alienas, in rem habuit ante alienationem, quod revocatur per in integrum restitutionem.

3 Quo modo facta sit alienatio, non interest, sive titulo lucrativo, sive oneroso, *l. penult. hoc tit.* Tantùm requiritur, facta sit; Primò, judicii mutandi caussâ, *l. 1. hoc tit.* Secundò, in fraudem, atque ita animo doloso, *d. l. 1.* unde, si alia de caussa circa dolulum facta fit, cessat edictum; nam tunc alienans, usus est jure communi, quo cuilibet liberum est, rē suam alienare, *l 2. inf. si quis à parente manumis.* unde, qui valetudinis caussâ, aut ob alias occupationes necessarias, aut quia lites exercatur (quod est ve- secun-

recundum) in alium transtulerit litem, huic edicto non est obnoxius, *l. 4. §. 1 & §. Si quis, h. t.* * Hine 4 & alienatio oportet facta sit, inter vivos, quòd in ea locum habere possit ratio edicti, non etiam in ea, quæ fit causâ ultimi elogii, instituendo scil. aut legando: quia hujusmodi est necessaria, ut non præsumatur judicii mutandi caussa subesse, cùm etiam, si vellet, rem penes se retinere, non posset, *l. ex hoc edicto 5. h. t.* * Tertiò, quòd intersit ejus, qui 5 ex hoc Edicto agit, *d. l. 3. §. Hac actio*, Frustra enim restitutio petitur in casu, quo nulla subest læsio, aut ordinario jure, æquè commodè reparari potest. Unde, si res alienata non fuerit petitoris, aut sine culpa possessoris perierit, cessat actio, *d. §. Hac actio.* Ut nec locus ei erit, si reus rem quam alienavit, recepetit, *d. l. 8 §. penult* Et qui rem emptam redhibet venditori, non videtur, mutandi judicii causâ alienare, *d. l. 5. §. fin* cùm redhibito homine, omnia retroaganitur, *l. quia 9 h. t.* Facit enim redhibitio quasi penes emptorem res numquam fuisset. Et hoc, si bono animo fiat redhibitio, quia jure suo utitur redhibens, non etiam, si judicii mutandi causâ, ut noceat actori: quod Prætor judicavit, non ferendum, *d. l. 9.* ne malitiis indulgeatur, *l. Bovem, § Si quis, de Ædil. edicto.* Aliud est, si quis solverit, quod debebat, licèt aliàs non soluturus, *l. nam etsi 10. h. t.* Solutio enim & ab initio exigitur & respicit potissimùm commodum ejus, cui solvitur, qui proinde non habet, quòd conqueratur Redhibere verò non cogitur emptor, cujus favorem ea res respicit: unde redhibens, aliàs non facturus, in fraude videtur esse. Præterea non interest actoris, si reus sit paratus judicium excipere, ac si res alienata non fuisset, *l. 3. §. fin h. t.* Atque ita eo casu cessabit Edictum, tum quia non videtur in dolo esse, qui ultrò judicium utile suscipit, perinde, ac si possideret; tum quia nihil interest actoris, cui pristina caussa videtur salva. Quartò, requiritur, sit facta futuræ litis, quæ 6 super se timebatur *d. l. 8 §. 1.* nam, quæ pendente lite fit alienatio, est vitiosa, ut dicetur infra, *tit. de litigiosis.*

Actio hæc, cùm ex parte actoris sit rei persecutoria, etiam hæredi competit, *l. 4. §. fin. h. t.* in eum, 7 qui alienavit, etiam in tertium possessorem jure Codicis, ut suprà dictum. Contra quem, si primò actum fuerit & exactio secuta, liberatur is, qui alienavit. Nam, cùm possessor, rem, vel æstimationem præstitit, non interest amplius actoris: si verò alienans præstitit quidem, id quod interest, rem non esse alienatam, potest postea agi contra possessorem, quia pœnæ exactio, non perimit rei persecutionem. *l Sicikum, § Dolo,* ubi Cujac. *inf. de solut.* Contra hæredem rei non datur, quia ex ejus parte videtur ex delicto dari, *l. quia 7. hoc tit.* * Unde 8 etiam tantum annua est actio. Ubi annum rectè acceperis de utili uti in cæteris restitutionibus. Cujac. *ad l. item si 14. vers. Post annum sup. quód metus causâ*, quod & tradit Duaren. *hoc tit. vers. Proxima*: ubi etiam vult, pro isto anno utili, competere hodie quadriennium, *per l. fin. cod. de temp. in integ. restitut.* Quod videtur non probabile, eò quòd lex ista, de caussa hujus restitutionis non loquatur.

Habet locum in judiciis realibus, imò interdum 9 personalibus, ex parte debitoris, contra quem invitum actio est cessa, uti cedi potest, *l. 1. C. de novat.* Si tamen inde detrimentum fit debitori, propter oppositum duriorem actorem: huic edicto locus erit, Imò cessionario denegari actionem, habet *l. penult. & fin. hoc tit* quod accipiendum mediâ restitutione. Unde in Clericos cedi actiones, prohibet Pontifex, *c. fin. & h. t.* Quantùm ad creditorem, cùm illi invito, alius debitor obtrudi non possit, quòd jus illi quæsitum in personam debitoris, ejus facto mutari nequeat, edicto huic locus nô est.

ADDITAMENTA

Ad tit. VII de Alienatione Iudicii mutandi caus. facta.

Filio Scholastico. actionum cessio fieri potest, etsi ratione privilegii potentior sit. Horat. Luc. *de privil. Scholar. privilegio 21.*

De revocandis his, quæ in fraudem creditorum alienata sunt, vid. Christin. *decis. Belgicar. vol. 4. decis. 19.*

Si debitor ad inopiam vergit, an & quatenus in fraudem creditorum hypothecam constituere, vel protogare possit: Berlichius *decis. 118.*

Debitor, qui legitimam sibi debitam pleno jure non petit, an id in fraudem creditorum facere videatur: Robert. *rer. judic. lib. 3. c. 12*

De Ergolabis, sive redemptoribus alienatum litium, selecta quædam vid. ap. Cujac. *4. obs. 40. & 8. obs. 31. & 16. obs 16.*

TITU-

TITULUS VIII.

De receptis arbitris, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant.

SUMMARIUM.

1. *Receptum arbitrium, quid.*
2. *Compromissum, unde dictum.*
3. *Arbiter alius juris, alius compromissarius, qui & arbitrator.*
4. *Arbiter juris est, ad instar judicis.*
5. *In arbitrum non compromittit pupillus, sine tutoris auctoritate.*
6. *Non minor curatorem habens.*
7. *Non servus.*
8. *Filiusfam. tutor, curator, rectè compromittunt.*
9. *Item vasallus, super re feudali.*
10. *Femina super re sua.*
11. *In quos compromitti possit.*
12. *In mulierem, quatenus compromittatur.*
13. *Item in minorem 20. annis.*
14. *In filiumfamilias.*
15. *In judicem.*
16. *In sacerdotes, ac Religiosos.*
17. *De re sua arbiter, sententiam dicere nequit.*
18. *Compromitti in unum, vel plures potest.*
19. *Super quibus caussis compromitti non possit.*
20. *Arbitrium suscipere nemo cogitur, verùm susceptum, cogit implere Prætor.*
21. *Caussæ excusantes ab arbitrio.*
22. *Arbiter sententiã intra quod tempus, dicere debeat.*
23. *Dicenda sententia, partibus præsentibus.*
24. *Effectus arbitrii.*
25. *Arbitris variantibus in quantitate, minor quantitas prævalet.*
26. *Minor summa, quando dicenda inesse majori.*
27. *Arbitrio partes parere oportet.*
28. *Ex sententia arbitri, an & quæ actio competat.*
29. *Arbitria, quatenus dicantur redacta, ad ordinem judiciorum.*
30. *Appellare à sententia arbitri, non licet.*
31. *Reductio, an & quatenus permissa.*
32. *Reductio, coram quo judice & intra quod tempus petenda.*
33. *Appellare à judice reductionis, an liceat.*

Si nullâ prædictarum exceptionum tueri se possit reus, ut judicium evitet & res sine strepitũ componatur, solet Arbitrio decidenda dari, quã ratione, hic de *receptis arbitris* subjicitur, aut, ut quidam rectius legunt, de *receptis arbitris.* * *Receptum* enim dicitur, non quòd litigantes arbitrium recipiant, sed quòd ab arbitro, ex compromisso litigantium recipiatur. * *Compromissum* dicitur, quòd litigantes, sententiæ arbitri, se statutos compromittant, *l. 1 cod. h. t.* id est, simul & invicem pœnam promittant, nisi sententiæ arbitri stetur. * Arbiter, ab arbitrando dictus, alius à judice datur & dicitur Arbiter iuris, à quo appellari potest, quòd æquiparetur iudici, de quo *in l. fin cod. de judic. l. Arbitro 9. sup. qui satisdare cog. c. Arbitris, de officio deleg. in 6.* Alius privato partium consensu cognitor controversiæ eligitur: & aut simpliciter Arbiter dicitur aut Arbitrator, ignoto, Jurisconsultis, vocabulo, *l. Societatem 76. inf. pro socio.* Vide Cuiac. *ad l. 77. & 79. ex lib. 4. qq. Pauli, inf. eod. tit.* Ille vir bonus eligitur, partium consensu, super lite cognoscenda & definienda; hic verò amicabilis compositor, à partibus adsumptus, non tam ad lites finiendas, quàm ad componendos contractus & controversias super iis, *d. l. 76.* * Prior, sive æquùm, sive iniquùm dixerit: parendum eius dicto, *d. l. 76.* cùm sit instar iudicis, quoad processum, servétque iuris ordinem in citationibus, dilationibus & aliis, *l. 1. hoc tit.* quæ dicit, Compromissum ad similitudinem iudiciorum redactum ad finiendas lites pertinere. Posterior verò non tenetur iuris ordinem servare, sed secundùm, quod sibi æquùm videtur, procedit: nec statur eius sententiæ, si videatur iniqua, sed reducitur ad arbitrium boni viri, *d. l. 75. in fine.* Prior tantùm est huius loci, non etiam posterior; cuius arbitrio citra compromissum quid permittitur componendum, veluti, ut opus fiat, dos certa adsignetur, pretium mercis definiatur, *l. 1. inf. De leg. 2.*

In arbitrium compromittit quilibet, cui rerum suarum libera est administratio. Ut rejiciatur pupillus sine tutoris auctoritate, quòd ab eo pœna exigi non possit. Si tamen fideiussorem dederit, ab eo pœna exigetur, *l. si pupillus 33. hoc tit.* Si item statutum iubeat, super cõtroversiis, inter cõsanguineos compromitti, sub eo & pupilli comprehendentur: qui statuta generaliter loquentia, etiã minores comprehendunt qua de re pulchrè & latè Alex. *consult. vol 6.* * Minor etsi obligari possit, curatorẽ tamen habens, super rebus suis immobilibus non compromittit sine curatore & decreto. Idem est in rebus mobilibus, quæ servando servari possunt, cùm ea res spectet ad alienationem, de qua re infrà *tit. de reb. cor. &c.* Cu-

ratorē non habens, cum obligare se possit & alienare, etiam poterit compromittere: læsus tamen restituetur, etiā si tutore auctore compromiserit, *l. si minor. 34. §. 1. sup. de minorib.* * Servus inhabilis est ad compromittendum, *l. non distinguemus 33. §. Si servus hoc tit.* quia compromissa redacta sunt, ad similitudinem judiciorum: cum servo autem judicium non subsistit, nec, si servus condemnaretur in judicio daretur actio de peculio, *l. 3. §. Si servus, inf. de pecul.* Quo casu, ne quidem liber homo, qui cum eo compromiserit, tenebitur, ne claudicet compromissum, *d. l. 32. §. Si servus.* * Filiusfamilias, quatenus patris res non agitur sed sua, cujus ei libera est administratio, compromittere dicendus, cùm habeat liberam personam & legitimam in judicio standi, sē qui obligari possit. Compromittit etiam tutor, curator & similes personæ super rebus quas licitè alienant, non tamen super jure liquido. Idem dicendū est de Religiosis, quibus est administratio rerum Ecclesiæ secundùm dicta supra de transactionibus.

9 In dubium vocatur? An vasallus super re feudali compromittat? Et eum, non posse in arbitratorem consentire communiter traditum est, propterea quòd ille non teneatur sequi juris ordinem: at aliud dicendum sit de arbitro, qui secundùm juris ordinem procedit. & probatur idipsum *lib. 2. Feud. de lege Conrad. §. Si autem.* Quò facit, quòd super feudo transigatur per vasallum: ita tamen, ne domino aliquod fiat præjudicium, hoc enim foret iniquum, Curtius *de feudis, p. 4. q. 8. & 9.* & post eum Clarus

10 *§. Feudum, qu. 38.* * Femina super re sua compromittere non prohibetur, secùs, super aliena; suæ enim rei tantùm illi permissa est defensio, nō alienæ, *d. l. 32. §. 2.* nā videtur compromittendo intercedere.

11 Compromittitur in eos, qui jure nō inveniuntur prohibiti, propter statum, conditionem, ætatē. Ingenuus sit, an libertinus, integræ famæ, an ignominiosus, non refert, *l. 7 hoc tit.* cum res ista ad dignitatem (quæ infamibus non patet) non pertineat. Rejicitur servus propter conditionē, adeò, ut nec liber cum electus cogatur dicere sententiam, *d. l. 7. in fine.* Infantē, furiosum, rejici facit defectus judicii; mutum surdum defectus sensûs, *l. 9. h. t.* opus enim est judicio & sensu ad terminandas lites. In excommunicatum compromissum non tenet, ne quis cogatur in animæ suæ detrimentum cum eo commu-

12 nicare. * In mulierem compromitti nō fert ius civile, quod pudicitiæ suæ memores non deceat se immiscere virilibus, *l. fin. C. h. t.* Si tamen de consuetudine obtineat jurisdictionem, in eā rectè compromittetur, cùm, cui est permissum, quod est maius, etiam permittendum sit, quod est minus, *c. 4.* ※ *h. t.*

13 Minorem 20. annis, compromissarium judicem accipere est vetitum lege Julia, *l. cum lege 41. h. t.* adeò ut & minori 25 annis, si acceperit arbitrium, succurratur per restitutionem, ne cogatur invitus sententiam dicere, quasi oneri, quod suscipere non licuit, se subjecerit. Posset tamen videri in maiorem octodecim annis, compromissum factum, ex parte compromittentium qui ætatem sciverunt, subsistere *arg. l. quidam 57. inf. de re judic.* ubi major 18 annis, potest esse judex, uti & potest delegari, *c. Cùm vigesimum 41* ※ *de off. deleg.* Nisi dicamus, aliam esse rationē judicis; aliam arbitri, quòd illum publicā auctoritas muniat. hunc tantùm privatus cōsen-

14 sus * Filiusfamilias non habetur inhabilis, *l. 5. h. t.* cùm personam liberam habeat, etsi non sit sui iuris: hoc enim, ut in publicis non obest, ita nec in arbitrio recipiendo Imò & super re patris, eum arbitrū esse posse, habet *l. 6. h. t.* cum debeat sibi imputare, qui talē arbitrum consentit, *l. diem 27. § Stari, h. t.*

15 De Judice quæsitum est, an rectè arbitrium recipiat? Videtur hoc inhibitum lege Juliâ, *d. l. 9. §. 2.* ne hac via se eximat a judicandi necessitate: ubi enim semel sententiam dixerit, non licebit ei postea judicare, tamquam suspecto Quod accipiendum de judice, qui in caussa commissus est: nam, quin iure civili in Consules, Prætores & cæteros Magistratus compromitti possit, non potest esse dubium, *propter l. 3. & 4. h. t.* quæ negant, tales posse cogi, ut arbitrentur; addita ratione, non ex eo, quòd iudices sint, sed quod cogi non possint ab inferiore Magistratu, cui in superiorem non est imperium: inferiores autem cogi posse, habet *d. l. 4.*

16 In sacerdotes compromitti posse videtur, si ius civile spectes, *l. 32. §. Sacerdotio, hoc tit.* ubi à recepto arbitrio sacerdotium excusat, non etiam a suscepto postea Quod & dici potest iure canonico & de Religioso Nihil obstante *tit.* ※ *ne clerici vel Monachi, &c.* cùm res ista, non sit aliena, ab eorum professione, quòd deceat illos litigantes componere: non sit tamen hoc frequens.

17 De re sua, arbiter factus, sententiam dicere nequit, *l. pen. h. t.* quia sibi ius diceret, quod non licet. Deinde, sibi deberet iubere facere, aut prohibere: imperare autem sibi nemo potest. In inimicum, quòd aliquis consensit, sibi imputet; neque enim ea res vitiat compromissum.

18 Non in unū tantùm, sed & in plures compromittitur, convenientius numero impares, ne contingat aliàs arbitrium impediri, propter naturalem hominum dissensionem, *l. item si 17. §. Principaliter, h. t.* Ipsis arbitris, in dissensione, tertium eligendi, licentia non est danda, *capit. Innotuit 12.* ※ *hoc titulo,* pos-

possent enim & ipsi arbitri dissentire in eligendo, *d. leg. 17. §. Si in duos*, aut ab iis electus, partibus minus placere, *d. leg. 32 § Quæsitum, hoc tit.* Unde rectiùs in casu dissensionis nominabitur à partibus, *d. §. Si in duos*: quod tamen non semper usu servatur. Si in duos quidem sit compromissum simpliciter, sine licentia eligendi tertium, in dissensu Prætor, eos poterit cogere, tertium eligere, ne caussa maneat indecisa, *d. §. Principaliter*. Nam in casu datæ licentiæ non magis potest Prætor cogere arbitros, quàm partes, quarum vice funguntur: quo modo & accipiendum *c. Cùm specialis 16. ꝫ de appellationibus*.

19 Compromittitur super quavis caussa. Excipitur Criminalis, quia crimina privato arbitrio non remittenda, sed condignè vindicanda per publicam auctoritatem, *d. l. 32. §. Julianus*: Matrimonialis, *c. pen. ꝫ de in integ. restit* quia requirit majorē judicem, ne contingat matrimonia dissolvi, aut conciliari contra Canones: Beneficialis, ne sine canonica institutione aperiatur via ad beneficia, *c. 1. de R. I in 6.* Liberalis, nam favor libertatis exigit majores judices, quorum dignitas major; fides exploratior *d. l. 32. §. De liberali*: Res judicata, ne publico judicio prævaleat privatum arbitrium, *c. Exposita 11. ꝫ h. t.* Super illa quoque caussa non compromittitur, in qua agitur de alicujus præjudicio: quo modo Ecclesia exempta, non compromittit super exemptione, sine Romani Pontificis licentia, cujus vertitur præjudicium, *c. 5. ꝫ h. t.* Et in summa, compromitti non potest, in caussis, quæ non sunt privati arbitrii, sed in leges publicas incurrunt, publicamque auctoritatem & animadversionem exigunt, uti usurariæ & similes, spirituales etiam, uti baptismi, & similes.

Arbitrium suscipere, neminem cogit Prætor, quòd sit extra iurisdictionis terminos & mandato proximè accedat: susceptum tamen adimplere **20** Prætor compellit, *l. 3 § 1. h. t* etiam filiumfamilias, *l. 5. eod.* Ubi advertet, an cogere debeat: nam, si sordes, aut turpitudo arbitri sit manifesta, non coget eum dicere sententiam. Eum quoque, quem litigatores infamârint, excusabit, caussâ tamē cognita, *l. sed si 9. § 3. & 4. h. t.* Non coget etiam Judicem in ea caussa, in qua commissus est, *d. l 9 § 2.* Non compellet quoque eum, qui cum servo electus arbiter, *l. 7 § 1. h t*, qui frustra diceret sententiam, quòd eam, non, ut recepit, diceret. Est enim litigantium mens, non ut, quod unus dixerit, teneant, sed, quod omnes, *l. item si 17 § 2. h. t* adeò, ut quod duo ex tribus, tertio absente, protulerint, non valeat, *l. sicuti 18. h. t.* Potuisset enim tertius, si præsens fuisset, vel in contrariā partem alios traxisse: quamvis, si omnes fuerint præsentes, à majori parte dictum prævaleat, *d. l 18.* Si tamen conventum sit, ut unus, aut aliqui ex pluribus pronuntient, tunc & liber cum servo adsumptus, cogetur sententiam dicere, *l. 8 h. t.* Non cogetur etiam sententiā dicere is, quo spreto partes ad alium iverunt, etsi mox reverterint, *l. 9 in fine, l. 10. & 11. h. t.* propter contumeliam, quæ electo contigit. Faciunt & inimicitiæ capitales cum litigatoribus supervenientes **21** vel altero eorum, excusari arbitrium: uti & ætas, valetudo, postea superveniēs facit remitti hoc munus, *l. licet 15. h. t.* Excusabitur & arbiter, judicii sui nomine, nisi dies compromissi partium consensu possit proferri *l. et si §. 1. h. t.* Altero quoque litigantium bonis cedente, non cogetur sententiam dare, *d. l. 17. in princ.* quia inefficax foret, eò quòd pœnæ ex actio nulla sit contra eum, qui bonis cessit. Non cogetur autem arbiter sententiā dicere, nisi uterq; compromiserit pœnam; non etiam, si unus tantum quia claudicaret compromissum, *l. litigatores 11. §. penult. h. t.* & quidem purè: nam, si sub conditione, ante ejus eventum non cogetur dicere sententiam *d. l. 11. § fin.* quòd alias dicta sentētia posset frustra esse.

22 Dicenda autem intra diem, compromisso comprehensum: qui, si elabitur sine mora arbitri, non cogetur is sententiam dicere, nisi de proferendo die sit cautum, *l quid tamen 21. § Si cùm dies, h. t.* Si sine die compromissum sit confectum, arbitri erit diem statuere, ex partium consensu. Quod si prætermittat, omni die cogi poterit sententiam dicere, *l sed si 4. h. t* non tamen eo, quo non potest cogi judex sententiam pronuntiare, videlicet feriato, *l. si feriatis 36 h. t.* quòd sit instar judicis, ejusq; partes susceperit; nisi aliàs dies compromissi exitura sit, *l. Pompon. 13. §. pen. h. t.* In quo compromissarius differt a judice, cui non est verendū, ne dies exeat, cùm per litis contestationem perpetuata sit actio, compromissarius autem, non habet judicandi facultatem, nisi à litigantibus & quidem ad tempus tantùm, ab iis statutum, quod non excedit Ut rectè prætor, ad cujus officium pertinet, studere, finiri lites, etiam feriatis diebus arbitrum pronuntiare coget.

23 Dicenda sententia, partibus præsentibus. Quòd si alicujus absentia impediat, quò minùs sententia pronuntietur, ab eo pœna committitur, *l. diem 27. §. Si quis, h. t.* etiamsi justā caussâ impeditus sit, quæ tamen faciet illi succurri, *l. quid tamen 21. § Si quis, h. t.* si tamen compromissum habeat, etiam uno, aut altero absente pronuntiari posse, valebit pronuntiatio: quæ & facienda loco convento, aliàs non committetur pœna, *d. l. 21. §. Si arbiter.*

Certa sit sententia oportet, quia aliàs controversiam non finiret & quidem de tota lite, nisi super pluribus controversiis speratim sit adsumptus, *d. l. 21. in pr.* non alia de re, quàm compromisso est comprehensa, *d. l. 21. §. Item:* & ab initio quidem, non etiam, quæ postea supervenit, *l. de his 46. eod.* Ut arbiter non rectè vetet, ex compromisso peti pœnam, quia de ea non est compromissum. Hinc ex communi conclusione reconventio non habet locum coram arbitro. Abbas *in c. Cùm dilectis 6. & eod.* qui tamen *ibid. n. 7.* hoc intelligit de arbitro voluntario, secus de arbitro juris.

24 Arbitrii effectus est, quòd sententia dicta corrigi nequeat per arbitrum, *l. quia arbiter 20. h. t* ad instar judicis, qui, ubi sententiam dixit, sive bene, sive malè, officio functus est, *l. judex 55 inf. de re judic.* Quòd item partes ei parere deceant, aut pœnam conventam luere: si tamen à pluribus lata sit conformiter, aut saltem major pars in eam consenserit. Quòd si, hinc inde sint pares, prævalebit ea, quæ est favorabilior, uti pro libertate, pro testamento, *l. inter 38. inf. de re judic.*

25 Unde quæsitum in casu, quo sunt tres arbitri & unus sententiam dixit in quinque, aliter in decem, tertius in quindecim, quæ sustinenda sententia? Et responsum, eam prævalere, quæ continet minorem quantitatem, *leg. diem 27. §. Si plures, hoc tit* quòd in eam omnes consentiant: nam in majorem summam consentiens, videtur & in minorem consentire, non è contrà, quia minor summa inest majori.

26 * Quod intelligi potest dupliciter; Primò, naturaliter & physice, ut pars est in toto integrali Secundò, intentionaliter, sive civiliter & quantùm ad dispositionem hominum; quomodo tunc demum inest minor summa majori, quando intentio disponentis æquè, vel multò fortiùs adaptatur & convenit minori. Nam, si sit limitata ad majorem summam, ita ut in minorem seorsim & per se non feratur consensus, non inerit minor majori, ut *in l. si decem 52. inf. locati*, ubi, si dominus locet fundum decem, Titius autem putet, se conductum habere quinque, nihil actum: quamvis è contra, si dominus locet fundum quinque, Titius autem existimet se conducere decem, valeat contractus. Ratio prioris est, quia in domino deficit consensus, qui non erat minoris locaturus. Ratio posterioris, quia conductor æquè & multò fortiùs consensurus est, in quinque. Ita & *in d. § Si plures*, etsi non formaliter quidem consentiant omnes in quinque, cùm verè dissentiant secundum quid tamen consentiunt, præsupponendo eos, ad minùs velle, minorem summam deberi. Dico, præsupponendo; nam, si aliud exprimant, non valebit arbitrium, propter dissensum, * Parendum autem arbitrio, sive æquam, sive iniquam sententiã dixerit dummodo dixerit, quod ipsi videtur *l. qualem 19 in princ. l. diem 27. §. 2. h. t* nisi evidens gratia intercesserit, aut sordes, quæ res, exceptione doli, facit, adversarium repelli, *l. 3 Cod. h. t.*

27

28 Non erat autem jure veteri, ex sententia, per arbitros dicta, actio judicati, nec exceptio, sed tantùm pœnæ petitio, *l. 2. hoc tit.* si non fiat, quod arbitrium continet: ideo enim pœnâ promittitur, ut ejus metu à placitis non recedatur. *l. 1. Cod. hoc tit.* Certa pœna, si adjecta sit, certa exigitur, *d. leg. 2.* Si pœna non sit adjecta, incerti adversus eum, qui stare arbitrio dicto recusat, actio est, *d. l. 21 §. fin.* licèt compromisso facto sine pœna, non teneatur arbiter arbitrari. Justinianus ex sententia arbitri & actionem dedit agenti & exceptionem fugienti, quoties sententia arbitri roborata litigatorum consensu, sive expresso, verbis, scripto; sive tacito, qui colligitur ex lapsu decem dierum, à die dati arbitrii quod vulgò vocant Homologare, à verbo Græco, de quo *in l. 4. §. fin. C. h. t.* Usitatum erit olim, juramento firmare arbitrium, quod necessariò servandum erat, *l. 3 & 4. C. h. t.* Verùm cum juramento in arbitrium compromittere, postea vetitum, ad evitanda perjuria, *Auth. decernit. C. h. t.* Si neque expressus, neque tacitus consensus fuerit subsecutus, non videtur hoc actio aut exceptio esse, nisi ad pœnam, ad quam partes se adstrixerunt, *Nov. de iudic 82. §. Quia verò.* Unde patet distinctio arbitrii à sententia, ex qua est actio, *l. judicati 61. inf. de re judic.* propter auctoritatem publicam, quâ munitur sententia. * Non facit, quòd arbitria dicantur redacta, ad similitudinem judiciorum, *l. 1. hoc tit.* neque enim, hoc ita intelligendum, quasi tanta vis sit arbitrii, atque sententiæ: verùm, quoad personas litigantium & arbitri, cùm qui judex esse potest, possit & esse arbiter & qui coram judice agere potest, possit & compromittere; & quoad ordinem procedendi, in citando, dilationes dando, libellum offerendo, in ferenda sententia & similibus. Vide Maranam, *p. 6. de appellat. à n. 251 ad n. 262.*

29

30 Appellare ab arbitrio, non est permissum, ut suprà dictum & habet *l. 1. cod. hoc tit.* cum appellatio suspendat jurisdictionem, quæ nulla est arbitrio & partes imputare sibi debeant, quòd in arbitrum consenserint, ejúsque sententiam approbârint Quod accipiendum quidem de arbitrio, de quo hic, non etiam de arbitro juris, a quo appellari posse, dictum supra: Ut autem appellari ab arbitro nequeat, potest tamen agens repelli exceptione doli, si sordes doceantur intervenisse, *l. 3. cod. hoc tit.* si inhonesti

quid

quid contineat, ad quod nulla obligatio, *d. l. 21. §. Non debet*; aut, si inimicitiam manifestaverit arbiter, *d. l. 32. §. Cùm quidam*

31 An igitur reductio erit, ab arbitri sententia? Videtur hoc aliquibus, ut, cum appellare non liceat, saltèm hâc viâ succurratur læso. Verius est, ab arbitri sententia reductionem ad arbitrium boni viri, peti non posse, cùm homologato, id est approbato arbitrio, sive expressè, sive tacitè, lapsu decem dierum, illi sit standum, *l. penult. C. eod.* sive æquum dixerit, *d. l. diem. 27. §. Stari, h. t. l. societatem 76. inf. pro socio.* Deinde compromittendo transigi videtur, quòd scilicet desisteт ab ulteriori prosecutione, eo dato vel accepto, quod dicet arbiter. Transactione autem, litem semel decisam, jura instaurari non permittunt, ne quidem prætextu enormis læsionis, ut dictum suprà *tit. de transact.* Et hoc ita, de vero arbitro. Nam quantum ad arbitratorem, ab ejus arbitratu reductionem ad arbitrium boni viri peti posse constans est sententia, probata *d. l. societatem 76. in fine*, quæ habet, alterum genus ejusmodi esse, ut ad arbitrium boni viri redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cujus arbitratu fiat: à qua, si iniquum arbitratum, recedimus, cum non tam personam nominatam, quàm arbitrium boni viri videamur secuti, *l. in personam 22. § 1 de R. I.* Mudæus *add. l. 76.*

32 Petenda autem reductio coram judice illo, coram quo, secluso compromisso, agendum erat, *l. 2. C ubi & apud quem* Myns. *cent. 2. obs. 61.* Non intra decem dies à dato arbitrio, ut aliqui malè volunt, sed intra triginta annos: eo quòd in rem judicatam non transeat amicabilis compositoris arbitrium & jus petendi reductionem ad arbitrium boni viri, sit personale, cui non præscribitur nisi triginta annis. Oldradus *cons. 161. n. 2.* Maranta *p. 6. de appell. n. 112 & seqq.* Afflictus *decis. 132.* Si juramentum intercesserit, de non recedendo, ab arbitratoris dicto, illi standum erit, nisi læsio gravis relaxationem juramenti faciat impetrari. Maranta *d. loco, n. 115.* ne juramentum sit vinculum iniquitatis.

33 Quæritur, an à judice reductionis appellari possit. Negant aliqui, affirmant alii, ut videre est apud Gail. *lib. 1. obs. c. 149. n. 4.* ipse affirmativam amplexus, quæ & verior est, quòd sententia ista reductionis, à judice sit prolata, à quo appellatur. Nec facit, quòd ut viro bono censeatur illi commissum arbitrium reductionis & quòd in locum arbitratoris succedat, à quo non appellatur, cùm per hoc non desinat esse ordinarius, à quo appellare permissum. Covarr. *lib. 2. var. resol. c. 12. n. 3. & seq. ubi latè hac de re.* Est & ea arbitrii vis, quòd inducat usucapionis interruptionem, acta & gesta coram compromissariis inter easdem personas, valeant in judicio ordinario, *l. pen. in fine, C. h. t.*

ADDITAMENTA

Ad tit. VIII. de recept. arbitris, &c.

AN partibus magis expediat compromittere, quàm coram ordinario judice procedere? Negat Alciat. *in l. de fideicom. diff. C. de transact.* ubi ait: Cùm ab arbitri sententia appellari non possit, eo ipso, aliquis rem suam facit deteriorem, cum dubio eventui rem suam objicit. Vid. Wehn. *in obs. pract. verbo Comprom.*

Arbitri in jure nostro varié accipiuntur (Aliqui enim ad lites, aliqui ad contractus pertinent) Eorum, qui ad lites, sunt, qui deputantur ex collegio judicum, quos solemus appellare commissarios: Tales sunt, arbitri familiæ erciscundæ, communi dividundo *l. 15. 17. C. fam. ercis. l. 3. C. comm. divid.* horum fit mentio *in l. 9. & 10. ff. qui satisd. cog.* Alii à partibus electi ex compromisso: Alii amicabiles compositores, qui non, tam litem definiunt, quàm proxenetæ & adiutores transactionis sunt (horum mentio, *in Auth. si verò contigerit, C de judic.* Eorum verò, qui ad contractus pertinent, alii ad perficiendos contractus, de quibus *in l. fin C. de contrah. Empt.* ut definiant rei pretium, vel usus mercedem, alii opera, de quibus actum, probanda, solent adhiberi, de quibus *l. 24. ff. locat. l. 76. in fin. & LL. seqq. pro socio*

Inter arbitrum & arbitratorem differentia hæc est: Ob man est arbitrator, der under den nidergesetzten Schiedsleuthen handlend ex æquo & bono, sine juris ordine; Arbiter autem est judex compromissarius, ein willkührlicher Richter/ rc.

Ad n. XV. Jure canonico *c. 7 10. ꝟ h. t. & c. 21. ꝟ de præbend.* & ex consuetudine hodie, solet in judices

 com-

compromitti validè: ut & in judicium camerale rectè compromittitur. Weh. *in obs. pract. verbo* Sag der Gerichtsgelt/ꝛc. Processum compromissi vid ap. Mefsner. *tomo 1. parte 1. decis. cam. 11. fol. 131.* Et quatenus in camera imperiali compromissa accipi debeant, ordinarium est *in R. I. 1594. §.* Als auch der Compromiss'. halber *cum §. seq.* Casp. Wilhelm. Scipio *decis. Cam. lib. 3. decis. 192. & 193.*

TITULUS IX.

Nautæ, caupones, stabularii ut recepta restituant.

SUMMARIUM.

1. *Nauta, Caupo, Stabularius qui.*
2. *Tenentur hi nomine custodiæ citra mercedem.*
3. *Actio de recepto est prætoria & perpetua.*
4. *Datur & hoc casu actio quasi ex maleficio.*
5. *Eaque pœnalis in duplum.*

VT arbitrum, qui compromissum recepit, cogit prætor sententiam dicere, ita & in nautas, caupones, stabularios, quod receperunt, nisi restituant judicium se daturum pollicetur. * Nauta est, qui 1 navem exercet, id est, quæstum ex navi facit, trajiciendo vectores, merces. Idem est de exercente ratem vel lintres, *l. 1. § De exercitoribus, h. t.* Caupo est, qui exercet cauponam, illâ excipiendo viatores. Stabularius, qui stabulo jumenta excipit, *l. 5. h. t.* * 2 Hi quamvis pro custodia rei mercedem non recipiant, sed tantùm pro trajectione, tenentur tamen custodiæ nomine, *d. l. 5.* si alicujus eorum, quorum operâ utuntur, facto damni quid datum sit circa merces, aut res alias, quæ mercibus accedunt, *d. l. 1. §. Ait prætor.* Nec immeritò, cùm exercitor res suo periculo suscipiat, *d. l. fin. in pr. h. t.* Et quidem omnium mercium nomine tenebitur, quas ipse recepit, *d. l. 2. & quæ sunt;* cùm ipso facto, quo recipit, videatur profiteri, navem, cauponam, stabulum idonea esse, quibus res tutò credatur, *d. l. 1. in fine.* Si alius receperit merces, non alias tenebitur nauta, quàm si aut magister novis receperit (ad cujus curam res ea pertinet) non etiam, si alius quilibet. Datum etiam damnum à vectoribus & viatoribus præstandum est, *d. l. 1. in fine & l. 2 h. t.* quòd recipientibus videndũ erat, quos admitteret.

3 Actio hæc de recepto est honoraria, competens illi, cui damnum datum, sive in re propria, sive aliena, quatenus ejus interest eam salvam esse, *d. l. 1. §. Idem Pomponius.* Perpetua est, continens rei persecutionem: ut etiam hæredi detur, & in hæredem, *l. 3. §. Hoc autem, h. t.* Non potest ista actio dici supervacanea ideo, quòd vectoribus & viatoribus provisum sit actione locati: nam illa tantùm competit ex culpa levi, hæc ex levissima, excipiturque solus casus, *d. l. 3. §. 1.*

4 Est & hoc casu actio, quasi ex maleficio, quia culpæ exercitoris adscribitur, quòd malis hominibus usus sit, quorum fidem non exploravit, *l. fin. §. Hac autem, h. t.* Hac actione tenetur, quatenus ab illis, quorum operâ exercitor usus, damnum datum est intra navem, non extra, nec de damno dato per viatores aut vectores, *l. licet 6. §. In factum & l. 1. inf. furti adversus naut. caup. &c.* quæ leges hoc in casu intelligendæ sunt, ne alias videantur contrariæ dictæ *l. 1. in fine & l. 2.* Ita autem tenetur exercitor, nisi prædixerit, ut unusquisque viatorum & vectorum res suas sibi adservaret, damnum se non præstiturum, eique consenserint, *d. l. fin. in pr.* * Actio hæc pœnalis est in duplum, ut hæredi 5 quidem, non tamen in hæredem detur, licet perpetua sit, exemplo actionis furti, *d. l. fin. in fine.* Servorum suorum nomine, qui damnum dederunt exercitor tenetur noxali, *d. l. fin. §. Servorum.* Ipse exercitor si damnum dederit, tenetur ex vero delicto, *inst. de oblig. quasi ex delicto §. fin.*

ADDITAMENTA

Ad tit. IX. Nautæ, Caupones, Stabularii, &c.

AD n. II. Caupones an & quatenus teneantur pro rebus in cauponis, hospitibus seu viatoribus furto ablatis? vid. ap. Peguer. *quæst. crimin. 45.* Carpzov. *p. 2. const. 26. def. 10.*

Caupo vel tabernarius cogi potest, ut aliquem suscipiat hospitio *l. unic. §. fin. ff. furt. advers. naut. caupon.*

pon. &c. Broneb. & Dec. *ad l. 156. ff. de R. I.* Schneidevv. *ad §. Item exercitor. Inst. de oblig. quæ ex del. nasc.*

Quod tamen intelligendum de hospite publico; cùm pro hospite non sit habendus, qui Caupo publicus non est. Carpzov. *jurisp forens. parte 2 const. 14. def. 37. n. 7.*

Dominus hospotii, pro pretio unius vel alterius prandii, non prohibetur detinere tot res & bona hospitanti, quanta sufficiunt ad exsolutionem, Carpzov. *p. 2. const. 25. def 22. n. 4.* Imò Hospes viatoris personam pro expensis arrestare potest, *&c.* Peck. *de jure sistendi, c. 3. n 2*

Ad Caupones alibi existentes civibus alicuius oppidi vel incolis pagi excedere prohibitum non est. Carpz. *p. 2. const 4. def. 9. n. 1* Nisi prohibitioni factæ, per 30. ann. spacium acquieverint, *n. 3.*

Cauponarius & Locator ædium, fidem de pretio habere non censetur. Carpz. *p. 1. const. 30. def. 18. n. 7.*

HENRICI ZOESII I. C.
IN LIBRUM QUINTUM DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.
DE IUDICIIS.

SUMMARIUM.

1. *Ratio ordinis.*
2. *Nemo sibi in propria caussa jus dicit.*
3. *Exceptio ab hac regula.*
4. *Iudicii varia acceptio.*
5. *Iudicii partes præcipuæ, contestatio & sententia.*
6. *Iudicii divisio varia. à materia aliud civile, aliud criminale: aliud directum, aliud utile, &c.*
7. *A forma aliud ordinarium, aliud extraordinariũ.*
8. *A qualitate alia bonæ fidei, alia stricti juris.*
9. *Iudicium constituunt Actor, Reus, judex.*
10. *Iudicũ alius ordinarius, alius delegatus ac Pedan.*
11. *Mandare iurisdictionem, & dare iudicem.*
12. *Intellectus* l. fin. D. de eo, cui mand est iurisd.
13. *Intellectus* l. cum qui 13. D. de iurisdict.
14. *Iudices esse qui possint.*
15. *Intellectus* l. penult h. t.
16. *Iudicem qui dent.*
17. *Qui dari possint: & an & qualiter cæcus.*
18. *Prohibetur esse iudex servus.*
19. *Prohibetur & furiosus.*
20. *Item minor 20. annis.*
21. *Intellectus* l. in testimon. 20. D. de testib.
22. *Removentur & ab hoc munere infames.*
23. *Item excommunicati notorii.*
24. *Filiusfam in caussa patris, vel contrà, an judex esse possit.*
25. *Legum imperitus an possit dari judex.*
26. *Iudex debet esse vir bonus.*
27. *Advocatus in caussa aliqua, judicem in eadem non rectè agit.*
28. *Iudicis officium in audiendis caussis.*
29. *Iurare ad singulas caussas olim judices solent.*
30. *Relationes hodie abrogatæ.*
31. *Consultationes quatenus permissæ.*
32. *Iudex in caussa utrimque æquè probali quid sequi debeat.*
33. *Collatori inter duos æque dignos beneficio cur optio detur.*
34. *Opinionem minùs probabilem an sequi liceat.*
35. *Advocatus sententiam minus probabilem defendere potest.*
36. 45. *Æquitas quid sit.*
37. *Iudex judicando an strictum jus sequi debeat.*
38. *An verò æquitatem.*
39. *Æquitas præferenda rigori juris.*
40. 43 *Intellectus* l prospexit 12. D. qui & à quibus manumissi. 41. 46.

Expositis judiciorum præparatoriis totâ primâ parte digestorum, & modis, quibus controversia possit sine strepitu componi, interpellato ad hoc adversario; cùm prius experiri verbis, quam armis sit sapientis: quòd si partes eò induci nequeant, experiundum est, de quo parte II. ubi Tit. primo præmittitur generalis de judiciis tractatus: quæ ad juris publici tutelam ideo constituta, * ne quis sibi ipsi adsumat vindictam, & ius dicat in propria caussa, quod iniquum, *l. Julianus* 17. *h. t.* quia aliàs potentiorum libidini exponerentur inferiores, & dominaretur affectus cupiditatis atque avaritiæ * Non desunt tamen caussæ, quibus propter periculum, quod est in mora, non exspectatur judicis auctoritas: veluti si quis nobis aut rebus nostris vim inferat, quam licet vi depellere, *l. 3. sup. de just. & jure*, ubi ea de re actum. Sic &, si debitor fugam meditetur, cum rebus suis. aut in fuga jam sit, ut de futura sit nobis adeundi judicem potestas, licitum est eum sistere & capere, *l. ait prætor 10. § Si debitorem 16. inf. quæ in fraud. cred.*

Judicii varia est acceptio Nam interdum sumitur pro ipsa sententia, aut pro loco, in quo exercetur, aut pro actione in iudicium deducta. Hic significat caussæ inter litigatores dissensionem, diremptionémque, auctoritate iudicis: definitúrque legitima controverssiæ per judicem cognitio, discussio, & definitio, uti colligitur *ex l. 6. & 13 C h. t.* * Partes ejus præcipuæ duæ sunt, contestatio, quæ est iudicii principium, & antequam nullum est iudicium, & sententia, quæ finem imponit. Cætera aut præparatoria sunt, ut libelli oblatio, citatio, satisdatio & similia,

milia, de quibus suprà; aut media, uti Probationes; aut consequentia, uti Executio.

6 Judiciorum varia divisio est. Secundùm materiam aliud est civile sive privatum, quo privatum commodum quis persequitur; aliud criminale sive publicum, quo agitur ad pœnam corporalem vel pecuniariam fisco applicandam. Civile iterum, aliud est proprium tale, quod jure civili constitutum, aliud prætorium, quod ex Edicto Prætoris constituitur. Aliud item directum, quod ex verbis legis; aliud utile, quod ex mente & interpretatione legis venit. Opponitur & directo contrarium, de quo infrà suis locis. Aliud est personale, in personam directum, aliud reale directum in rem: eámque vel particularem, & constituit Judicium particulare sive speciale; cujus ordinis est rei vindicatio; vel universalem, & ponit Judicium universale; quo universale quid petitur: cujusmodi sunt quatuor judicia numerata *Instit. per quas pers. oblig. acquir. §. fin.* scilicet hæreditas, bonorum possessio, adrogatio & addictio bonorum libertatum conservandarum caussa. Est & generale Judicium, quo agitur quidem de uno jure, sed quod habet diversas species, uti est actio pro socio, negotiorum gestorum, tutelæ.

7 Secundùm formam aliud est ordinarium, in quo ordo seu modo rem controversam tractandi legitimus & usitatus observatur à Magistratu, vel per se, vel per alium jus dicente, non pro arbitrio suo, sed ex præscripto juris, sequendo formulam solemnem in jure dicendo: aliud extraordinarium, in quo legitimus & usitatus ille procedendi modus non servatur, nec attenditur formularum conceptio, quæ sublatæ sunt *tit. C. de formulis subl.* Ut hodie velint omnia judicia esse extraordinaria, cùm extra ordinem adeundi Prætoris, impetrandæ actionis caussâ, jus dicatur. Judicium summarium dicitur, quo de plano, sine strepitu aut figura judicii, proceditur, & præter citationem & necessarias probationes reliqua juris solemnia omittuntur, *Clem. sæpe de V. S.*

8 Secundum qualitatem alia sunt judicia bonæ fidei, alia stricti juris. In illis libera potestas judici à lege permittitur ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restituat. In his verò præcisè adstrictus est pronuntiare de actione in judicium deducta, secundum naturam ei a jure datam, *§. In bonæ fidei, Instit. de actionib.* ex quo Tit. alias divisiones est colligere.

9 Judicium constituunt tres personæ; Actor, qui provocat; Reus, qui provocatur, & Judex, qui caussam auditam definit. Sunt & aliæ personæ, sed tantùm accessoriæ, uti Procuratores, Advocati, Tabularii, & similes. Dictus Judex, secundùm Isidorum *in c. Forus, de V. S.* quasi ius dicens populo, sive iure disceptans. Jure autem disceptare est iustè judicare, & secundùm leges: unde Ciceroni Magistratus est lex loquens.

10 Judicium alius est ordinarius, qui propriam & iure suo, scilicet Magistratus, habet & exercet iurisdictionem: alius delegatus, qui aut mandatam habet iurisdictionem alieno beneficio, aut datus est ad controversiæ notionem & cognitionem: qualis dicitur vulgò Pedaneus, quòd non pro tribunali, sed loco inferiori, ubi Magistratus subsellia habet, iudicet, qui dictâ sententiâ functus est suo munere.

11 Ubi sciendum, diversum esse, mandare iurisdictionem, & dare iudicem, etsi aliqui temerè idem esse velint. Nam mandare iurisdictionem est quidem judicem dare, sed cum imperio & exequendi facultate: id enim jurisdictio significat. Judicem dare est notionem sive cognitionem permittere, sine jurisdictione & imperio, atque ita etiam sine exequendi potestate, quæ est penes eum, qui dedit. Est & ea differentia, quòd ille judicem dare possit, *l. cum Prætor 12. §. 3. h. t.* non etiam hic; nisi a Principe sit datus, qui habetur loco ordinarii, propter potestatem dantis, ut & judicem dare possit, *l. 5 eod.* & exequi suas sententias, uti apertè decisum est jure canonico, *c. Quærenti 26. X de off. deleg.* Has differentias agnoscit Duarenus *ad l. à divo Pio 15. inf. de re judic.* & Donell. 17 *comment. cap. 23.*

12 Obstare videtur, quod habet *l. fin sup. de eo, cui mand. est jurisd.* ubi indistinctè dicitur, quòd habens jurisdictionem eam mandare possit. Verùm distinguendum est inter judicem dare, & jurisdictionem mandare: neque enim hæc eadem esse, ut quidam putarunt, jam dictum, cum in datum iudicem nihil iurisdictionis transeat, sed ea maneat penes eum, qui iudicem dedit, qui & exequitur sententiam ab eo dictam, *d. l. 15. in pr.*

13 Posset videri obstare *l. enim qui 13. sup. de jurisd.* ubi eum, qui iudicare iubet, id est, iudicem dat, Magistratum esse oportet: cui autem est mandata iurisdictio, non est magistratus. Verùm, ut hoc ita sit quoad honorem Magistratus, est tamen eius loco, eiúsque vice fungitur, *l. solet 16. sup. d. t.* atque ita pro Magistratu habendus.

14 Judicare & iudices esse, qui Rebuspubl. præsunt, Reges & Principes, & conveniens est, & antiquis temporibus apud varios populos, iustitiæ administrandæ caussa, Reges ac Principes creari usitatum fuisse constat ex Herodoto *lib. 1. c. 1.* & Cicer. 2. *Offic.* alisque.

isque. Vide Lips. *in monitis polit. c. 9. mon. 3* Eius quoque est iudicare, qui iurisdictioni præest, ut Prætor, Proconsul, & qui potestate aliquâ præditus est, id est, qui magistratu aliquo fungitur, *d. l. eum qui*, à Principe designatus, ut additur *in l. pen. h. tit* ad quem Magistratum creatio pertinet, *l. un. inf. ad L. Iul. de amb.* & qui datus ab eo, qui dandorum Judicum ius habet, de quo mox; * vel qui aliquâ lege confirmatus est, *d. l pen.* quæ lex loquitur tam minoribus, quàm maioribus Magistratibus, qui tribunali præsunt, vel iurisdictionem habent. Magistratus municipalis non dat iudicem, cùm tantum ius possit dicere usque ad certam summam, *l. de qua re 74. §. 1. h. tit.* Sed verba ista, *vel aliquâ lege confirmatus*, videntur parere aliquam obscuritatem, quòd non videatur aliquâ lege confirmatus differre à cæteris, de quibus agitur ista *l. penult.* Verùm accipienda de eo, cui est mandata iurisdictio, *per l 6. sup. de iurisdict.* ubi dicitur lex mandatam iurisdictionem confirmare.

16 Dant iudicem, quibus hoc lege, aut consuetudine, aut Senatusconsulto conceditur. Permissum autem Proconsuli, Præfecto urbi, cæterisque Magistratibus, *l. cùm Prætor 12 §. 1. h. tit.* ubi idem concessum illi, cui mandata iurisdictio, & qui datus à Principe, ut ante dictum. Consuetudine variis Magistratuum electio & Judicum dato est concessa, quæ varia est secundùm locorum varietatem.

17 Dari possunt quicumque non prohibiti. Alios prohibet natura, id est naturalis ratio, uti surdum, mutum, *d l. 12. §. 2* quia in cognoscendo opus est auditu & voce. Cæcitas nec removet a iudicandi munere, *l. 6. h. t.* nec ad illud de novo adsumi impedit, ut rectè contra Accursium disputat Duaren. *1. Disput. cap. 22.* Nec obstat *l. 1 §. Secundo loco; sup. de postul.* ubi cæcus à postulandi munere repellitur; nam hoc ideo, quòd vereri Magistratus insignia non possit. Quæ ratio cessat in judice, in quo requiritur cognitio & discretio iusti atque iniusti qua non caret cæcus. Exemplo est Appius Claudius qui cæcus publicis iudiciis intererat & favorabilissimam sententiam dixit Optimique iudices olim cæcitatem optabant, ut non moverentur respectu personarum: qua de caussa Areopagitæ apud Athenienses dicuntur noctu iudicasse. * Servos iudex esse prohibetur *d. l. 12. § 2.*

18 quòd civis non sit: eius tamen acta valitura, si communiter liber habitus in iudicem eligatur propter communem errorem, qui titulo subnixus jus facit, *l. Barbarius 3 sup. de offic. Prat.* ubi ea de re latiùs quibus adde Ant. Contium *Disp. c. 2* & Greg. Lopez.

19 *Animadv c. 16.* * Inter prohibitos sunt & furiosi perpetuò, quia iudicio carent. *d. § 2.* Furor temporalis non impedit eligi in iudicem, cùm recedente furore iudicio operam dare possit, *l. cùm furiosus 39. & l. judex 46. hoc t.* Impeditur & impubes, *d. § 2.*

20 Anne ergo pubes iudex esse poterit? Olim minor 30 annis ad iudicandi munus non adsumebatur, ut patet ex Suetonio *in Augusto, capite trigesimo secundo.* Hodie à minore vigintiquinque annis, qui tamen sit major octodecim, sententiam inter scientes ætatem, & consentientes dictam, Prætor ex æquo & bono tuetur, propter rerum judicatarum auctoritatem; quoniam ei notionem dedit, omnia quoque gerere decrevit, *leg. quidam 57. inf. de re judic.* quo modo interpretatur etiam Pont. istum locum *in capit. Cùm vigesimum* ✠ *de officio delegat.* Non posse tamen minorem viginti annis cogi judicare cautum est lege Juliâ, *leg cum lege 41. sup. de receptis arbitris*, quæ lex ita accepta non contradicit *dicta l. 57.*

21 Non obstat *l. Testimonium 20. inf. de testib* ubi minor 20. annis non adducitur in testem in criminali caussa: nam hoc ideo, ne per impudentiam alicui det detrimentum: quod aliter se habet in indice, cujus sententia per superiorem corrigi potest. Deinde testis à tonetur contra invitum, minor 20. annis, major 18. in judicem eligitur à scientibus & consentientibus. Princeps etiam octodecim annis minorem judicem dare potest, ætatis conscius, quia videtur dispensare. Alex. *ad d l. 39.* Vid Caldas *ad l. 3 V. Hunc contractum, n. 44 cod. de in integ. restit. minor.* Barbosa *ad l. cùm Prætor 12, §. ult. n. 91, & seq h. t.* Bronch. *cent 1. ass. 65.*

22 Lege impediuntur esse judices moti Senatu, propter turpitudinem, veluti sordes & notati infamiâ ob crimen, *d l cum Prætor 12. §. 2. hoc t & l 2. sup. de Senatorib.* Neque enim judicem decet esse notatum, cùm ejus officium habeat adjunctum honorem & dignitatem, à qua arcentur infames, *l 2. sup. de assessorib. l. 1. inf. de vi privata.* Vant. *de Nullitat. tit. de nullit. ex defectu jurisd num. 44.* Moribus impediuntur feminæ, nisi tamen jurisdictionem habeant vel jure hæreditario, vel de consuetudine, *arg. c. 4.* ✠ *de arbitr.*

23 Removet quoque lex excommunicatos notorios, ne partes cogantur cum iis communicare in animæ suæ detrimentum: nam ponit excommunicatio obicem jurisdictioni, *c. 1. de off. vicarii in 6.* cujus tamen (si ignoretur excommunicatus) sententia valida est. Sic in Hispania agentem excommunicatum etiam notorium non repelli à sæcularibus tribunalibus tradit Covarr. *2. var. Resol. cap. 18. num. quinto.* In Gallia quoque forensi stilo receptum idem tradit, ut ratione excommunicationis ab agend-

agendo nemo repellatur: quod ipsum à veteribus Gallorum institutis maximè alienum est. Et mirum est, Christum colentes negligere eam exceptionem, quam olim Deos gentiles reverentes, religiosissimè observârunt, ut videre est apud Cæsarem, *de bello Gall. lib. 6*

24 Filiumfam. judicem esse posse non est dubium, quia in publicis non attenditur patria potestas, *l. nam quod 14. inf. ad SC. Trebell.* An verò in caussa patris filiusfam. jus rectè dicat, vel e contra, contro versum faciunt duo textus. Prior est *in l. qui jurisdictioni 10 sup. de jurisd.* quæ negat eum, qui jurisdictioni præest, sibi jus dicere, suisve: aliter *in l. in privatis 77. h. t.* quæ habet, quòd in privatis negotiis pater filium, filius patrem judicē habere possit, quod & habet *l. 6. sup. de arbitr.* Subiungitur ratio *in l. quippe 78 h. t.* quòd judicare sit munus publicū, in quo non attenditur patria potestas, *d. l. 14. ad SC. Trebell.* Ut hæc loca quidem concilient, dicunt *d. l. 10.* non negari, patrem filio jus dicere posse, sed tantùm non debere: quod verbum non adimit semper potestatem. Alii distinguunt inter judicare, & jus dicere, quasi illud liceat, *secundùm d. l. 77.* non etiā hoc, *secundùm d. l. 10.* Ratio esse posset, quòd illud sit judicis dati, cujus potestas non est tam libera: hoc verò prætoris, cuius potestas in præscribendo formulam cognoscendi & judicandi est libera, ut gratiâ ductus possit à justitia & æquitate deflectere, Duaren 1. *disput c. 15.* Verū & jus dicere filiumfam. patrem ex *l. illo 13. § inf. ad SC. Trebell.* ubi filius prætor cogit patrem adire suspectam hæreditatem & restituere, quod est jus dicere: & facit ibi subiuncta ratio *in d. l. 14.* quod in iis, quæ ad jus publicum spectant, non sequatur jus potestatis. Et, ut judicare & ius dicere possit paterfamilias, & è contrà, non recusatos à patre (iusta enim sumitur inde caussa recusationis) honestius tamen fecerit, si à iudicandi munere abstineat; eò quòd incorruptus ac simplex videri non possit, qui de caussa necessariæ personæ discrepat. Cuiac. *ad d. l 77* quæ loquitur de caussis privatis: quam aliter omnino res se habet in publicis. Adde Bronch. *cent. 1. ass. 71.* & Bachov. *ad Treutl. vol. 1. disp. 12. th. 7. lit. f.*

25 Disputatur, an iuris & legum imperitus Judex dari possit? Convenientius bono publico iudicandi munus mandatur iuris peritis, secundùm Platonem, qui sapientē optat præponi rebuspubl. & tum demum eas foras beatas dicit. Quó facit, quòd iudices secundùm ius iudicare debeant, ut infrà dicetur, quod non præstabit imperitus legum. Facit & quòd tradit Justinian *Nov. de judicib. 2 in princ* his verbis: *Quomodo non maximum vitium erit resp. non eis, qui ex se quid agendum sit sciant, lites tradere, sed sinere eos quærere alios à quibus liceat discere, quæ ipsos in judicando eloqui decet?* Verùm obstat, quòd magistratus plerique & administratores provinciarum erant militares, atque ita magis arma, quàm literas scientes. Distinguendū itaque inter judicem minorem, & eum qui adsessoris consilio utitur, quem oportet esse iurisperitum, ut suprà dictum: ut hic literarum imperitus esse possit, non etiā ille, quia per se iudicat, ut eum oporteat esse iurisperitum. Imperitis tamen permittitur illarum caussarum cognitio, quarum ipsi peritiā habent. Sic militibus de re militari ius dicere permissum *l. pen. C. h. t.* & artificibus de rebus sui artificii; mercatoribus de suis mercibus: suæ enim quisq; artis & auctor & disceptator est optimus. Vid Coras. *Miscel. c. 19.* Hotom. *illust quæst. c. 26.* Bachov. *ad Treutl. d. disp. 12. th. 6. lit d.* Bronch. *cent. 1 ass. 65.*

26 Nec tantùm peritum iuris, sed sed & bonum virum oportet esse iudicem. Unde Bald. *in l. 2 C de sent.* duplicem saltem, scientiæ scilicet & conscientiæ rationem, requirit in iudice, eùmq. sine illo insipidum esse; sine hoc diabolicum pronuntiat. Sit constans, à vitiis alienus: quod enim scelus damnet indulgens sibi? qui exerceat iustitiæ munus, ipse iniquitatis famulus. Quamvis, cùm Seneca, non sit rarum, ut sedeant damnantes in aliis, quæ ipsi perpetrârunt. Honestum præ utili ante oculos habeat & cum Seneca *in Octavia, actu 2.* id facere laudi ducat, quod decet, non quod licet; nihil det gratiæ aut favori. Quò facit, quod dictum, etsi patrem filio, & contrà, ius dicere liceat, non tamen honestum esse, quòd quasi in propria caussa ius dicatur, & quòd necessitudo personarū plerumq; animos iudicum corrumpat. Hinc quo in iudicio Advocatum quis egit, iudicē agere non præsumet. Impro- 27 bitatis enim notâ non caret, ei caussæ iudicem esse, aut deliberanti adsidere, quæ antè à te suscepta & defensa: quia non præsumeris adversus ea dicturus, quibus infirmatis pudor tuus perstringatur, aut lacessatur fama. Unde id ipsum sub pœna prohibuit Justinianus, *in l. fin. C. de assessorib.* non tantum in casu, quo quis solitum consiliarii signum chartis imposuit, sed & quo nullum, aut simulatum, quod maioris est improbitatis, quàm auget res acta subdolè & clam: cùm è contra quæ palam fiunt excusentur interdum à dolo & pœna, secundùm ea, quæ tradit Menoch. *Arbitr. 2 casu 244.*

28 Hoc maximè officii est iudicis, caussam diligenter audire: post auditas allegatorum probationes, & defensiones, aliaq; eodem spectantia, plena inquisitione discutere, & utrimque factā allegatorum

collatione, per maturam deliberationem determinare, secundùm veritatem legibus, constitutionibus, aut moribus præscriptam, à qua judex non recedet. Qua de caussa in primordio cujusque litis olim factæ scripturæ in conspectu judicantium collocabantur, ut judices ad eas attendentes syncerius litem dirimerent, *l. rem non novam 14. C. hoc tit.* 29 * Postea majores judices jussi jurare, se quod æquius melius visum esset, judicaturos: minores verò se facturos secundum leges & jura, *Auth hodie Cod. hoc tit.* Quod de consuetudine non observatur, cum judices non jurent ad singulas caussas, sed in principio, dum ad munus judicandi adsumuntur, præstent hujusmodi juramentum, quod pertinet ad omnes caussas.

30 Quod si dubitet de jure, quod obscurum est, aut ambiguum, olim moris erat ante sententiam ad principem referre, ut ille de caussa statuat: quo in casu debebat esse integra relatio, unde & partibus erat edenda *l. 1. cod. de relat.* Postea relationes ante sententiam fieri inhibitum per Justinianum, qui voluit caussam examinatam sententiâ terminari, eámque executioni mandari, nisi ab ea appelletur, *Auth Nove, C. de relat.* * A relationibus differunt 31 consultationes, quæ etiamnum hodie fiunt in caussa appellationis, continentque deliberationem, sive sententiam, quam princeps ad quem appellatū, cum consilio suo collocutus, dixit. Jure Canonico obtinet, ut dubitans judex super decretali aliqua superiorem consulat, *c. Pastoralis, ✠ de fide instrum.* Dixi, de jure; nam quæstio facti per judicē expedienda, *l. cum quem 79 hoc tit.*

32 Quæsi hic posset, quid judici faciendum in casu quo ab utraque parte stat probabilis sententia, sive de facto agatur, sive de jure? Sunt, qui integrum esse volunt judici quam maluerit opinionem eligere, & secundum eam judicare, quando dubium vertitur circa jus; imò & posse modò hanc, modò illam sequi opinionem in judicando, cessante tamen scandalo. Probant, quòd ex vi officii sui & justitiæ distributivæ non magis uni, quàm alteri favorabilis judicii bovem debeat; si tamen uterq; illo sit dignus. Sicut ergo inter duos æquè dignos beneficio datur optio collatori, ita & judicis optio est. Verùm ista variatio in primis improbatur, ex eo, quod secundum sententiam, quam semel approbavit, deceat judicē judicare. Secundò, tutius mihi videtur, sive agatur de facto, sive de jure, in casu omnino pari judicem utrique parti parem se exhibere debere, & pronuntiare, rem aut pretium inter partes dividendum æqualiter, nec sine peccato pro amico judicare posse. Constituitur enim Judex lex quædam animata, quæ ad utrumque litigantium æqualiter se habere debet, ne aliàs alteri jus suum tollatur, ut rectè tradit Navarrus *ad can. si quis autem, de pœnit. dist. 7. num. 130.* allegans *can. grave 11. quæst. 3.* ubi dicitur, grave esse in re dubia certam ferre sententiam. Quò facit, quod Justinianus *in §. Si servum instit. de vulg.* propter probabiles utrimque rationes, eligat mediam viam, rem controversam inter partes dividendo: quod & habetur *in l. si patre 40 cum l. seq. inf. de hered. instit.* Quod ita accipiendum, nisi in dubio favendum reo, *secundùm leg. favorabiliores 125 de R. I.* aut subsit caussa favorabilis, uti dotis, libertatis, matrimonii, *cap. fin. ✠ de judiciis.* Verùm ista res non facit, ut judicari possit pro amico, nisi Judex credat illi ius esse, ut tradit idem Navarr *d. loco num. 134.*

33 Nihil facit argumentum desumptum à beneficiis, in quibus datur optio collatori inter æquè dignos: nam hoc ideo, quia ante collationem neuter titulum aut ius aliquod, ne quidem coloratū habet, ut sit licitum collatori conferre, cui velit, sine peccato, in casu autem proposito uterque æquale ius habet, quod proinde illi auferendum facto Judicis. Deinde beneficia sunt sine diminutione conferenda, *✠ ut benef. sine diminut. conf.* ut necessariò sit eligenda altera persona: in nostro autem casu divisio commodè fieri potest. Vide Menoch. *2. Arbitr cas. 330. n. 22 & seqq.*

34 Maior difficultas est, quando Judex alteram opinionem indicat probabiliorem, an illi liceat sequi minus probabilem? Quod quidam admittunt, cum nec temere nec imprudenter agat, utpote ratione probabili ductus. Probabilior tamen contraria sententia, quòd Judicis sit caussam dirimere, prout magis consentaneum ei videtur, & unicuique ius suum reddere, secundum merita caussæ, quæ potiora videntur pro illa parte, quæ maiorem probabilitatem habet. Nisi opinio minus probabilis sit praxi recepta: tunc enim Judex inferior rectè secundùm illam iudicat, præcipuè si credat Judicem superiorem, ad quem appellandum, eamdē secuturum.

35 Advocatus minus probabilē sententiam sequi potest, ut dictum suprà *tit. de postul.* cum eius non sit rem definire, reddendo uni quod petit, & auferendo alteri; sed illius tantum est fundamenta iuris & facti suo clienti faventia proponere iudici, ut ille his perpensis decernat, quod æquum iudicaverit. Videtur tamen advocatus teneri clienti veritatem iuris caussæ suæ aperire, nec certus ille promittere sententiam, quam debet.

Unde

36 Unde suboritur alia dubitatio, an judex in judicando sequi debeat æquitatem, an strictum jus? Ubi præsciendum, æquitatem nihil aliud esse, quã moderationem & mitigationem legis scriptæ, quã mentem, sententiam, rationem legis scrutamur & exsequimur, neglecta strictiore legis dispositione; sive, ut alii volunt, laxamentum legis in circumstantia aliqua eam corrigens. Ut videatur æquitas juri scripto opponi, quod licet in se, & in thesi, suâque natura non sit iniquum, tamen cùm applicatur ad factum, de quo quæritur, propter variationem circumstantiæ incipit esse iniquum.* Judici non licere recedere à lege scripta, eiusque verbis, videntur innuere aliqua loca juris, & in primis *l. prospexit 12. inf. qui & à quibus manumiss.* ubi statutum à lege, licet perquam durum, servandum tamen, quia ita lex scripta: *l. si expressim 19. inf. de appellat.* ubi sententia contra rigorẽ juris lata non valet: *leg. 1. cod. de legibus*, ubi Constantinus, inter æquitatem eiúsque interpositam interpretationẽ nobis, inquit, solis & licet oportet inspicere: *l. 9. Cod. d. tit.* ubi dicitur, duritiem legum esse emendandam ab Imperatore. Facit, quòd aliàs aperiatur aditus judicibus adiudicandum pro lubitu suo, prævalentibus vitiosis affectionibus, quæ olim caussarunt non amplius controversias per sapientes dirimi, sed per legem scriptam communis societatis tranquillitati & æqualitati consuli, ut tradit Seneca *Epist. 90.* Aristoteles etiam inter arbitrum & Judicem hanc ponit differentiam, quòd ille æquitatem, hic legem scriptam sequatur.

38 Contraria tamen sententia, scilicet, Judicem æquitatem potius, quam jus strictum sequi debere, per alia loca adstruitur: *ut leg. placuit 8. Cod. hoc tit.* ubi in omnibus iustitiæ potius & æquitatis quam stricti iuris habenda ratio: quod & adseritur *l. 4. inf. de eo, quod certo loco, & leg. etsi, §. Diem, inf. de religios.* Unde Paulus *in l. si servum 91. §. fin. de V. O.* scribit ex Celso, auctoritate scientiæ iuris perniciosè errari, dum potius quod in legibus scriptum, quàm quod iustum & æquum sit, attenditur. Plurima sunt alia loca, hanc sententiã confirmantia. Pro qua & facit ratio tradita per D. Thomam *2. 2. quæst. 120. art. 1. in concl.* quod humani actus, de quibus leges dantur, consistant in singularibus contingentibus, quæ infinitis modis variari cùm possint, non fuit possibile, aliquã regulam institui, quæ in nullo casu deficeret, *l. non possunt sup. de legibus*: Sed legislatores ad id attendunt, quod in plurib. accidit, secundum [illegible] legem ferentes, *leg. 3. & 4. de legibus*. Quam tamen aliquibus casibus servare, est contra æqualitatem iustitiæ, & contra comune bonum, quod lex intendit. Sicut lex instituit, quod depositum reddatur deponenti, quia hoc in pluribus iustũ: contingit tamen esse nocivum, puta, si gladius à sano depositus reperiatur ab eodem in furore existente, aut etiam in patriæ oppugnationem. Exemplum simile est, quod ponit Triphonius *in leg. bona fides 31. inf. depos.* Latro spolia, quæ mihi abstulit, penes Seium deposuit, inscium de malitia deponentis. Si dantem & accipientem intueamur, vult bona fides, rem commissam recipiat is, qui dedit: si verò totius rei æquitatem, quæ ex omnibus personis, quæ negotio isto continguntur, impletur, mihi reddenda sunt, quæ facto scelestissimo ablata sunt. Sic lex habet, muros civitatis transcendens capite puniatur, *l. fin. sup de rer. divis.* Transcendit eosdem hostem propulsurus; an puniendus? Verba quidem id habent, verùm non vult ratio. Et probo, subiungit idẽ D. Thomas hanc esse Justitiam, quæ suum cuique tribuit, ut non distrahatur ab ullius personæ iustiore petitione. In his itaque & similibus casibus, malum foret sequi legem positam: bonũ verò, prætermissis legis verbis, sequi id, quod poscit iustitiæ ratio, & communis utilitas, ne aliàs summum sive strictum ius secundum verba sequẽdo summam committamus iniuriam.* Invenire etiã in iure est varios textus, qui expresse benignitatem præferunt rigori, uti videre est *in l. rogasti 11. inf. de reb. cred. & l. qui negotia 34. inf. mandati* 39 Quæ duæ leges habitutæ alias conciliationem difficilem, imò posituræ contrarietatem, quam in iure dari negat Justinianus, nisi *d. l. rogasti* acciperemus de benignitate, *d. l. qui negotia* de rigore similia loca plurima in rigore reperiuntur. Et hanc sententiam varii amplexi auctores, ut Connanus *lib. 1. Comment. c. 11.* ubi multis eam firmat, Duaren. *sup. de pactis col. 2. & de judiciis c. De variis judicior. praeceptis*, ubi tradit, vulgare dictum esse, æquitatem præferri rigori juris. Fachin. *1. contr. c. 3.*

40 Nihil faciunt allata in contrarium. Nam, quod dicitur *in d. l. prospexit 12.* durum esse, verum est, respectu servi, cuius impeditur libertas, non etiam respectu boni publici, ad punienda crimina. Vel dicendum, in ista lege agi de casu expresse comprehenso sub lege, à qua judex non recedit, ut dicetur infra. Quod habet *d. l. si expressim 19.* verũ est, quando sententia simul est contra verba, & contra mentem legis, quæ præcipuè attendenda; cum non sit dubium, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatẽ. Nec pœnas insertas evitabit, qui se contra juris sen-

sententiam sævâ prærogativâ verborum fraudulenter excusat.

Ex l. 1. & 9 C. de legib. qui inferunt, solùm supremorum tribunalium, non etiam inferioribus judicibus esse licentiam ex bono & æquo judicare, **41** an magno versantur errore, ut tradunt auctores suprà relati. Nam etsi textus isti videantur interpretationem Imperatoribus solis concedere, non tamen ita, ut impediantur judices inferiores ex æquo & bono mentem legis adsequi, quia aliàs repugnaret l. non dubium, cod. de legibus Ideo Jurisconsulti benignè sæpe interpretantur defunctorum voluntates, etiam contra regulas juris, in l. Scævola 76. inf. ad SC. Trebell. & aliis. Lex 12. tabularum furem noctu deprehensum impunè occidi permittit Ulpianus tamen in l. furem 29. inf. ad L. Corn. de sicar. ex æquitate interpretatur hoc procedere, si parcere ei sine suo periculo quis non potuit. Possunt & dictæ leges 1. & 9 accipi de iis legibus, quibus scripto palam quid comprehensum, quâ de re mox; aut dicendum ibi imperatorem non aliud velle, quàm prætextu æquitatis in dubiis non facilè à jure; sed lege menteque legislatoris recedendum esse; sed tum tempotis legislator ipse consulendus. Ita etiã tradit D. Thomas d. loco ad 3.

Quod ex Aristotele adfertur parum nocet: nam ut judex magis debeat sequi leges, quàm arbiter, non tamen ita, ut obliviscatur veritatis, ubi res exigit. * Nec dici potest, hoc esse de legibus judicare, **42** quod non est permissum can. 3. dist. 4. Nam de legibus judicare est dicere, eas non rectè positas: qui autem dicit verba legis non esse in casu occurrente servanda, non judicat de lege, sed de aliquo negotio particulari, quod occurrit; imò secundùm leges judicat, cùm mentem (quæ legem ponit) sequatur. Hâc sententiâ positâ, non sequetur adductũ superius inconveniens, quod scilicet judici detur occasio judicandi pro lubitu; cùm tantum ei detur licentia non sequendi rigorem juris, ubi æquitas (quam JC. vocat summam rationem in l. sunt personæ, inf. de religios.) aliud postulat, ut patet exemplis allatis & similibus.

43 Et hæc ita in iis, quæ scripto jure non sunt comprehensa: nam, quæ scripto expressa sunt, ut appareat legislatoré velle legem in omnibus casibus ejus generis, de quo cautũ est, observari, judex eandem servat, nec à verbis legis recedit: quæ est sententia l. prospexit, §. 1. inf. qui & à quibus manum. Sed tum moderari rigorem & duritiem legis interpretari est solius principis, secundũ l. 1. 9. & fin C. de legib.

Circa hanc rem aliquorũ occurrit error, qui dicta de æquitate admittũt de illa, quæ scripta est: ut, **44** si scripta non sit, res non spectet ad Judicem, sed principi sit permittenda, qui eam expediat moderando, Nituntur d. l. placuit 8. quæ habet, secundùm aliquos textus, placuit in rebus omnibus præcipuam esse justitiæ æquitatisq; scriptæ, quàm stricti juris rationem. Verùm falluntur, cùm veteres codices & recentiores istam lectionem non agnoscant, sed omittant verbum, scriptæ, quod ab aliquo, non intelligente vim æquitatis, est adiectum, ut bene tradit Duaren. 2. disput. cap. 18 Facit ratio: nam cum æquitas sit stricti & scripti juris emendatio, & quasi interpretatio, legis sententiam retinens, & in re reperta non sit opus interpretatione, non potest ulla æquitas scripta intelligi. Donell. 1. comment. cap. 13. versic Iam videamus. Neque enim quid certiùs, quàm æquitatem scripto comprehensam æquitatis nomen amittere, juris ac legis adsumere * Ut rectè **45** Cuiacius ad l. 7. de just. & jure lib. 2. definit. Papinians, ex Aristot. æquitatem nominet interpretationem iuris scripti, eiúsque emendationem, positã in arbitrio boni viri, periti bene iudicandi, ut rem dirimat pro ratione temporis, lòci, personarum, caussarum, & potius æquitatem sequatur, quàm strictum ius. Unde rectè Petr. Faber in l. in omnib 90 de R. I. tradit nullam esse æquitatem scriptam. Æquitatem itaque, omisso stricto iure, in judicando sequi est iudicis; sed non illam cerebrinam, quam quisque pro suo rudi sensit ac lubitu sibi fingit, sed quam ratio menti legis consona exposcit.* Qua in **46** re supremis tribunalibus laxior quidem est licentia quæ vice principis iudicare censentur, ut hoc patet ex iuramento, quod præstant, scilicet quod æquius melius visum fuerit, se facturos, Auth. hodie, C hoc tit Possunt tamen etiam inferiores ex æquo & bono iudicare, ne aliàs dum verba sequuntur, menté legis offendant, ut pulchrè tradit Duar. hoc tit. c de variis judicior. præceptis. Vide Vasq. de success. tomo 1. lib 1. §. 6. n. 4 Gudelin de jure noviss lib. 5. c. 2. n. 5

Hoc & inter cætera ad officium Judicis spectat, **47** diligenter advertead ea, quæ in facto versantur, & in primis allegatorum ac probatorum fidem examinare & explorare, l 3. inf de testib. & prout religio suggerit sententiam proferre l. 6. §. Veritas, de offic. Prætor.

Ubi fragrosa & multũ agitata se offert quæstio, **48** an liceat Judici, neglectis allegatis & probatis, privatam eàmque, certissimã scientiam sequi, vel contrà, sive in absolvendo, sive in condemnando, tum in caussa civili, tum in criminali?* Quantum ad **49** absolvendum, sive in civili, sive in criminali caussâ, Judex nec tenetur nec potest reum, qui probatur publicè nocens, quamvis privatim certò sciat

sciat innocentem, juridicè absolvere: quia ea res pervertere ordinem judiciorum, quo acta sequi judex cogitur, & scandalum grave generaret in populo, dum, qui nocens publicè & legitimè est probatus, juridicè absolvitur: cum judex, in quantum talis non privata, sed publica persona sit, ut secundùm publicam scientiam procedat, non secundùm privatam. Probat hoc etiam Covarr. *lib. 1. var. Resol. c. 1. n. 5.* & Navarr *in Summa c. 25. n. 9.* Tradit idem Panormit. *in c. Pastoralis 29 § Quia verò, ij. de officio deleg.* Posset tamē judex, dilato paulisper judicio, susceptâ quasi pacificatoris personâ tentare, an partes componere possit, aut coram superiore proponere rei innocentiam, qui benignè ex gratia à pœna liberet, aut ulterius procedit inhibeat. Potest etiā reum secretò dimittere, aut elabendi occasionē ei offerre.

50 Quod attinet ad condemnationem, in caussis civilibus & criminalibus minoribus, in quibus non agitur de capite, aut membri mutilatione, negare videtur Panormit. judicem contra scientiam judicare posse, *per c. 1. de re judic. in 6.* Panorm. *d. §. Quia verò, in fine.* Communior tamen sententia habet, teneri quidem judicem, quantum potest, agere, ut detegatur falsitas: si tamen, omni tentatâ viâ, id nequeat efficere, judicare eum posse secundum id, quod suggerit, non privata, sed publicâ scientia, ex actis habita, cum, ut dictum, aliud non intelligatur scire, quam quod ex actis habetur, *can. judicet 3. quæst. 7.* Nam, quando agitur de damnis rerum, ac fortunarum, ratio dictat, propter hujusmodi privatorum, licèt injusta damna, non debere intervertī judiciorum ordinem, neo privatos rationabiliter conqueri posse se læsos, sed potiùs pro publico pacis & quietis bono, &c, ne Reipublic. legúmque ordo turbetur, patienter ferre temporalis utilitatis iacturam reparabilem: quam sententiam post alios probat Angelus, *ad §. Si minus, n. 4. Instit. de actionib.* Nec quicquam facit pro Panormit. *d. c. 1.* quia loquitur in casu, quo per sordes aut favorem alteram partem iniquè gravat; quo modo & accipienda videtur *Clem. 1. §. Verum, de hæreticis.*

51 Controversia magna est, an in criminalibus, si agatur caussa capitis aut mutilationis membrorū, iudex teneatur sequi acta, neglectâ privatâ scientiâ, eaque certissimâ? Qua in quæstione hoc apud omnes in confesso est, ut, si aliquâ viâ reum liberare possit, ad hoc teneatur iudex, non tantùm ex charitate, verum & ex officio, sive accusatorem honesto aliquo medio divertat, aut crebris interrogationibus testium, necessariisque interlocutionibus, & suos sensus aperiat, & testium deprehendat, aut aliâ via utatur, exuendo iudicis personam, & coram superiore testem agat pro reo, aut sibi non liquere pronuntiando, ut fecisse se tradit A. Gell. *lib. 14. Noct. Atticar. c. 2.* Quod & probat D. Thomas 2. 2. *quæst. 64. art. 6. ad 1.* & patet *ex d. c. Pastoralis. §. Quia verò, in fine, ij. de offic. delegati.*

In eo quæstionis difficultas vertitur, an, si aditus iudici non sit ad superiorem, vel scandalum non patiatur, ut iudicatu se solvat, aut superior potestas fidē inferiori iudici non habeat, ideóque excusatione eius non accepta, iudicare eum omnino cogat? Anceps hæc est dubitatio, & in qua laboratum: quæ nō flosculis & sententiolis, quorumdam more, parum moventibus, est determinanda (uti, quòd ex animi sententia iudex iudicare debeat, veritatem sequi iustum & insontem non occidere, quòd illi sit arbitrium, quantum testibus fidei habeat, *l. 3. inf. de testib.* quòd facti quæstio in eius sit potestate; eiusmodi argumentis sententiam contrariā firmare nitebatur. Diod. Tulden. *3. de Princip. jurispr. cap. 6.* quæ tamen facilè possent dissolvi, ut infrà videbitur) sed ex veris & urgentibus rationibus agitanda hinc inde. * Pro negativa sententia adducitur textus *in c. 1. de re iudic. in 6.* quo inhibetur iudicibus condemnare illum, quem æterni iudicis tribunal non condemnat. Idem habetur *in Clemene. 1. §. Verum, de heret.* Sed textus illi simul agunt de iudice iniquè gravente partem per sordes aut favorem, ut iam dictum: ut parum pro negativa faciant. Verùm pro ea multùm facit & urget, quo habet sacra Scriptura; *Erue eos, qui ducuntur ad mortem:* quod vult lex & charitatis & iustitiæ, si caussa postulet, uti in casu præsenti. Plurimùm autem urget, quod occidere certò innocentem sit intrinsece & per se malum, & contra iustitiam, nullo fine honestabile. Nihil obstat, quòd probetur quis nocens per testes, quia per hoc nihil adimitur de rei iustitia ac bonitate, cùm nostrum affirmare aut negare nihil mutet in te. Tenet hanc sententiam Panormit *in d. § Quia verò.* Angel. *in d. §. Si minus, n. 4.* Petrus à Navarra *Tract. de restitut. lib. 2. c. 3. n. 161. & seqq.* & alii, quos citat Covarr. *1. var. Resol. c. 1.*

52 Contrariam sententiam plures tenent, atque inter alios D. Thomas 2. 2. *quæst. 67. art. 2.* ubi ait, quòd iudex debeat iudicare secundùm id, quod sibi ut publicæ personæ, quam in iudicando gerit, est notum non habito respectu ad privatam personam, informatam particulari sive privata scientia, licèt certissima; quòd ita exigat bonum Reipubl. in qua aliàs perturbatio & maiora mala sequerentur, cum de privata notitia non constet. Sequitur & eamdem sententiam Navarrus *in Manuali c. 25 n. e.* & Covarr. *d. loco,* qui in eius probationem adducit *d. c. Pastor.*

Pastoralis, §. *Quia verò*, ubi ordinarius iussus à delegato pontificis sententiam exequi, eam rectè exequitur, etsi sciat iniustam, quatenus tamen iusta est secundùm allegata & probata. Adfert & pro ea sententia *l. illicitas 6. §. Veritas, sup. de offic. Præsid.* ubi nostri hanc materiam communiter tractant, ex eo textu elicientes, eum, qui jurisdictioni præest, non debere secundùm scientiam & religionem suam judicare, sed secundùm allegata & probata. Idem ibi sentit Ant. Vacca, in eam rem adducens ex Valerio Maximo *lib. 4. c. 1* factum Africani, qui censor, etiamsi sciret Cajum Licinium conceptis verbis pejerasse, nullo tamen alio ad ejus testimonium accedente, mandavit, ut traduceret equum & censoriam notam lucrifaceret, ne & accusatoris & testis & judicis personam egisse videretur. Nec repugnat huic sententiæ, quòd judex secundum animi sententiam, secundum veritatem judicare debeat, quod quantum testibus fidei habeat in ejus sit arbitrio: nam hæc & similia intelligenda sunt, quatenus publicè ex actis illi res nota. Hoc enim scire videtur, quod ex actis publicis illi notum. Adde Bachov. *ad Treutl. d. disp. 12. th. 14. lit. e & f.*

54 Verum ista sententia etsi sit probabilis, propter auctoritatem DD, qui communiter eam tenent: priorem tamen tutiorem facit vel unum argumentum, quod scilicet occidere innocentem per se & intrinsecè sit malum, uti dictum.

55 Nec facit quidquam pro posteriore sententia *d. §. Quia verò*; cum non loquatur in caussa capitis, aut mutilationis, in qua non judicat Ecclesiasticus, propter irregularitatem, sed vel in civili, vel in criminali quidem, non tamen ardua. Ut propter publicum bonum Ordinarius, cui executio tantum est mandata, non etiam cognitio, rectè eam exequatur: quatenus tamen illam videt justam, secundum allegata & probata, quia tunc superioris præceptum est justum, de quo non judicat inferior.

56 Quantum *ad d. § Veritas*, quo fulcitur communis opinio, nihil habet, quod ad propositam quæstionem possit accommodari, cum non conferatur eò loci scientia judicis cum probationibus in judicium allatis, sed veritas rerum gestarum. Ut sensus sit, præsidem in judicando veritatem negotiorum debere sequi, non si quid perperam à partibus suggestum, quod veritatem non minuit, *l. nec omissa 15. C. de liber. Caussa*. Quem intellectum admittunt Cujacius & Vacca, hic *ad d. §. Veritas*, ille 12. *obs. c. 29*. Et ut concedatur (uti concedendum est) in communi & ex natura rei judicem teneri caussam judicare secundum fidem eorum, quæ probabuntur; in particulari tamen casu, quo certissimò venit condemnandus ad mortem innocens, jus naturale strictius præcipit contrarium: quod potius sequendum, cum iura humana & doctrinæ accommodentur iis, quæ ut plurimùm accidunt, non etiam specialibus casibus. In quibus proinde, si aliquid statuendum, advertendum, ne quid intrinsecè malum contineat sententia, *arg. c. inquisitioni 44. ¶ de sententia excommunicat.* ubi potius sustinenda humiliter sententia excommunicationis, quam contra judicium conscientiæ committere offensam. Ut ita & judici omnia mala potiùs ferenda sint, & mors subeunda, quàm (quod intrinsecè malum) directò concurrere ad mortem innocentis.

Nec obstat cuivis licitum esse se prius defendere, quàm proximum, & ita invasorem sui occidere, non tamen etiam non invasorem, ut in casu præsenti: nam aliàs liceret mihi occidere Titium, à quo nullum mihi periculum, ne occidar aliàs à potentiore; aut tyranno mortem minante, nisi Titium occidero.

Nihil facit, quòd dictum, judici eam esse licentiam in caussis civilibus & minoribus criminalibus: nam respubl. habet auctoritatem de fortunis suorum civium disponendi, prout bono publico est expediens, quæ semper sunt subjectæ reipubl. non etiam subjecta est vita innocentis, neque membra, de quibus ideo non rectè disponit, utpote cessante jurisdictione Less. *de just. & jure lib. 2 cap. 29. dub. 10 num. 10*

57 Posset tamen videri procedere posterior opinio in casu, quo agitur bonum publicum, quod aliàs periclitaretur, & in extremum discrimen adduceretur per seditiones & cædes: ex ratione, quòd privatum bonum innocentis non sit conservandum gravi malo publico: argumento ejus, quod traditur, magistratum habere jus, ut civem suum tradat hosti, si alia via liberationis civitatis nulla suppetat. Inde tamen non rectè quis excusaverit Pilatum à traditione Salvatoris ad necem, propter vitanda pericula & scandala, & quòd præstaret unum hominem mori, quam totum populum perire: cum Salvator non tantum esset innocens, verum & nomine & famâ, apud probos, nec legitimè convictus, vel ipso Pilato teste, qui non invenerit caussam in homine, & nihil dignum morte. Ut scandalū fuerit irrationale, & ex malitia cui per mortem innocentis non erat occurrendum. Dixi, posset videri procedere; nam non desunt, qui nec tùc quidem putent innocentem damnandum, quòd nihilominus directò judex cooperetur in malum per se. Non sunt autem admittenda mala directò, ut eveniant bona.

E contra quæri hic posset, an liceat judici conde-

demnare aliquem re ipsâ nocentē, & taliter privatim certò cognitum, publicè verò probatum innocentem? Dicendum, nequidem principi id licere: cuius licèt judicium sit certius, quam privatorum, illique regulariter magis sit credendum, quam alteri de populo: non facit tamen eius privata scientia crimen publicum, cùm nihilominus maneat secretum Unde Navarr. *in manuali c. 25. n. 9.* gravissimè peccare ait principes, qui inauditos trucidari jubent, aut officiis spoliant, ducti solâ privatâ scientiâ. Quo facit, quod traditur *in c. 2. ¶ de offic. ordin.* neminem condemnandum esse, nisi qui judiciario ordine fuerit probatus nocens.

Non obstat resolutio superioris dubii, quâ dictum, judicem certò innocentem cognitum non posse condemnare, sed potiùs in liberationem ejus intendere debere: nam condemnare certò innocentem cognitum habet in se malitiam intrinsecam, & materiam indebitam, non etiam absolvere publicè innocentem probatum, licèt revera nocentem; quod ipsum potiùs est opus pietatis.

Non desunt tamen casus, quibus, omisso judiciario ordine, damnatio erit justa: ut, si quis inveniatur in flagranti crimine, quia tunc intervenit notorium facti: manifesta autem accusatore non indigent, *can. de manifesta 11. quæst. 1.* Præterea si persona rei talis sit, quæ sine metu maioris mali aut gravis scandali citari non posset, & de crimine aliàs sufficienter pateat, videtur permissum, saltèm principi, procedere ad damnationem & pœnam, etiam secretò, ut tradit Navarr. *d. cap. 25. num 11.* Nam isto casu non potest videri reo justa sui defensio siquidem illa nihil illi prodesset, Pet. à Navarra *d. c. 3. n. 192* Less. *d. c 29. dub. 11.* 58

Spectat & ad officium judicis, ut sententia contineat absolutionem aut condemnationem rei certæ, quatenus materia subiecta admittit, *§ Curare, Instit de actionib.* qua de re infra *tit de re judic.** Judicium absolvere intra tempus constitutum, nam Jure civili caussæ civiles intra triennium sunt terminandæ, *l properandum 13. §. Censemus Cod. h. tit.* criminales intra biennium, *tit. Cod. ut intra certum tempus crim. quæst. term.* computandum à lite contestata, tunc enim judicium incipit, *d l. 13 § 1* ne lites fiant imortales, Ratio differentiæ est, quòd caussæ privatæ sint obscuriores, vel potiùs quòd durius sit in reatu hærere longo tempore. Cuiac 17. *obs. cap. 23.* Unde & eius nomine dicitur pœna minuenda *l. si diuturno 25. inf. de pœnis.* Si dicto tempore lis absoluta nō fuerit, instantia ipso jure perit, cum aliis, quæ agere pergenti repetenda in nova instantia, quatenus concernunt litis ordinationem, cuiusmodi sunt citatio, libelli oblatio, contestatio *d. §. 1.* Adeò ut sententia postea nulla lata sit: definitiva scilicet, nam absolutio ab observatione iudicii & eius, per quem stetit, in expensas condemnatio tenet. Quatenus verò decisionem litis respiciunt, cuius ordinis sunt acta probatoria, ea salva sunt, & alio in iudicio vim suam habent, *leg. 6. inf. de re judic.* modò sint publicata, aliàs iteratò videntur peragenda: nisi ex hac luce testes sint subtracti; tunc enim stabitur examini prioris instantiæ, *arg. leg. fin Cod. de testibus.* Excipiuntur ab hac regula caussæ fiscales, *d §. Censemus*, quæ breviori tempore sunt absolvendæ, *leg. fin. cod. de jure fisci lib. 10.* 59

Determinatio ista temporis cùm præcipuè sit fundata in publica utilitate non admittit pactum prorogativum temporis, sive tacitum, sive expressum, & ne quidem auctoritate Judicis, *d. §. 1.* quia iuri publico privata pacta non prævalent. Adeò ut neque iuramentum ad huiusmodi prorogationem prosit, cum per illud non possit firmari actus contra publicam utilitatem, ut rectè tradit Covarr. *de pactis § 1 n. 10.* vid. Vasq. *de success. tome 1. lib 1 § 7 n. 39. & 40.* Myns. *cent. 3 obs 44* Ut autē tempus istud arctetur per partes, nihil habet inconveniens, quoad publicam utilitatem, quæ potius augetur in detrimentum partium, iuri sui renunciantium Si interea temporis per partes in compromissum itum fuerit, dictum tempus non videtur labi, *arg. Clem. quamdiu de appellat & Auth. Si tamen C. de temporib. appellat.* Caussas fiscales non concernit dictū tempus, quæ etiam arctissimè ante illius lapsum firmandæ, *l. C. fin. de jure fisci.* Nec differentia quoad istam temporis præfixionem inter Jus civile & canonicum, cùm per canones nullibi contrarium sit dispositum, & ratio abbreviandarum litium etiam canonum iure obtineat *c. 5 ¶ de dolo & contum.* vide Covarr. *d. n. 10 & dicta ad decretal. h. t.* 60

Quòd si absentia actoris impedimēto fuerit, quò minus lis peragatur, accusati a reo potest, & cōpelli ad peragendū Judicium, *d. l. 13 §. Et si quidem*, idque quasi ex contractu. Qui si non cōparuerit. contractà eremodicio, id est desertâ lite, in potestate rei est, caussam persequi, & per sententiā definitivā petere liberari se à petitione actoris, si de caussa liqueat, aut absolvi ab observatione iudicii. Ad quod renovandum non admittetur actor, nisi priùs solutis expensis *d. §. Et si quidem.** Sin reus sua contumacia eremodicium contraxerit, & actor de iure suo sufficienter docuerit, sententia in reum feretur, cessante appellatione, cuius executio fiet in bonis, sitis in territorio iudicantis aut si 61 62

alibi sita, per judicem loci, *d. l. 13. §. Sin autem.* Ante litem contestatam reo contumace, quia sententia ferri non potest, mittetur actor in bonorũ possessionem. 63 *Quòd si facto judicis lis prorogata fuerit ultra triennium, mulctatur ac decem libras auri, si maior fuerit, minor verò ad tres, nisi subsit caussa excusans. Advocatus si in caussa fuerit, ad duas *d. l. 13. §. Sin autem, & §. Illo.* Tutorum, curatorum, procuratorum negligentia facit eos teneri ad damnum datum, *d. l. 13. §. fin.*

Spectat praeterea ad officium judicis, si quid omissum ab altera partium animadverterit, non tantum in facto, sed in jure, supplere, 64 qua de re actum *sup. t. de postul.* Itémque partem eam, quae temere litigasse convincetur, adversario in expensas condemnare, *l. eum quem 79. h. t.* Quod ipsum sententiâ exprimendum, aliàs non repetentur sumptus, *l. 3. C de fructib & lit. expen.* Nisi litem suam fecerit, *l properandum 13 §. Sive autem, C. h. t.* Dixi, temere; nam si ratio litigandi subfuerit, cessat ista condemnatio, *l. qui solidum 78 § Etiam de legat. 2.*

Judicis autem cum sit determinare controversiam, oportet, illa adsint media, per quae eam expediat, cum concesso aliquo, omnia concessa intelligantur, sine quibus quod concessum est explicari nequit, *l. 2. sup. de jurisd.* quae res spectat ad judicis potestatem: 65 *Hinc citat partes, etiam absentes, tribus edictis, intervallo decem dierum inter singula. Post quae peremptoriũ proponit, ita dictum, quòd ultra illud non patiatur adversarium tergiversari, *l. ad peremptorium 68. qu 3 seq. h. t.* Interdum & peremptorium proponit, *continuò, unum pro tribus*, secundum caussae: personarum, temporis conditionem, *l. nonnunquam 72. h. t.* Cuius die superveniente, citato absente, sive responderit, sive non, sententiam profert judex, non semper secundum praesentem, sed & pro absente, si bonam caussam foveat, *l. & post 73. h. t.* Et hoc quoad reum: nam si actor abiit die cognitionis, reus verò adsit, edictum circumducitur, id est, deletur, *d. l. 73. § 1.* & pro eo erit, ac si vocatus non esset. Atque ita absolvetur ab observatione judicii reus, poterit tamen ex integro conveniri *d. §. 1.* Quia in re aliquid mutatum jure Novellarum, quo permissum judici, non comparente actore, partis praesentis allegationes examinare, & secundum veritatem sententiam proferre, *Nov. de litigios 112 cap. 3*

66 Caeterum, cum judicium detur in invitum: qui cogi non potest, nisi ab eo, cui subditus, respicienda venit persona eius, qui ad judicium provocatur secundum regulam, quae habet, actorem sequi forum rei, *l. 2. C. de jurisd.* Cogetur itaque reus à suo judice; nisi privilegium aliud habeat, de quo infrà, 67 *aut nisi reus foro suo renuntiaverit, vel expressè vel tacitè, re scilicet & facto, contestando litem coram alio judice: quia res ista concernit privatum jus, cui quilibet renuntiat, *l. penult. C. de pactis.* Exceptis illis, quibus expressè interdictum, ne judici saeculari se subjiciant, nempe Clericis, *c. Si diligenti 12. ꝥ de foro compet.* Est autem satis, consensisse in alienum judicem ipsos litigantes, *l. 1 hoc t.* Praetoris consensus nõ est necessarius, cum prorogatio etiam in eum ignorantem subsistat, *l. 2 §. 1 h. t.* quia sufficit principalem jurisdictionem subsistere, cui accedat accessoria. Unde, si judex tantũ ad tempus datus sit, prorogatio non procedet, nisi ipse consenserit, qui non est principalis, *d. l. 2. § Si & judex*: quatenus tamen consentire potest; non inhibitus principali rescripto. Qua de caussa judex; non nisi ad certam summam judicare jussus, ex consensu partium summam non excedet, nisi conscius eius rei, & prorogatio non excedat legitimum tempus, *l si judex 31. h t.* quod est trienniũ, uti dictum suprà. Ut quis consensisse videatur in judicem non suum, necesse est sciat non esse suum, aliàs non datur jurisdictio propter errorem, *d. l. 2. in princ.* qui tollit consensũ. *l. si per errorem 15. sup. de jurisdict.* ubi ea de re actum. Sit tamen consensus iste liber: quia nemo invitus subjiciendus non suo judici, *d l. 2. in princ.* nam & vis consensui contraria.

68 Requiritur itaque competens sit judex, & forum competẽs, ad quod vocatur reus quod est locus exercendorum judiciorum ordinarius cui reus immediatè subjectus. Nam proximo amisso, non rectè trahitur reus ad judicem ulteriorem, ne quidem principem, saltèm de jure civili. Coram non competenti foro citatus impunè non comparet; quod extra territorium jus dicenti impunè non pareatur, *l. fin. sup. de jurisd.* 69 *Ad hoc tamen comparere tenetur citatus, ut alleget sua privilegia, & praetor aestimet; an sua sit jurisdictio, *l 3. h. t.* Nisi notorium fuerit, citatum non esse de territorio citantis *Clem. Pastoralis, § Illud de sent. excom* cum, quae certa sunt non amplius sunt certioranda. Hinc notoriè Clericus habitus, captus à laico, judici suo restituendus: uti & is, pro quo praesumitur, propter clericalem habitum & tonsuram, *c. Si judex 12. de sent excom. in 6* Si dubitetur, an clericus sit, res ea inquirenda per ecclesiasticum Judicem; quòd caussa videatur ecclesiastica, *d. c. 12.* Covarr. *pract qq. c 33. in princ. n 1.* Interim Judex laicus supersedebit quidem de qualitate delicti cognoscere. *c. 3 ꝥ de ordin cognit.* non videtur tamen teneri relaxare incarceratum, cum pendente judicio nihil sit innovandum, secundum

Innoc.

Innoc. in c. Vt fama 35. ꝟ de sent. excomm. quam sententiam tutorem judicat Covarr. d. loco n. 2. in fine.

70 Quantum ad forum competens, illud æstimatur; Primo, ex Domicilio, quod certum quis aliquo in loco habet, in quo larem rerúmque ac fortunarum suarum summam constituit, inde non recessurus, si nihil avocet, l. cives 7. C. de incolis lib. 10. Unde incolæ ibi conveniuntur, ubi habitant, quatenus ibi hærent. Nam domicilium, habitationis saltèm (originis enim semper manet, cum sit naturale, l. Origine, cod. de municipib. lib. 10.) pro lubitu mutari potest, aliò transferendo rerum suarum ac fortunarum substantiam, l. Domicilium 20. inf. ad municip. * Studiosi non censentur domicilium habere in loco Studii, nec sunt subjecti Episcopo quoad Ordinem susceptionem, cùm sit iis non animus ibidem permanendi, nec rerum suarum summam ibi posuerint, nisi per decem annos ibidem hæserint, l. 2. C. de incolis. Rectè tamen ibi conveniuntur, ratione contractûs & delicti, Auth. habita, C. ne filius pro patre, qua de re mox. Quoad Sacramentorum tamen perceptionem, Pastorem loci, ut agnoscant, cogit necessitas.

71

72 Regula autem supradicta, quòd quisque necessariò conveniendus sit, ac defendi debeat, ubi domicilium habet, ita obtinet, ut, nisi ibi defendatur, bona ejus possideantur: quod tamen exceptionem in variis patitur. Et primò, in hæredi defuncti, qui eò loci defendi debet, ubi debuit defunctus, l. Hæres absens 19. in princ. hoc tit. Cujus ratio est, quòd hæres & defunctus censeantur eadem persona, quòdque jus & domicilium defuncti transeant in hæredem. Et hoc ita in judicio iam suscepto per ipsum defunctum, l. si is qui Romæ 34. h. t. ubi subiungitur ratio, quia succedit in locum eius, à quo hæres relictus. Si iudicium non susceperit defunctus, non alias convenietur eius hæres in loco, ubi potuit conveniri defunctus, quàm si ibidem inveniatur, secundùm d. l. 19. in princ. quæ lex videtur distinguere inter primum & secundum casum. Et ratio est, quia, ubi cœpit iudicium, ibi & finiendum, l. ubi 30. h. t. quæ ratio non habet locum necdum cœpto iudicio. Additur autem in ista l. 19. non posse hæredem se excusare proprio privilegio, nisi clausum sit in corpore Juris, cuius ordinis sunt Legati, Studiosi, Clerici, qui an laicorum hæredes existentes coram laico iudice conveniantur, dixi suprà & ad tit. Decretal. ꝟ de foro compet.

73 Secundò patitur exceptionem, ratione Contractûs, qui facit aliquem conveniri, ubi ille initus: censentur enim contrahentes & loci legibus se accommodasse, & ibidem solutionem fieri voluisse, l. 1. 2. 3. inf. de reb. auct. jud. possid. Nisi convenerit alibi solutionem fieri, quo casu conveniri loco convento poterit reus, quòd ibi contractum videatur, d. l. 3. & l. contraxisse 21. inf. de oblig. & act. Et hoc non tantùm, si expressè conventum, verùm etsi tacitè. Unde mulier dotem exigit in loco contractûs matrimonii, sed ubi maritus domicilium habet, quòd in illud transitura mulier, ut & dos eò loci collata videatur, l. exigere 65. h. t. nisi aliter conventum fuerit, uti potest, arg. d. l. 19. § Proinde. Similiter cum advena citò decessuro contractus initus habet conditionem tacitam, ne ab illo exigatur in loco contractûs, sed domicilii, d. § Proinde; nisi contractus sit circa ea, quæ secùdum naturam contractûs statim sunt expedienda, d. §. Proinde. Si tamen tabernam sive officinam ibi habuerit advena, ibidem conveniendus erit, quia verisimiliter cum eo contrahens ignoraverit eum statim recessurum. Quòd si reus in loco contractûs non compareat, citari poterit à iudice loci, non quidem ad eum effectum, ut personæ eius officiatur, quia non est subiecta, sed, ut fiat missio in bona ibi existentia. Si ea nulla ibidem sint, decernetur, missio in bona alibi existentia, cuius executio fiet per iudicem loci c. Romana, §. Contrahentes, de foro compet. in 6. Covarr. pract. qq. c. 10. n. 4. Licèt autem contrahendo sequamur forum contractus, nihil tamen impedit, quo minùs reus in foro domicilii aut alibi inventus conveniatur, d. l. 19. in fine, qua de re infrà, tit. de eo quod certo loco. Vide Bionch. sent. 2. ass. 73.

74 III. Ratione delicti: in cuius enim territorio quis deliquit, ibi exspectat iudicium, quia delinquendo ille se subiicit, l. unica, C ubi de crimin. agi oporteat, ita, ut domum revocare nequeat, & omne privilegiũ cesset, Auth qua in provincia, C. d. t. Non minùs tamen & in loco domicilii accusari potest, & quocũque in loco inventus, d. l. un. ne crimina maneãt impunita. Alibi tamẽ captum repetere licet judici loci delicti, Nov. ut nulli judicium &c. 134 § Si verò quis, & l. 7. inf. de custod. reor Ratio est, tum ut auferatur actori facultas probationum, quæ ibi facilior: tum præcipuè quòd ibi quis sit puniendus, ubi deliquit, ut, quod exemplo nocuit, pœna emendetur, & solatio sit cognatis & adfinibus, c. Capitalium 2. §. pen. inf. de pœnis. Quæ ratio efficit, ut etiam post sententiam à judice loci, ubi captus reus, facienda sit remissio, ut rectè tradit Alex. in l. à D. Pio, §. Sententiam, col 2. inf. de re judic. in quam sententiam & inclinat Covarr. pract. qq. c. 11. n 6. in fine. Est autem ista remissio necessaria ad petitionem judici loci delicti, in gravioribus criminibus: ut judex remittere nolens opp sit extra pœnam, d § Si verò quis. Et hoc

ita inter iudices, qui subsunt unius eiusdem imperio, non etiam si diversis. Boër. *decis. 29.* Quamvis & hoc casu non sit deneganda remissio, ex benignitate, propter rationem supra positam, etiam in casu, quo inferior iudex petit remitti sibi captum à superiore, licèt hic non teneatur, ut tradit Chassan. *ad consuet: Burg. Rub. 12. §. 1. n 16.* & Oldradus *cons. 124.* Remissio itaque facienda non nisi ad petitionem iudicis loci delicti: aliàs nihil est, quod alterum iudicem impediat procedere in caussa *d. § Si quis.*

75 De mandante delictum quæri posset, ubi nam puniendus? Et verius est, eum etiam in loco delicti puniendum esse? cùm non teneatur ratione mandati, in loco, ubi mandavit, quia illud turpe non obligat. sed ratione delicti perpetrati. Clarus *§ fin. q. 38. n. 5.* Fachin. *9 contr. c. 25.*

IV. Ratione Rei, de qua quæstio: ut enim in 76 personam agens, eam sequitur, sic etiam agens in rem eam, ubi sita est, petit, *l. fin. C. ubi in rem actio exerc. deb.* & quidem contra possessorem, *l. 1. C. d. t.* Qui frustra nominabit, sive laudabit suum auctorem, etiam in aliena provincia existentem: nec enim hoc mutat ius actotis, *l. 1. C eod.* cùm non tam persona, quam res, conveniatur. & de possessione, quæ penes eum est, restituenda agitur, cuius defensio principaliter ad possessorem spectat, *l sæpe inf. de re iud.* Quod ita accipe de eo, qui suo nomine possidet, & restituendæ rei facultatem habet, non etiam de eo, qui tenet nomine alieno, uti colonus, depositarius & similes, qui laudando suum auctorem satisfaciunt, nec iudicium reale sustinere coguntur, *l. C. d. t.* Auctor nominatur si non comparuerit, interrumpetur eius possessio, facitque eiusdē contumacia, ut summariâ cognitione præmissâ, actor in possessionem mittatur, reo servatâ suâ defensione super principali, *d. l 2.* Res sit mobilis, an immobilis, non interest, *d. l. fin.* * Fideicommissum 77 actione reali petendum, ubi hæreditas relicta, *l. 1. C. ubi fideicomm. peti oport* aut maior eius pars, *l si fideicommissum 50. h t.* Quod & idem dicendum de legato, quia hæres sequitur forum rei: potest tamen & alibi peti, ubi res est, sive agatur reali sive personali, *l quod legatum 38. & l sed etsi 52. § pen. h. t* Legatum, quod constat pondere, numero, mensurâ, ibi dandum, ubi petitur, nisi aliud ex 78 verbis colligatur, *d. l. 38.* * In possessionem hæreditatis missio facienda, ubi res sitæ. *l. 1. C ubi de hæred. agat.* Posset nihilominus conveniri possessor in loco domicili, si malit actor. Nam commune omnium caussarum, ut quisque, ubi degit, rectè conveniatur, si actor elegerit. Imò non aliàs videtur posse procedere actor in rem, contra possessorem, in loco rei, quàm si ibi degat, aut inveniatur: quòd iniquissimum sit, aliquem ex loco domicilii extrahi ad locum, ubi res sita, cum sui detrimento. Cujac. *ad tit. C ubi de hæred.* Quod videtur probari *l. 1. C. d. t.* Praxi tamen hoc non receptum, & Justin. *Nov ut omnes iudices 69.* subjicit reum loco, ubi res vel hypotheca sita.

79 Quæstionis est, an Clericus ratione rei possit conveniri coram laico? Quod videri possit, cùm secundùm dicta, non tam conveniatur persona & damnetur, quàm res: argumento servitutū, in quibus sententia dicitur fundo dari, ut & fundo adquiri, *l 7 inf. de public. & vectigal.* & ita judicatū in Camera tradit Gail. *1. obs. 37 n. 4.* Mynsf *cent. 4. obs 22. n 2 & seq.* Et videtur eò facere *c. Cùm Clerici 9. ꝟ de foro compet.* quod negat personali actione Clericū conveniri posse corā laico ut in reali videantur admittere. Contraria tamen sententia, ne quidem ratione rei coram laico Clericum conveniri posse, de jure vera est, *per c Si diligenti 2. ꝟ d t.* quod expressè prohibet Clericos in criminali aut Civili negotio, suo foro relicto, secularia judicia subire Nec facit quòd iste text. loquatur de civili negotio: nā & reale negotiū civile est, atque ita sub isto verbo indistinctè prolata omnia cōprehenduntur, ad quæ ejus significatio se extendit Et facit, quòd singulariter excipiatur caussa feudalis, qua de re infra Nihil obstat, quòd dicatur jus dici rei, non personæ, argumento servitutū: nam & in his actio personā concernit, *l 1. inf si servit. vindit* & illa restituere cogitur Præterea in restituenda re per Clericum concurrunt multa personalia, uti fructus & alia. Contrarium quidē habet praxis in aliquibus locis, ut in Francia & Anglia, quæ tamen dānatur à multis, ut iniqua ministris Dei, eos avocans, à sacro ministerio. Magis probantur Hispaniarū mores, apud quos sacerdotibus & sacris rebus plus defertur venerationis & reverentiæ, atque in realibus corā suo judice Clerici conveniuntur Vid Covarr. *pract. q c 32. & seq.*

V. Ratione caussæ, quæ ecclesiastica tractanda coram judice ecclesiastico, uti matrimonialis, de qua nequidem incidenter cognoscit laicus, *cap. 2. 5 7. ꝟ qui filii sint legit.* beneficiorum, decimarum, juramenti, & similium * Feudalis caussa 80 si ab Ecclesia dependeat, cognoscenda ab Ecclesia: si ab imperatore, aut alio laico, coram eo, tractanda, etiamsi a Clerico feudum obtineatur, *cap. 6. & 7 ꝟ de foro compet.* Feudum enim res est domini, cujus interest bonum habere vasallū, qui proinde de iure eius cognoscit tamquam superior Caussa liberalis apud præsidem provinciæ deciditur, *l. 2. C.*

de ordine cognit. cùm sit cognitionis, non ordinarii juris: ut magistratus de ea cognoscat, non etiam delegatus, nisi incidenter, *l. 1. C. de ord. judic.* Quæ de delegato Præsidis accipienda; alias directè contradiceret *l. 5. C. eod.*

81 Quæri hic posset, an caussa possessoria rei spiritualis tractari possit per judicem laicum? De rigore juris non videtur, siquidem caussa possessoria rei spiritualis sit spiritualis atque ita tractanda per suū judicem. Quòd facit, quod ad ejus justificationem necessaria sit aliqua probatio tituli apparentis. Deinde in hac caussa damnari contingeret Clericum per judicem laicum, quod non respondet canonibus, ut mox dicetur. De consuetudine tamen contrarium invaluit, quatenus nihil proprietaris admixtum est. Quæ toleranda aliquibus videtur, quod possessorii caussa videatur non tam spiritualis, quàm temporalis. Gail. 1. *obs. c. 38.* Eam tamen damnandam judicat Covarr. *pract. quæst. c. 35.*

82 VI. Ratione Privilegii personæ competentis: quale est militibus, quibus attributus suus judex, Magister scilicet militum, *l. pen. Cod. de jurisd.* ne à suis signis avocentur. Studiosis datum, ut utrum malint, coram suo magistro aut Episcopo loci conveniantur, *Auth. habita, C. ne filius pro patre.* Hujus Academiæ Studiosis illud præterea privilegii indultum, ut suos debitores etiam alia in provincia degentes; corā conservatore privilegiorum evocare possint; quod & Academiæ Parisiensis studiosis datum. Artifices eandem negotiationem profitentes coram judice sui opificii suas caussas tractant, *l. fin. C. de jurisd.*

83 * Pupillis, viduis, & miserabilibus personis concessum, pietatis intuitu, ad principis tribunal evocare, & agendo & defendendo, si negotium sit cum potentiori, quem perhorrescant, & adversus quem justum non facile obtineant, *l. un. Cod. quando Imp. pupillos vel viduas &c.* Pupilli nomine venit patre carens; vidua honesta mulier marito privata, sive per mortem, sive per captivitatem, sive per exilium: nam & in ea locum habet ratio privilegii, de quo *in d. l. unica,* quia scilicet viri adjutorio careat. Miserabiles sunt debiles, & valetudinarii, & qui indigent alienâ ope, de quibus latè Menoch. 2 *arbitr. casu 66. n. 11.* Volunt autem privilegium hoc tantùm procedere in pupillis & viduis pauperibus, non etiam divitibus, propter adjectas miserabiles personas: vult tamen Covarr. *pract. qq. c. 6. n. 2.* id privilegii etiam divitibus competere, excepto eo, quòd iis non sit subveniendum publicis expensis. Idem vult Menoch. *d. n. 11.* Virgini nubili idem non videtur competere, quòd dici vidua non nisi latè sumpto vocabulo possit: posset tamen eidem attribui arbitrio judicis tamquam miserabili personæ. Est & amplitudini Senatorum datum ut non nisi coram principe, aut eo, cui cognitio commissa, conveniantur, *l. fin. Cod. ubi Senat. conven.*

84 Clerici judicem agnoscunt ecclesiasticum, neutiquam laicum, qui damnabilis præsumptionis notatur, *c. 2. de foro compet. in 6.* Clericos damnare præsumens excommunicationi subjicitur, *c. 2. & d. t.* Adeò ut nequidem Clerici foro suo renuntient, sive expressè, sive tacitè, etiam cum juramento, *c. Si diligenti 2. & eod.* quòd privilegium hoc non tam personæ sit datum, quàm toti ordini, cui injuria irrogaretur, si Clericus, qui laico dignior ab eo judicaretur. Ut privilegium hoc sit publicum, cui nemo renuntiat: qua de re latiùs *ad tit. & de foro compet.* Ut & de hac quæstione, an Clericus laici hæres coram laico defendi habeat? In qua communiter distinguitur, an judicium per defunctum fuerit inchoatum, nec ne. Ut priori casu sit perficiendum coram laico per Clericum qui eadem persona cum defuncto; & quia secundum jus commune ibi judicium perficiendum ubi cœptum, *l. ubi 30. h. t.* Facit & quòd continentia caussæ dividi non debeat. Et hanc sententiam ut communem & veram probat Covarr. *pract. qq. c. 8. n. 2. & 3 ubi alios citat.* Posteriori casu res magis est dubia: cum non desint qui velint etiam tum Clericum conveniendum esse coram laico; ex eo, quòd non debeat obligationi qualitas mutari ex persona hæredi, quæ repræsentat defunctum, nec excusetur proprio privilegio, *l. hæres 19 in princ. hoc tit.* Quam sententiam tenet Vasq. *de success. tomo 1. §. 2. num. 70.* Veriùs tamen est tunc Clericum conveniendum esse coram suo judice ecclesiastico; juxta decisionem *d. c. 12.* Quæ est & Bartoli sententia *in d. l. 19. ubi communiter doct.* Jason *ad Auth. quas actiones n. 39. C. SS. Eccles.* Covarr. *d. loco n. 4.* Et ratio est, quod licèt occasione laici conveniatur, proximè tamen ratione patrimonii, quod iam suum est, non etiam amplius defuncti, qui vivus numquam impetitus. Contra mortuum autem neque petitio neque processus fundari potest, *l. de qua re 74 §. 3. h. t.*

85 Clericus itaque est privilegium, ne conveniantur coram laico. Ut idem etiam competat Rom. Pontifici, quem impudenter nimis imbuti hæreticâ pravitate Imperatori subjiciunt, ejusque vasallum faciunt, cum ipse Pontifex judicet etiā imperatorem, eo modo, quo reliquos Christianos. Quòd facit *can. si Papa, dist. 40.* ubi Pont. dicitur à nullo judicandus, qui omnes judicat. Excipitur tamen ibi caussâ hæreseos, quæ facit cū desinere esse membrū

Ecclesiæ & proinde etiam pontificem, cum secundum omnes patres hæreticus amittat jurisdictionem: ut non sit mirum, talem ab Ecclesia puniri posse, qua de re latius Bellarm *de pontif. lib 3 c.30.*

86 Dicta de Clericorum immunitate à jurisdictione laica procedunt in iis tantum, qui pro tempore Clerici sunt, non etiam in iis, quæ ante clericatum sunt gesta: nec enim clericatus superveniens quidquam prodest, *l. si quis 7. hoc tit.* cùm, ubi cœptum judicium, ubi sit finiendum. Quod & obtinet, etiamsi reus solummodo fuerit citatus, *c. pen. ꝟ de foro compet.* Et licèt citatio non ponat litem contestatam, ante quam non potest dici cœptum judicium, facit tamen litem pendere, *Clem. 2. ut lite non contest.* & per eam jurisdictionem esse præventam, à qua se facto suo non eximit reus. Cujacius *ad d. l. 7.*

87 Legati Romæ existentes, etsi videantur ibi domicilium sortiri, quòd Roma olim sedes imperii, domicilium orbis Romani, patria communis esset, *l. Roma 33. inf. ad municip.* (quod jus hodie urbes Regiæ non habent) ut ibi conveniri possint: habent tamen ejus revocandi domum, *l. 2. §. Legatis, h. t.* id est, postulandi litem transferri in locum domicilii. Quod ita inductũ, ne occasione litis à munere publico impediantur. Quæ ratio etiã obtinet, quando Romæ contraxerunt, aut ibi soluturos se constituerunt, *l. si quis 8. h. t.* Cessat verò ista ratio & privilegium in casu, quo ipso tempore legationis ibi contraxerunt, *d. l. 2. §. Omnes*; quia alias daretur potestas transferendi domum res alienas, *l. si legationis 25. h. t.* Cujac. 13. *obs. c. 17.* Bronch. *cent. 1. ass 68.* Excipe aditionem hæreditatis, cujus nomine etsi quasi contrahant, non competit tamen in eos actio, *l. de iis 26. h. t.* quòd res ista multum habeat negotii, possitque per eam impediri legatio. Legatarii tam & creditores, nisi iis satisderur, mittentur in bonorum possessionem, *d. l. 26.* Restituere hæreditatem rogati, cogi possunt Romæ adire, & restituere, quia res ista levis est, *l. sed etsi 28. h. t.* Agentes quoque in loco legationis (etsi non facilè id iis permissum, *l. 8. in fine inf. de legationib.*) in ea caussa sunt, ut ibi reconveniantur, *d. §. Omnes*; uti &, si perfectâ legatione ibi subsistant: cessat enim supradicta ratio impedimenti, *d. l. 2. §. Sed si agant, & l. qui non cogitur 22. h. tit.* Injuriam tamen suam aut damnum, quod passi, prosequentes, juri revocandi domum non præjudicant, ne alias impunè damnis aut contumeliis afficiantur, *d. l. 2. §. Sed etsi.* Ut & est provocantibus jus revocandi salvum, quia necessariò agunt, non voluntariè, *l. 2 §. Ei quoque h. t.* Ratione delicti omnino Romæ conveniuntur, ne illis sit impunè delinquere, *l. non aliàs 24. d. §. 1 h. t.* Est & jus revocandi domum iis, qui ex caussa necessaria sunt evocati, ut tutelæ, testimonii, dicendi, aut alterius negotii peragendi, *d. l. 2. §. Nam & D. Pius*: quo tamen jure facilè excidunt, ut videre est *in d. l. 2.* Vide Covarr. *pract. qq c 5.*

88 Denique alienum judicem experiri facit reconventio. Nam agens coram judice rei, ab eodem reconventus coram eodem, eum ut incompetentem non detrectat, quòd cujus in agendo observat judicium, eum contra se habere judicem non debeat dedignari, *l. cum Papinianus 14. & Auth. & consequenter C. de sentent.* Idem colligitur *ex d. l. qui non cogitur 22. h. t.* ubi qui non cogitur in aliquo loco judicium pati, si ipse ibi agat cogitur & excipere actiones; quod & videtur statutum canonibus, *ꝟ de mut. petitionib.* Quomodo etsi judex tantum possit judicare usque ad certam quantitatem, poterit tamen & de majori cognoscere ratione reconventionis, *l si idem 11. § 1 sup de jurisd.* idque, ut lites facilius dirimantur: quod & respondet bono publico.

89 Quæstio est, an secundum canones Clericus laicum conveniens coram ejus judice, reconveniri coram eodem possit? Pro negativa militare videtur rescriptum Pont. *in c Si diligenti 12. ꝟ de foro compet.* quo expressè statutum, Clericum ne quidem pacto expresso, & per juramentum vallato, posse in se prorogare jurisdictionem laici, propter rationes suprà allatas. Quam sententiam propugnat Ant. Faber 2. *conject c. 7.* accipiens *d. l. 14. & Auth. & consequenter*, in casu, quo non sunt omnino separatæ jurisdictiones, quo scilicet possint partes in alienum judicem consentire, non quò consentire non possint, ut in quæstione proposita. Quæ sententia ut non sit improbabilis, communius tamen receptum, Clericum agentem coram laico, coram eodem respondere cogi, Gl *in c. 1. ꝟ de mutua petit. & in c. 4. ꝟ h. t.* Felin. *ibid. n. 8. 9. 10.* Panorm. *in d. c. 4. n. 21.* Et videtur pro hac parte esse, *c. 2. ꝟ de mutua petit.* ubi Pont. indistinctè approbat reconventionem, caussâ boni publici. Facit ratio naturalis defensionis, quâ jus reconveniendi nititur, & bonum publicum. Nec obstat dictum *c. 12.* nam illud communiter accipitur, quando fit principaliter jurisdictionis prorogatio per hominem: non etiam, quando per legem: & ex consequenti, ut in casu præsenti, quo non tam judicatur Clericus, quàm id agitur, ut prima & principalis caussa facilius terminetur. Et ut videatur judici licentia dari sententiam contra actorem Clericum ferendi, & quid facturum daturũ pronuntiandi bonum tamen publicum ita postulat *secundum can. 3. 11. q. 8.* quo videtur approbari decisio

cisso d. l. 14. Nihil facit dictum Fabri, qui l. 14. restringit ad casum, quo non sunt omnino separatæ jurisdictiones, cum lex indistinctè loquatur, & ratio eius sit generalis. Atque hoc ita, nisi sit caussa spiritualis, cuius cognitio neutiquam spectare potest ad laicum. Fallit & in casu, quo Clericus injuriarum egit contra laicum; neque enim rectè ab eodem reconvenietur coram eius judice, arg. l. 2. sed etsi, hoc tit. ne aliàs à laico impunè Clericus iniuriam sentiat.

90 Cæterum proponenda reconventio tempori, hoc est vel ante litem contestatam, vel cum ipsa contestatione, vel incontinenti post, d. Auth. & consequenter & d. c. . de mut. petit. ut injiciat necessitatem simultanei processus, d. c. 2. Ut scil pari passu utraque caussa ambulet, utraque etiam simul decurrat. Neque enim maiori diligentiâ conventionis, quã recõventionis caussa accelerãda, cũ quod in una locum habet etiam in altera sit observandum, d. c. 2. Qui in re si judex peccet, erit parti læsæ salva appellatio. Si detrectaverit actor respondere reconventioni, denegabitur illi audientia. Hoc ita, nisi in limine judicii nequeat de meritis caussæ conventionalis, reconventionalis autem altiorè requirat indaginem: tunc enim iniquum foret illi per hanc injici moram, ut rectè ex Mariano Socino in d. c. 1 n. 59 & d. c. 2. n. 17. tradit Wames. cons. de iure can. 27 n. 5. Proponi verò potest hæc reconventio sive coram Judice ordinario, sive corã delegato, nam & in hoc habet locum ratio d l. 14. Idem est si prorogatus sit judex ex consensu alterius, non etiam ex communi partium consensu sit electus: qui est instar arbitri, coram quo non est locus reconventioni, c. 6 x de arbit. cum arbitri non excedant fines compromissi.

91 Habet locum non tantùm in actionibus personalibus, sed & in iis, quibus agitur in rem, licèt hoc non placeat Ant Fabro z. conject. c. 8 Nam, ut dictum suprà, etiam in realibus persona possessoris dicitur conveniri. Nec facit, quòd in realibus non sit locus compensationi: nam non semper agitur reconveniendo, ut fiat compensatio; sed ut sciatur in eodem judicio, in quantum vel ad quid vicissim obligetur ipse actor reo, in litium abbreviationem.

92 In criminalibus non obtinet, quòd non relatione criminis, sed purgatione reus fiat innocens, can 1 2 can. prius 3. q. 11. Deinde reconventioni non est locus, nisi quatenus quæritur reconvenienti: in criminalibus autem non quæritur, nisi agatur civiliter, tunc enim pœna cedit parti, in qua etiam habet locum compensatio, l. si ambo, §. 1 inf. de compens.

93 In caussis executivis non videtur admittenda recõventio, quòd non supersit ulla cognitio, sed tantũ executio, Bald. in d. Auth. & consequenter Quo modo & in caussis spolii non admittitur, quia spoliatus ante omnia restituendus: nisi super spolio, quia caussa hæc æque favorabilis. Præiudicialis etiam caussa non admittit reconventionem, quòd semper præmittenda sit cognitio, per reconventionem non retardãda. Qua de caussa nec in summariis admittitur, quæ accelerationem desiderat, nisi forte quoad judicis prorogationem; quod & dicendum in causa depositi, Maranta p. 4. dist. 6. n 38 & 39.

94 Dubitatur, an in caussa appellationis sit admittenda reconventio? Negat Bart. ad d. Auth. & consequenter n 15. Quæ sententia posset confirmari hoc argumento. Nam aut reus appellat, & frustra conveniet actor, quia videretur iteratò convenire: aut appellat actor & reus victor reconventione non indiget. Adde, quòd Judex appellationis non habeat iurisdictionem, nisi in caussa appellationis. Posset tamen videri ex parte rei licita esse reconventio, quòd adhuc reus sit, inspectâ prima instantia, & quòd Judex appellationis succedat in locum Judicis à quo, atque ita cum suis qualitatibus, ut surrogatum sapiat naturam eius, in cuius locum surrogatur Præses in loco à vi surrogationis n. 18. Hac de re plura tractantur infrà, ad tit de judicata.

95 Hæc ita de Judice competente: coram quo iudicium est inchoandum per litis contestationem, quæ est rei ad principalem actoris petitionem responsio, animo contestandi litem. Nisi tamen is suspectus sit alteri, ratione inimicitiæ aut consanguinitatis, affinitatis aut nimiæ familiaritatis cum adversario, cujus advocatus fuit, aut ad cujus petitionem judex datus. quæ dicitur res esse mali exempli, in l. observandũ 47 h. t. ut meritò parti permissum sit recusare: talẽ judicem, id est declinare ejus cognitionem, l. apertissimi 16. C. h. t. quòd videatur cõtroversiã non diremturus secundùm justitiã. & quia dictæ affectiones plus judicem non rarò commoveat quàm lex in Codice, ut habet vulgate dictum.

96 Delegatum iudicem recusari posse non est dubium, cùm de eo expressè agat d. l. 16 Ordinariam iure civili recusari nõ posse. colligunt ex d l. 16. quæ tantum delegati meminit: & ex Auth. si verò contigerit, C. h. tit. quæ ordinario, in casu, quo subest suspicio, vult aliquem adiungendũ. Et ita habet communis opinio, Bulgarũ nacta patronum, fundatã in præsumpta fide & iustitia ordinarii; aut in eo, quòd non debeat splendor magistratùs obscurari recusatione Covarr. pract. quæst cap 26. n. 2. Bronch. cent. 1. ass. 66. Videtur tamen ei obstare, quod delegatus etiam à principe recusari possit, & removendus sit, d. l. 16. qui tamen est maior ordinario. Deinde quòd

ratio-

ratio ibi alllata, quòd scil. sine suspicione lites procedere debeant, etiam obtineat in ordinario. Facit *l. 4. C. de jurisd.* quæ habet, quòd post litem contestatam ordinariæ sedis examen recusari non possit, ut ante possit, *per arg. à contrario*. Nec obstat *d. Auth. si vero*, cùm videatur non tam necessitatem inferre, quàm consilium dare, *secundùm Nov. de exhib. reis 53. §. Illud*, ubi datur licentia reo vel recusandi judicem, quem suspectum habet, vel alium cum eo judicē petere. Quæ Martini veteris Glossat. fuit sententia, in quam videtur inclinare Cujac. *9. obs. c. 23. & 27. obs. c. 26. in fine* licèt dubius. Adde Zas. *in d. l. 16 C. hoc tit. n. 7. & seq.* & Bachov. *ad Treutl. vol. 1. disp. 12. th. 11 lit. h.*

De jure canonico res est expedita, cùm eo etiam 97 ordinarius recusetur, ablatâ ei caussæ cognitione, ut lites sine suspicione procedant, *c. Cum speciali 61 ꝟ de appellat.* & huic praxis variis in locis se accómodat.* Est & illa differentia inter hæc jura, quòd 98 civili per partes sint adsumendi arbitri, qui caussam ipsam determinent qui si discordent, præsidis est eos designare, *l. fin. C. h. t.* Canonico verò arbitri eligantur, qui de caussa suspicionis cognoscant, *d. c. 61.* quâ non inventâ sufficiente, idem judex cognitionem readsumat, *c. Secundo requiris 41. in fine ꝟ de appellat.* Quod rationis est, ne cuilibet sit integrum pro lubitu suspectum habere judicem, eique notam adspergere.

Ita autem effectum recusatio sortietur, si tempo- 99 ri objiciatur, & ut habet communis opinio, ante litem contestatam, cùm spectet ad exceptiones dilatorias, quæ ante litem inchoatam proponendæ, & probat *d. l. 16.* Aliàs in judicem quis consensisse videbitur, *c. Inter 20. ꝟ de sent. excō.* & postea non audietur. Nisi tamen nova caussa recusationis innotuerit antea aut nulla aut incomperta: tunc enim ratio recusationem admittit, præmisso tamen jure jurando ignorantiæ, *c. Insinuante 25. ꝟ de off. deleg.* Cujac. *9 obs. c. 23.* & Covarr. *d. c. 26. n. 2.* Proponenda autem recusatio libello, apud acta, continente caussam *l. fin. C hoc tit.* Si nihil judici opponatur, in caussa ille procedet, & sententiam super ea pronuntiabit.

Ne autem officium & labor sit sine præmio sportulas illi permissum recipere; olim pro caussæ summa, *secundùm Nov. de judicib 82* hodie pro ratione laboris æstimantur: quæ debentur etiam viatoribus & executoribus. Derivatū nomen illud a Sportis, id est calathis ex vimine contextis, in quibus tam stipes, quæ primo mane salutandi gratiâ convenientibus distribuebantur, quam cœnæ & convivia eius officii nomine præstari solita reponebantur. Translatum inde ad ipsas stipes & obsonia & tandem ad salaria, quæ officii nomine præstabantur, ad stipendia sacerdotum, aliasque erogationes. 100

Caveat autem judex ne non tam pretium mereatur, quàm pœnam, dum malè judicando litem faciat suam, transferendo in se damnum litis: eum, si dolo malo, & sordibus vel evidenti gratiâ sententiam malè dixerit veram litis æstimationem præstare cogatur, *l. filius familias 15. §. 1. hoc tit.* fiat etiam infamis. & alias pœnas subeat, *l. fin. C. de pœna judic. qui malè judic.* Si verò per imprudentiam, non quidem veram æstimationem litis, sed quantum æquum videbitur religioni judicantis, præstet, *l. fin. inf. de extraord. cognit.* idque actione in factum, quæ quia pœnalis in hæredem non datur, *l Julianus 16. hoc tit.* Vide Menoch. *2. arbitr. casu 339. & 342.* Bachov. *ad Treutl vol. 1. disput. 12. th. 14. lit. c. & d.* 101

ADDITAMENTA

Ad lib. V. ff. tit. I. de Judiciis.

Quàm periculosum sit in judicio contendere, & quæ infinita incommoda lis habeat, nemo est qui nesciat: In controversiis enim caussarum capitales inimicitiæ oriuntur, fit amissio expensarum, labor animi exercetur, corpus quotidie fatigatur, multa & inhonesta crimina inde consequuntur, bona & inutilia opera postponuntur; Et qui sæpe credunt obtinere, frequenter succumbunt ac si obtinent, computatis laboribus & expensis nihil acquirunt, &c. Est inscriptio Prætorii Mediolanensis sec. Chyti *in delit. itin. pag. 244.* Hinc sane præstat DEUM quotidie precari, ex hymnis ecclesiasticis: *Dissolve litis vincula: astringe pacis fœdera. Ne litis horror insonet: Extingue flammas litium*, refert Hieron. Gonzal *sup. reg. 8. cancell. §. 7 proœm. n. 17.* Quia autem non semper expedit, jus suum in discussum relinquere *c. Novit*

23. ✠ § de Iudic. Lev. 19, vers. 15, Deut. 1, vers. 17, Judicis est, partibus, antequam litigii telam ingrediantur, consulere, ut res amicè componatur: Quod hactenus laudabiliter, in omnibus ferè Europæ provinciis obtinui: D. Gallia testatur Anton. Fab in Cod. lib. 9. tit. 22, de Italia Jas. vol. 1, Consil. 31. Fulgos Consil 152. De Germania Ventur. de Valent. in parthen. litigios. lib. 2, c. 4, n. 10, Die Ordnung deß neuen Reichs-Hoffraths tit. 2. §. dieweil aber ꝛc quam allegat Lymn. De jur. Publ. lib. 9 c 4. Quò pertinet quod habet Nov Recess. Imp. Ratisb. de anno 1654. §. Zweitens solle der Richter erster Instantz/ die Partheyen in zweiffelhafften Sachen/ nit allein vor angefangenem Rechtsstand und litis contestation sondern auch in quacunque parte Iudicii, durch alle dienliche Mittel und Weg/ auch schiedliche Erinnerungen / in Güte von einander zu setzen / und hierdurch/ alle weitläuff-tige/kostspaltige Rechtsfertigung zu verhüten sich befleissen/ ꝛc. Num autem Judex litigaturos, ad concordiam compellere & cogere possit? vid. eleg. Carpzov. part. 1, constitut. 1, def. 11. Gail. 2, de P. P. c. 18, n. 5, 6 & seqq. VVes. cons. 21, n. 1.

Ad n. II. An valeat consuetudo, ut quis sit Judex in propria causa? vid. Gail. 1. obs. 1. n. 18. per ibid. allegat.

Ad n. V. Quoad Judicem, partes Judicii, cum ordinarii, tum summarii sunt 1. Præparatio ad Judicium, Citatio 2. Cognitio causæ, 3. Sententia, 4. Executio Judicati. Quoad litigantes 1. Petitio citationis, 2. litis contestatio, 3. Causæ disceptatio, 4. Probatio, 5. Conclusio.

Ad n. VII. In quibus causis habeatur summarium Judicium? vid. eleg. Schot. in Exam. Iurid. pag. 107.

Ad n. X. Tales sunt, Imperator, Reges, Electores, Duces Comites: Tales etiam esse Assessores Cameræ, indubitatè affirmat Gail. 1. obs. 53. n. 1, & obs. 41, n. 5. Bender. tract de revis. concl. 1, num. 35. Schvvanm. obs. Cam. 3, n. 3. & obs. 15. num. 2. Status Imperii, ubi & quomodo se invicem, vi Austregarum convenire possint. vid remissivè Treutl. vol. 1. disp 11. th. 7. lit a. Cammergerichts-Ordnung. pag. 1. c. 2. 3. 4. & 5. Besold. in thes. Pract. verb. Austreg. Schvvanm. Process. Cam. lib. 1. c. 2. & 3. ubi num. 13. Observandum monet: quod inter illos modos, de quibus eò usque egit, duo tantum in praxi & Aulis principum observentur: Quorum primus est, de nominandis principibus, à Reo, debitè requisito: Alter de Impetrando à Cæsare Commissario ab Actore agere volente.

Ad n. XXIII. Hic solùm addo, quod præcipit Nov. Recess. Imp. de anno 1654. §. Wie aber zu verhüten ꝛc. b erinnern auch ernstlich/ hiermit und in Krafft dieses/ daß Churfürsten und Stände/ dero Gerichte/ mit qualificirten Leuthen/ also bestellen sollen und wollen / damit sich niemand darüber zu beschwähren/ oder doch/ umb so viel weniger zu beklagen / dahero ursach nehme / als wann dieselbe im Reich/ dermassen übel besetzet/ daß man sich bey ihnen/ in rechtlichen und andern wichtigen Sachen/ einer gleichmässigen Billichkeit jeweilen [illegible] zuversehen habe / und dahero ans Cammergericht zu appelliren getrungen werde/ ꝛc.

Ad n. XXXI. Quid Judici faciendum in causa, admodum ambigua & dubia multorum opinionibus involuta, ut vix appareat, quæ sit communis, & in Judiciis approbata opinio, vid. Treutl. vol 1. disp. 1. th. 1. lit. b. Gail. 1. obs. 153. n. 9. Schot. in Exam. Iurid. pag. 3.

Ad n. LXX. Regula hæc, quod quis propriè dicatur subditus, ratione domicilii, habitationis &c. limitatur in Nobilibus immediatis, uti hoc eleganter deducit Besold. in thes. Pract. verb. Reichs-Ritterschafft pag. 290.

Ad n. LXXIV. Si delictum, Jurisdictionem ei tribuit, qui eam aliàs non habet, Gail. de pignor. c. 3. num. 11. & c. 14. n 3. & 4. & c. 15 n. 2. & 3. & de arrest. c. 7. num. 12. Gylm. tom. 2. Symphor part. 1. vot. 4. n. 36. fol. 41. Nobilis immediatus propter delictum commissum, à Territorii Domino, ubi delictum commissum rectè conveniri & puniri potest. VVeh. in obs. Pract. verb. Landsfürstl. Obrigkeit pag. 461. Etsi hodie ex consuetudine Germaniæ & aliarum politiarum, capti in alieno territorio, non remittantur, sed in loco captivitatis forum sortiantur & puniantur, Althus. Diceol. lib. 3. c. 1. n. 40. Gail. 1. de P. P c. 16. num. 30. 31. Tamen remissiones interdum conceduntur, inter pares, aut minoris ad majorem, non è contra, und lieffern die Fürsten nicht bald/ einem von Adel/ einen maleficianten. Scc. Besold. in thes. Pract. verb. Liefferung der maleficianten in fin.

Ad n. LXXIX. Principes Germaniæ Ecclesiastici, ratione regalium, privilegiorum & beneficiorum, sive bonorum feudalium, quod ab Imperatore & Imperio habent & recognoscunt, immediatè

Imperio subjecti sunt Gail.1. *obs.30.n.1.& seqq. & de P.P.lib.1.c.1.n.12.& seqq.* Vel, ut dicit Besold. *in thes.Pract. verb.* Bischoff: Alle Christliche Prælaten/ seynd von wegen deß H. Reichs-Regalien und Weltlichkeit/oder weltlicher Obrigkeit/dem heiligen Reich unterworffen/ und demselben zugethan rc.

Adn. LXXX. Quis sit Judex competens in caussis feudalibus? vid. eleg. Schwanm. *observ. Cam. 11. per tot.*

Adn. C. An & quæ munera Judex accipere possit. vid. eleg. distinguentem Mynſ. *cent.2.observ. 75.num 7.& seqq.* Treutl. *vol.2.disp 32.th 9.lit.a* Borell. *de comprem. §.5.gl.2. pag.596.* Adde, quoad Cameræ Assessores. Weh. *in O. P. verb.* Leg- und Gerichtsgelt. Quibus ex caussis debeantur expensæ, vid. Besold. *in thes. Pract. verb.* Gerichtskösten. Et Wehn. *in obs. pract. verb. Expens.* Treutl. *vol.1. disp. 12.th.16.per tot.* Gail.1.*obs.151 & 152.* & 1.*obs.60.num.9.* Mynſ *cent.4.obs.55.*

TITVLVS II.

De inofficioso testamento.

SUMMARIUM.

1. *Ratio ordinis.*
2. *Querela inofficiosi testamenti olim, coram Centum viris proposita.*
3. *Querela inofficiosi origo.*
4. *Ex qua caussa competat.*
5. *Competit liberis etiam ulterioris gradus.*
6. *Etiam emancipatis.*
7. *Item posthumo exheredato.*
8. *Item adrogatis; non vero adoptivis extraneis.*
9. *Quartam bonorum adrogatoris ex Constit. Divi Pii soli impuberi adrogato deberi.*
10. *Competit & naturalibus tantum, quoad matrem, non quoad patrem.*
11. *Item legitimatis per subsequens matrimonium.*
12. *Legitimatis per rescriptum Principis quatenus competat.*
13. *Competit ea taliter legitimatis ad petitionem patris.*
14. *Nisi legitimationi addita sit clausula, ne succedat contra tabulas legitimatus.*
15. *Item si non sint alii liberi patri.*
16. *Legitimationem, liberis postea supervenientibus, non retractari.*
17. *Querela datur liberis exheredatis.*
18. *Querelam movere non potest, pater nomine filii.*
19. *Liberis deficientibus datur querela parentibus.*
20. *An pater emancipatus præferatur nepoti ex se in potestate per defunctum retento?*
21. *Fratribus & sororibus querela quando detur.*
22. *Naturales liberi non ideo infames.*
23. *Explicata* l. Fratres 27. C. De inoff. testam.
24. *Testamentum pro parte tantum quà concernit turpem personam, destrui potest.*
25. *Nepotibus querela non datur.*
26. *Ne quidem si concurrant cum suis patruis.*
27. *Querela contra quos detur.*
28. *Datur & contra piam caussam.*
29. *An & contra scriptum testamento veterani militis?*
30. *Quid jure novissimo obtineat circa testamentum filiifam super peculio castrensi vel quasi.*
31. *Constitutio generalis posterior quatenus deroget speciali priori.*
32. *Querela an detur contra fideicommissarium universalem.*
33. *Intellectus* l. 1. C. De inoff. testam.
34. *Querela quo in loco intentanda.*
35. *Proponenda intra quinquennium ab adita hereditate.*
36. *Effectus querelæ jure veteri.*
37. *Filio testamento matris, existimantis falsò periisse filium, præterito an querela detur.*
38. *Intellectus* l. 3. C. de inoff. testam.
39. *An in casu d. l. 3. præteritus possit eligere querelam.*
40. *Effectus querelæ ex jure novissimo.*
41. *Legata ex testamento fratris inofficioso an debeantur.*
42. *Querela ab uno obtenta an aliis prosit.*
43. *Res inter alios acta quatenus nec obsit nec prosit aliis.*
44. *Querela facit intestatum de jure veteri, non etiam novo.*

45. Fra-

1 Constituto foro competenti, ubi cuivis judicio est experiendum, subjungitur de negotiis ibi tractari solitis, quæ aut Civilia sunt, aut Criminalia. Civilia, de quibus præcipuè & majori Digestorum parte agitur, vel sunt in Rem, vel in Personam. Ea quæ in Rem, iterum aut Universalia sunt, quæ ad res universas, aut Particularia, quæ ad singulas spectant. Illa dignlora, atque ita primò de illis agitur, ad quæ spectat Petitio hæreditatis, cujus Querela inofficiosi testamenti est præparatoria aperit enim illi crebrò viam, cùm rescisso jam testamento per querelam petatur ab intestato hæreditas. Quamvis probabile sit non separatim tantùm, sed & conjunctim eodem judicio de injusta exhæredatione aut præteritione & agenti adjudicanda hæreditate actum fuisse, ut tradit Duaren. *hic c.* 2. Vid Zas *ad h. t. n.* 30. Cujac *in Parat. C. eod. tit.*

2 Proponebatur olim hæc querela coram Centum viris, qui præter alia, etiam de hæreditatibus, quacumque ex causa peterentur, cognoscebant, ut patet ex *l Titia* 13. *& l.* 17. *h. tit.* Judiciis istis Centumviralibus præerat Prætor, & dividebantur in quatuor tribunalia, ut tradit Jac. Ravardus, in *tract Pro tribunal. c.* 20. Quo in genere eveniebat, ut divisis tribunalibus, uti habet *l. Cùm filius* 76. *De legat.* 2. pars judicantium contra testamentum, pars secundùm illud sententiam daret, atque ita prævaleret ea, quæ voluntatem defuncti tueretur; quod humanius est *l. Si pars* 10. *h. t.* Nam, ut ait Seneca *Epist.* 18. sententia paribus absolvitur reus, & semper quidquid dubium est, humanitas inclinat ad melius. Nisi tamen apertè judices iniquè secundùm scriptum hæredem pronuntiasse appareat, *d. l.* 10. Cujac. 1. *Observ. c.* 20. Cessantibus postea Centum viralibus judiciis, Rectores provinciarum de his & cæteris cognoverunt, *l Si scriptum* 11. *C. De probationib.*

3 De origine querelæ inofficiosi variatur. Alii Prudentum interpretatione inductam adserunt, levi satis argumento. Alii ex lege Falcidia prodiisse affirmant, quos refutat Ant. Contius. *lib* 1. *Lect subsec. c.* 3. Ex jure civili illam inductam per legem Gliciam tradit Cujac. licet dubius, 2. *Obser. cap.* 14. cujus sententiam videtur firmare inscriptio *l.* 4. *h. t.* Vide Bachov. *ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 13. *th.* 1. *lit. D.* Ut ut sit, summa æquitas & commiseratio injustè exhæredatæ familiæ eam indulgeri fecit, propterea quòd non esset consentiendum parentibus, qui injuriam adversus liberos testamento inducunt, malignum circa sanguinem suum inferentes judicium, novercalibus delinimentis instigationibusque corrupti, ut habet *d. l* 4. Ut rectè *Inofficiosi* nomen illi inditum sit, quod id ipsum sit omnino contra officium pietatis erga liberos.

4 Conqueruntur autem hac querelâ liberi immerentes se exhæredatos, aut præteritos à parentibus; ideoque petunt testamentum rescindi, sibique aditum ad hæreditatem patefieri; allato hoc colore, quasi non fuissent sanæ mentis, cùm testamentum ordinarent, *l.* 2. *h. t. & Instit. eod.* Dicitur, quasi, quia si verè fuissent non sanæ mentis, testamenta nulla forent, *d. l.* 2. cùm ad eorum perfectionem requiratur omnino intellectus, ut dicetur infra, ad *tit. Qui testam. fac. poss.*

5 Competit hæc querela non aliis, quàm quibus, rescisso testamento, hæreditas ab intestato defertur: non tamen omnibus, sed iis tantùm, adversùs quos injuria testamento inducta videri posset. Ut certum sit; Primò eam competere Liberis, utriusque sexûs. Nam cum naturalis ratio, quasi tacita quædam lex, parentum hæreditatem liberis addicat, *l. Cum naturalis* 7. *in princ. inf. De bonis damnat.* & parentes ex voto communi omnia sua liberis parent, *l. Nam etsi* 15. *h. t. l. Scripto* 7. *fin. inf. Unde liberi*: non potest non videri liberis facta injuria, si, iis omissis, bona remotioribus aut externis deferantur. Et hoc non tantùm in liberis primi gradus, sed & ulterioris, si, sublatis præcedentibus, primum gradum subintrarint. Unde rectè leges passim deferunt hanc querelam liberis: quo nomine etiam nepotes & descendentes veniunt. 6 * In potestate sint, nec ne, parum interest, *l.* 7. *h. t.* cùm emancipatio non faciat naturalem filium inter liberos non esse: dum tamen emancipatus sit exhæredatus, nam præterito à parte alia est via, ut infra dicetur. 7 * Competit quoque querela posthumo exhæredato, cùm & hodie ejus exhæredatio tenear,

teneat, ex veriori & textui juris magis conform. sententia, qua de re infra ad *tit. De liberis & posth.* Dico, exhæredato; nam præterito aliud est rememedium, uti inferiùs quoque dicetur.

8 Dato in adoptionem extraneo exhæredato, non esse querelam, patet ex *l. penult. §. omnia C. De adopt.* ubi ea tantùm iis conceditur, qui sunt à parente naturali adoptati. Adrogatis, cùm transeant in potestatem adrogantis, non potest negari querela, si injustè exhæredentur, quòd videantur affecti injuria, nisi illis sit alia via consultum. Uti consultum est per Constitutionem D. Pii, per quam quartam bonorum suorum a rogato exhæredato aut emancipato injustè cogitur relinquere adrogator, *l. 8. §. Si quis impubes hoc tit.* Quam diximus supra, *tit. De adoptionib.* intelligendam esse de quarta suæ portionis, non

9 etiam omnium bonorum. * Qua in re videntur mihi aliqui, de quarta ista agentes, errare, dum indistinctè cuilibet adrogato quartam istam tribuunt, cùm jura passim non loquantur nisi de adrogato impubere exhæredato, vel emancipato sine caussa, *d. §. Si quis impubes. Inst. De adopt. & §. cum autem, l Sed si 10. §. in adrogato inf. De vulg. & pupil. substit.* Quæ loca, & alia, solùm de impubere loquuntur: ut in illo tantùm habeat locum ista quarta, non etiam in pubere exhæredato, aut emancipato sine caussa Quod & satis insinuat *§ tam autem Instit. eod.* ubi adoptatis datur querela, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possint. Quod frustra diceret, nisi esset casus, quo adoptatis querela esset salva. Ratio differentiæ est clara, quòd cùm impuberes, propter sensus defectum, non potuerint sibi providere super adrogatione, & circumventioni sint obnoxii, cautig iis providendum erat. Quæ ratio in pauperibus cessat, cum illis adsit plenior sensus, & potuerint adrogationi contradicere. Jason in *l Et adrogator n. 51. sup. De adopt.* Cuiac. ad *l. Caussa 4 §. qua est ex lib. 29. Quæst. Papiniani inf. De vulg. & pupil. substit.*

10 Naturalibus tantùm uti legitima non debetur, ita nec competit querela, saltem respectu patris, quem certum non habent: nisi fortè quoad se tantum, quem lex ab intestato ex bonis patris, sine legitima prole defuncti, iis attribuit, *Nov De triente & semisse 18. §. consideremus, ubi* Cuiac. Matet, quæ certa est, ut liberis naturalibus debet legitimam, etiam extantibus aliis legitimis, ita & querelam patitur ejus testamentum per naturales exhæredatos, aut præteritos sine caussa, *l. Si suspecta 29. §. 1. h. t.* Quod & dici posse videtur de testamento avi materni, ex eadem ratione. Limitandum autem in casu, quo mater est illustris, & alios liberos justos habet, *l. Si qua 5. Cod. Ad S. C. Orphit.* subjecta ratione, quòd indignum & acerbum sit in mulieribus illustribus nominari spurios.

11 De legitimatis per subsequens matrimonium non est dubium cùm per omnia habeantur instar legitimorum, quasi ab initio nativitatis inter parentes constitisset matrimonium, & jure civili, *l. Cum quis cum l. seq. Cod. De natur. lib.* & jure Canonico, *c. Tanta & Qui filii sunt legit.* ut iis præteritis à patre sit jus dicendi nullum, exhæredatis sine caussa sit querela.

12 Legitimati per rescriptum, non ad petitionem patris, quod ab ejus hæreditate sibi postulent non videntur habere, ultra eam partem, quæ naturalibus est attributa per legem: cùm licet Principi sit liberum, etiam insciis aut invitis parentibus, liberos legitimare, non soleat tamen in parentum gravamen, aut aliorum detrimentum id facere, nisi publica caussa aliud postulet, qua de re videatur Gabriel 1. *Commun. opin tit. De jure quæsito non tollen.* Forster. *De success. lib. 6. cap 39. & seqq. num. 37.*

13 De eo Quæstio est, An ad petitionem patris legitimato per rescriptū querela sit salva. Quod videtur dicendum, per *Nov. Quib. modis natur. filii effic legit. 74. §. liceat*, ubi datur licentia patri, non habenti legitimā sobolem, restituere naturales nativæ & antiquæ ingenuitati, eosque habere sub sua potestate. Quod idem habetur *Nov. Quib. mod. natur. effic. sui 98. §. illud*, hoc addito, quòd tales nihil à legitimis differant: ut, cùm sint in potestate, & primo quidem gradu, sint etiam dicendi sui, iisque debeatur hæreditas paterna, aut prætenti dicant testamentum nullum, ex hæreditati iniquè per querelam illud impugnent, qui est effectus suitatis. Nec rectè illas Novellas quis intellexerit de successione ab intestato, cum verba earum sint generalia, absque ulla restrictione, imò contineant universalem negationem, scilicet, *nihil à legitimis differentes*, quæ non patitur ullam restrictionem. Facit argumentum ab adrogatis, qui, quia sunt in potestate, exhæredati iniquè querelam habent, ut jam dictū. Facit & quòd naturales ideo maternum testamentum impugnent, præteriti vel exhæredati, quòd mater sit certa: atqui & pater certus est post rescriptum, *d. §. illud in fine:* ubi dicitur per rescriptum naturæ impetum corrigi, quod frustra diceretur, nisi antiqua ingenuitas iis red-

dita censeretur. Nec facit, quòd id fictè fiat: nam fictio tantùm operatur in casu ficto, quantum veritas in vero, *l. un. C. De rei uxor act.* quando ratio subest, & lex non obstat. Et ita ex Baldo sentit Jason, *ad l. fin. num. 12. C. Unde liberi*, atque ita judicatum tradit Joan. Bacquet, *Tract. De naturali p. 2. c. 12. n. 8.* Bald. *ad Speculat. tit. de success. ab intest. in fine*; ubi legitimatis per rescriptum ait deberi legitimam, & præteritos testamentum dicere nullum, ex ratione, quòd redacti sint ad primævum statum, quo omnes nascebantur legitimi.

14 Et hoc ita, nisi legitimationi addita sit clausula, ne succedat contra tabulas legitimatus, aut ne ad aliud sit actio, quàm quod testamento relinquetur; qualis limitatio nihil habet contrarium legitimationi, de qua agit Covarr. *Var. resol. cap. 2.* nec eam improbat Molina, *De primogen. lib. 4. cap. 3 num 38* Cui minimè obstare credendum, quod tradunt leges, non posse legitimam gravari, cùm procedat in iis, quibus legitima necessariò est relinquenda, non est autem naturali relinquenda ut rectè ejus legitimationi ista limitatio subjiciatur, sine qua non fuisset legitimatus. Decius *consil 164. & Gomez ad Leg. 9. Tauri num 70.*

15 Dicta autem de querela competente legitimato, ita demum videntur procedere, si parenti non sint alii liberi: nam eo tantùm casu admittunt legitimationem dictæ Novellæ, ex eo, quòd Princeps non intendat præjudicare aliis liberis in sua portione. Nihil tamen implicat, quò minus id faciat Princeps, non ignorans esse patri alios liberos legitimos; aliàs volunt legitimationem non procedere, tamquam subreptitiam, eo quòd Princeps, si scivisset, non fuisset naturales legitimaturus. Tiraq. *ad l. si umquam V. donatione num. 310. Cod. De revocan. donat.* Castren. *in l. Ex facto 43. num. 7 inf. De vulg. & pupil. substit.*

16 Quid si supplicanti non fuerint quidem liberi tempore legitimationis, postea autem supervenerint, sive ex conjugio jam stante, sive ex alio subsecuto? Sunt, qui velint legitimationem irritari. Castr. *d num. 7* quòd intentio Principis sit, non præjudicare ullo modo liberis legitimis & quòd tum res venerit in casum, à quo non potest inchoari, *l. Existimo 98. inf. De V. O.* quodque cessante caussa, quæ fuit carentia liberorum, cesset & ejus effectus; quam rem pluribus adstruit Tiraq. *d. loco num. 292.* Verùm humanius est & juri conformius, non retractari legitimationem, ritè & legitimè semel factam, ut rectè tenet Gomez. *ad d. l. 9. nu. 68.* cùm prædictæ rationes non faciant, quò minùs legitimè & ritè facta, valida maneat, & jus alicui quæsitum salvum illi sit, per *l. In ambiguis §. non est nostrum inf. De V. O.* Roman. *consil. 94. num. 10.* Posset tamen videri legitimationis impediri effectus, quoad successionem, quoniam inciperet privilegium Principis liberis esse damnosum. Et hoc quoad plenam successionem: nam aliquid talibus liberis deberi judicatum esse adserit Joan. Bacquet, *loco supra dicto.*

17 Liberis itaque exhæredatis, sive suis sive emancipatis, datur querela, non etiam præteritis à patre, quia illi testamentum dicerent nullum, hi everterent per possessionem contra tabulas: & præteritis à matre, cujus præteritio est loco exhæredationis, & non ponit irritum testamentum, cùm non cogatur mater instituere liberos, quos non habet in potestate, *§. mater Institut. De exhæredationib. liber.*

18 Verùm quæstionis est, An liberis non agentibus, patri, eorum nomine, querelam intentare liceat? Ratio dubitandi sumitur ex eo, quòd ex injuria facta filio agere patri liceat, *l. Sed etsi 17. §. filiusfamilias inf. De injuriis.* Sed contra responsum est in *l. 8. in princ. hoc tit.* patrem non posse hanc querelam intentare nomine filii. Nihil obstante *d. §. filiusfamilias*, qui obtinet in casu, quo injuria filii tangit patrem: hoc autem in casu neutiquam patrem tangit, sed tantùm filium ipsum, *d. l. 8. in princ.* cujus merita & jus circa maternam hæreditatem competens inspicitur, quod nullum est patri. Cujac. *ad d. l. 8.* Barbosa *ad l. Lucius 18. in princ. nu. 8. Soluto matrim.*

19 Secundò, Liberis non extantibus, quorùm semper potior est caussa in bonis patris, quæ avo non queruntur, *l. Patri 14. hoc tit.* querela datur parentibus utriusque sexus, contra testamenta liberorum, *Instit. hoc tit.* Quibus etsi bona filiorum non præparaverit natura, turbato tamen mortalitatis ordine, id est liberis præmortuis, piè etiam iis relinquvntur, *l. Nam etsi 15 hoc tit.* ut iis neglectis contra liberorum dispositionem detur querela, tamquam factam contra officiū pietatis parentibus debitum. Et hoc ita in justis parentibus: nam quoad bona naturalium liberorum eatenus saltem competit parentibus querela, quatenus talibus liberis ea datur contra parentum testamenta. Unde matri querela est, non etiam patri, nisi contra testamentum filii legitimati ad ejus petitionem: quo casu diximus tali filio competere querelam contra testamentum

patris

patris non habentis alios liberos. Unde posset videri contrarium dicendum, libertis legitimatis sine consensu patris non esse hanc querelam, licet secus judicatum esse tradat Bacquet, *d. loco cap.* 4.

20 Posset Quæri, An parens emancipatus hac in re præferatur nepoti ex se in potestate per defunctum retento? Quod ipsum negat Cuiac. *ad Nov. De hæred. ab intest. venient* 118 *& ad l. 1. vers. notandum C. De conjung. cum emanc. lib.* 1. *& ad l. fin. in pr. D. De præstan. leg.* simul admittens utrumque ad querelam, per edictum, de conjungendis cum emancipato liberis. Verùm istius edicti nullus est usus hodie, propter datum certum ordinem succedendi, nō habita ratione differentiæ potestatis, quo pater etiam emancipatus præcedit suos liberos per *d. Nov.* 118. Nec obstat *l. 7. Cod. hoc tit.* nam loquitur secundùm dispositionem juris, quod fuit ante dictam Novellam.

21 Tertiò, Datur querela fratribus & sororibus germanis, id est ex utroque eodem parente ortis, aut saltem consanguineis, id est ex eodem patre natis, *Inst. hoc tit. §. 1. l. Fratres* 27. *C. eod.* non uterinis, id est quibus tantùm eadem mater, quibus cum nominis & familiæ jura non sunt communia. Verùm hoc non simpliciter procedit, sed tantùm in casu, quo, præteritis & neglectis fratribus aut sororibus, turpis persona à fratre instituta fuerit, *§. soror Inst. eod.* Qualis hic intelligitur, quam notat infamia, sive juris sive facti, quæ apud viros graves famam alicujus facit minùs integram *d. l.* 27. Ratio est, quòd iniquum sit turpem honorati personam per fratrem, fratribus aut sororibus præteritis; si tamen sint honestæ & extra omnem notam, *argument. l. in arenam C. eod.* cùm aliàs mores, quos in se quis probat, in aliis minùs rectè improbet, *l. Cum mulier* 47. *inf. Soluto matrim.* Ubi tamen notandum, facti infamiam non aliam dicendam, quàm quæ ex proprio facto oritur, ut patet ex *l. 1. sup. De his qui not. infamia.*

22 *Ut naturales liberi non possint dici infamia aliqua etiam facti notari, quòd eis talis nativitas imputari nequeat, *can. Nasci dist.* 56. Quod & de filiis spuriis dici posset, nisi quòd ex damnato complexu natis lex quidquam à patre relinqui vetuerit, non tam illorum, quàm patris odio, *Auth. Ex complexu C. de incest. nupt.* ut talibus à fratre institutis, contra legem, fratribus ejus sit aditus ad hæreditatem, tamquam nullo scripto hærede. Vid. Fachin. 4. *contr. c.* 93. & Thesaur. *decis. Pedem.* 126.

23 Meminit *d. l. Fratres* 26. *Cod. hoc. t.* liberti, qui non benè meritus de patrono, ab eodem tamen institutus, contra quem ista lex fratri dat querelam, quia talis libertus non tam præmium quàm pœnam mereatur. Excipit eadem lex servum, quem, licet malè meritum de se, dominus instituit, quasi hac viâ purgasset defectum ejus, ut contra eum non veniat proponenda querela. Verùm hoc non accipiendum indistinctè, sed in eo tantùm casu, quo non est solvendo hæreditas. Nam aliàs si contra libertum, malè de patrono meritum, datur querela, quidni & contra servum similiter male meritum? cùm & hoc in casu sit æquius, fratrem succedere fratri, qui solvendo est, quàm talem servum auferre bona. Quando autem non est solvendo hæreditas, frustra frater querelâ movebit, quâ nihil sit consecuturus nisi onus & infamiam. Suadetur hæc distinctio ex eo, quod aliàs servos necessarios, de quibus ait *d. l.* 27. instituamus, quàm quatenus solvendo non erimus, ut eorum potius nomine quàm nostro bona distrahantur Cuiac. 17. *Obser. cap. fin.* Vigelius *Instit. hoc tit. in princ. n.* 10.

24 Quid si ex pluribus hæredibus vocatis una persona sit honesta, altera turpis? Posset videri, totum testamentum irritandum, vel querelam esse rejiciendam, ne quis partim testatus partim intestatus decedat, quod non patitur regula juris, *l. Ius nostrum* 7. *De R. I.* Verum tamen, non nisi pro parte, quæ concernit turpem personam, destrui testamentum, quia eatenus tantum peccat contra officium pietatis, fratribus eo casu debitum. Neque hoc quidquam repugnat rationi juris, ut apparet ex *l. Nam etsi* 15 *§. fin. h. t.* ubi contra duos agens inofficiosi, si unū vicerit, ab altero autem superetur, obtinebit hæreditatem pro parte. Si & contra fratrem agens; tantum aufert dimidiam hæreditatis partem, *l. Mater.* 14. *h. tit.* Nihil obstante supradicta juris regula, quæ accipienda tantum in casu, quo spectamus creationem testamenti, non & quo agitur ex post facto: tunc enim nihil implicat, aliquem pro parte fieri intestatum, *d. l.* 19. *& l. Circa* 24. *cum l. seq. hoc tit.* Revard. & Faber. *ad d. l. Ius nostrum.*

25 Ultra fratres & sorores reliqui collaterales melius fecerint, inutilibus sumptibus parcendo, cum non habeant spem obtinendi hæreditatem, *l. 1. hoc tit.* Imo ut ne quidem uterini fratres & sorores admittantur, licet aliud sit in consanguineis. Ratio est in arctiore cum consanguineis consuetudine, & nominis familiæque communicatione.

Ubi

25 Ubi Quæritur, An non saltem nepotes ex germano aut consanguineo fratre aut sorore extantes admittantur cum suis patruis? Posset id videri per Nov. *De hared. ab intest. venient.* 118. §. *reliquum est*, ubi filii fratrum & sororum dicuntur repræsentare parentum suorum jus, eamque capere partem, quam parentes eorum, si superessent, cepissent. Dicendum tamen, ex constanti tum veterum tum neotericorum doctrina, non dari istis nepotibus querelam, per *d. l. 1. hoc tit & l. Fratres* 27. *Cod. eod.* quæ tantùm admittit fratres consanguineos, uterinos autem removet: ut multò magis veniant removendi nepotes, uti gradu remotiores. Nihil facit *d. § reliquum*, nam licet ibi Justinianus ab intestato admittat nepotes ad bona patrui, cum suis patruis hoc tamen tantùm ad commiserationem, ut suo loco dicetur. Ut ad querelam non sint admittendi, quæ continet odium, utpote impugnans ultimam voluntatem, cujus magnus est favor, atque ita non extendenda. Facit à simili, quòd fratres admittantur cum parentibus ad hæreditatem sui fratris; non tamen ideò dicendum eos esse adæquatos parentibus quoad querelam, quam parentes habent etiam non vocata persona turpi; fratres verò tantùm vocata turpi persona.

27 Competit ista querela contra scriptos vel nuncupatos hæredes, per quos injuria contingit liberis parentibus, aut fratribus; sine discrimine: externi sint scripti, aut etiam liberi, cùm per aliquos liberos non debeat aliis fieri injuria, & non tam agatur de jure vocatorum, quam de injuria exhæredatorum vel præteritorum, non habita ratione dignitatis, ut etiam contra Imperatorem hæredem scriptum competat; *l. Papinianus* 8. §. 2. *h. t.* Etenim eum, qui leges tulit, pari majestate legibus obtemperare convenit, *Paul.* 4. *Sent. c.* 5. minimèque decet eum lucrari cum jactura privatorum. quod ne quidem velle creditur, qui legibus suis se conformat, *Instit. Quib. mod. testam. infirm. in fine.*

28 Quæritur, An etiam detur contra piam caussam hæredem scriptam? Hoc omnino affirmandum, *arg. l. 1. §. ad municipum Ad L. Falcid.* nam etsi pia caussa sit favorabilis, favorabilior tamen caussa liberorum, *can. fin. XVII. quæst.* 4. Costal. *ad d. l. 8. §. 2. hoc tit.* Et cùm detur querela contra alios liberos hæredes scriptos, quidni etiam contra piam caussam, quæ liberis cedit? Connan. 9. *Comment c.* 8. *n.* 11 Imò & parentibus, uti arresto Supremi Senatus Paris. judicatum refert Ann. Robert. *Rer. judic. lib.* 1. *c.* 1.

29 Alia Quæstio est, An etiam competat contra scriptum testamēto veterani militis? Ita responsum de testamento veterani patrisfamilias jure communi facto, etiamsi ea sola bona habeat, quæ in castris quæsierat, *d. l.* 8. §. 3. *hoc tit.* Dico, jure communi; nam militari jure confecto non opponitur querela, etiam post missionem; testatore tamen intra annum defuncto, secundùm jura antiqua, quæ non inveniuntur hac in parte mutata, secùndùm D. Vigl. *Instit. De testam. milit.* §. *illis n* 12. Post annum si moriatur, non est opus querela, cùm ipso jure testamentum militare evanescat. Dico, patrisfamilias; quia ejus fit mentio in *d. §.* 3. Ut aliud videatur statuendum in testamento veterani filiifam. super castrensi & quasi, de quo expressè agit *l. ult. in fine Cod. h. tit.* Ratio diversitatis est in eo, quod in veterano patrefam. peculii nomen non permaneat, sed ipsum cum reliquis rebus confundatur. *d. l fin. in fine*; in filiofam. autem permaneat Cujac. ad *d.* § 3.

30 Controversum est, An jure novissimo hoc non sit correctū? Ita multis videtur, per Nov. *Ut cùm de appell.* 115. §. *justum autem*, quæ generaliter edicit, non licere liberis a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, cujus ordinis sunt peculia castrensia, & quasi, alienare omnino parentes sine caussa. Facit & Nov. *De SanctSS. Episc.* 123. §. *Presbyteros*, ubi Imp. vult teneri Clericos, super peculio quasi castrensi testantes, vocare liberos, aut his non extantibus parentes: cujus decisionem trahunt ad alias personas habentes peculium quasi castrense. Ita Acc. ad *d. l. fin. V. testamenta*, & ibi Jason *n.* 5. & alii, quos refert *Vigl. d. loco n.* 11. Contrariam tamen partem, scil. testamentum liberorum in potestate super prædictis peculiis non rescindi, probabilem esse adserit Donel. 19. *Comment cap* 5 ex eo, quòd jus vetus, non correctum per novum, non sit prohibendum stare.

31 * Nihil obstante *d. §. justum*, cùm loquatur in genere; & constitutio generalis subsequens sit interpretanda secundùm specialem priorem, *l. Sed & posteriores & l. Non est novū sup. De legib.* Quò facit decisio *c.* 1. *De constit. in* 6. ubi per constitutionem generalem posteriorem non censetur derogatum speciali priori. Nā quidquid posteriori non est expressum, id veterum legum regulis intelligitur relictū, *l. Præcipimus* 32. *in fine C. de appellat.* Si tamen posterior aliàs non sit futura frustranea, ut in quæstione præsenti, cùm verificetur in emancipatis, qui parentes suos, si liberis careant, non prætereunt. Deinde si isto § *justum* correctio veteris juris inducta esset, frustranea foret

deci-

decisio *d. §. presbyteros*, qui est posterior, & quo [illegible] temere Clericis injungeretur, ut testantes super peculio suo liberis legitimam relinquant, aut in eorum defectum parentibus, si hoc decisum foret, *d. §. justum*, qui est prior. Cùm itaque decisio *d §. presbyteros* sit in speciali casu, non est extendenda ad alia peculiorum genera, quæ antè non subjacebant querelæ; cum quòd non est [illegible], non sit prohibendum stare, & correctio non debeat excedere verba correctoria. Præcipuè cum in aliis peculiis, & personis ea obtinentibus, non sit eadem ratio, quæ in Clericis, [illegible] nihil omittere, quod [illegible] pietatis; cui non respondet testamentaria exhæredatio, aut præteritio parentum. Hæc [illegible] testamento facta post militiam; nam de eo, quod [illegible] factum, nulla dubitatio est, [illegible] immune a querela, quæ est juris civilis inventum, cujus solemnibus exempti sunt milites, *tit. D & C De testament milit.*

Datur & querela contra omnes, qui sunt loco hæredis, uti hæredem hæredis; fiscum, apud quem sunt bona hæredis publicata. *l. Si hæredum* 10. *Cod hoc tit.* cum loco hæredis existens eo jure [illegible] hæres.

32 Hinc venit resolvenda Quæstio, An detur contra fideicommissarium universalem? Vult hoc Cujac. *ad l. Pater* [illegible] *hoc tit. quæ est ex lib.* 5. *seqq. Papin* [illegible] fideicommissarius universalis [illegible] loco hæredis. Quam sententiam [illegible] de inofficioso testamento matris [illegible] adversus eum, qui ex causa fideicommissi hæreditatem tenet, agere permitti tur filio. Non est tamen extra quæstionem, cum fideicommissarius non sit propriè hæres vel hæreditatis dominus, nec possideat pro hærede, cum [illegible] hæredem [illegible]; nec pro possessore, cum non sit [illegible], sed titulum habeat, contra quem [illegible] videtur competere. * Ut Ant Go-

33 vea [illegible] *d. l.* 1. de petitione hæ[illegible] querela, quasi decentius sit filio, [illegible] matris, accommodare [illegible] fideicommissi [illegible] contra fidei[illegible] possidentem ex justa [illegible] acceperis dictam *l.* 1. de q[illegible] & Rubr. sub qua posita, h[illegible] [illegible], & ipsa verba præseferant, quæ [illegible] materno [illegible] quando per [illegible] adversus eum, qui ex causa fideicommissi hæreditatem tenet. Quæ facit, quod actio [illegible] hæreditariæ [illegible] & [illegible] transeant, ut traditum *Inst, De fideicommiss. hæredit. §.* *restituta*, Duarē. *hic.* 9. Gom. 1. *Var. resol. c.* 11. *n.* 35.

34 Intentanda venit querela in ea provincia, in qua domicilium habet hæres scriptus, *l. Si suspecta* 29. *§. fin. h. t.* cum sit actio in rem, & proinde intendanda contra possessorem, *l. fin. C. Vbi in rem actio.* Dum tamen adita sit hæreditas, cum exhæredatus aut præteritus ante læsus dici nequeat, quòd antea exhæredationis aut præteritionis nullus sit effectus, *l Si patronus* 12. *§. ex testamento inf. De bon. libert.* Nam non adita hæreditate in irritum cadit testamentum, *l.* 1 *inf De injusto rupto, &c.* ut non sit opus querela, *l.* 8. *§. si conditioni h. t.* quæ tamquam privatio præsupponit habitū. Ut, cùm isto casu supersit remedium ordinarium, scil. ab intestato, non sit opus hoc extraordinario & odioso, *l. Filium* 20. *§. sed cum exhæredatio inf. contra tab.* Excepto tamen casu Nov. 1. §. *exhæredates*, quo scripto hærede non obsequente voluntati testatoris, exclusis exhæredatis ad alios defertur hæreditas, ne dum quis volet tueri voluntatem, contra eam faciat.

35 Præscriptum querelæ proponendæ quinquennium, *d l.* 8. *in fine*; cujus cursus non à morte testatoris, sed ab adita hæreditate inchoatur, *l. pen. §. illo C. h. t.* Neque enim ante tempus currere solet, quàm actio sit quæsita, & sit contra quem agi possit, qui demum datur adita hæreditate, secundùm jam dicta. Non currit etiam tempus impeditis agere: uti si dubitetur de testamenti valore, cujus quæstio etsi post qinquennium decisa fuerit, non excludetur tamen querela, cujus tempus tum currere incipiet. *l. Contra* .6. *C. h. t.* secundùm regulam, quę habet, non valenti agere non currere tempus. Quod si hęres moram in adeundo fecerit, existenti in eadem provincia adsignatum est tempus sex mensium; in diversa tempus anni continui, a morte testatoris numerandum, intra quod aut adeat aut repudiet hæreditatem. *l pen. in fine C. h. t.* Datum etiam minoribus, ut hoc quinquennium iis non currat, sed integra illis sit caussa post majorem ætatem. *l.* 2. *C. In quibus caussis in integ. rest. necess. non est.*

36 Quod attinet ad effectum querelæ, ea jure pristino evacuabat totum testamentum, & tem ad intestati caussam deducebat, *l.* 6. *§. penult. h. t.* ut neque legata deberentur; quę etiam præstita ab eo, qui solverat, repetebantur, nisi ante moram controversiam essent soluta, tunc enim repetebantur ab eo, qui obtinuerat, *d. l.* 8 *in fine*: neque libertates saltem directæ, si forte quinquennium esset proposita querela, competerent; quamvis fideicommissæ videbantur præstandę, & pre-

stitæ manere, *l. 9. hoc tit. l. 4. Cod. eod.* Ita tamen, ut à singulis, quibus erant præstitæ, redimerentur viginti aureis. *d. l. 9.* Qui etiam numerandi illi, cui relicta erat hæreditas, sub conditione, si servum manumiserit, si eo manumisso testamentum inofficiosum vel injustum fuerit pronuntiatum, *l. Si sub hac 26. hoc tit.* quâ in te videntur potiores fuisse fideicommissæ libertates directis. Cujus ea ratio dari posset, quòd illæ sint in præstatione facienda per hæredem; hæ verò in vindicatione, id est, ex testamento valeant, & vires capiant, ex eóque dicantur competere. Non potest autem dici, quid competere ex testamento, quod nullum aut rescissum. Et hæc ita, si intra quinquennium querela proposita esset: nam si postea ex caussa magna & justa fuisset mota, tam directæ quàm fideicommissæ libertates salvæ manebant, redimendæ tamen pecuniâ viginti aureorum, victori à singulis præstanda *d. l. 8 § fin.* Ita autem omnia testamento inscripta per querelam rescindebantur, si in totum actum fuisset de inofficioso, adeò ut etiam pupillare testamentum corrueret, *d. l. 8. § sed nec impuberis.* Si tantùm pro parte actum fuerit, & pro parte tabulæ rescissæ, valebant secundæ tabulæ, *d. § sed nec impub.* & competebant tam directæ quam fideicommissæ libertates, *l. Cum duob. 13. C. h. t.*

37 De eo Quæritur, An testamentum matris, quæ filium falsò periisse existimans, eo præterito aliumm instituit, querelam patiatur? Posset quidem videri cessare querela, ex eo, quod desit color dementiæ in ea, quæ existimat se filium non habere: ut videatur filio competere hæreditas, quasi ex tacita matris voluntate, quæ nisi errasset, filium institutura fuisset, *arg. l. Sicut 9. C. De testam. milit.* ubi error facit testamentum esse nullum. Respondit tamen Ulpian. in *l. Si instituta 27. in fine hoc tit.* filium queri posse de inofficioso matris testamento. Verùm decrevit Adrianus, referente Paulo, in *l. Cum mater 28. h. t.* hæreditatem ad filium pertinere, legata verò & fideicommissa præstari. Cujus ratio consistit in tacita matris voluntate, quæ si scivisset vivere filium, eum hæredem instituisset, non etiam extraneum. Cujac. *ad d. l. 28.* Huc spectat responsum *l. fin. inf. De hered. Inst.* in qua refertur non dissimilis casus, quo pater, falso rumore prolato de morte filiæ, testamentum quo eam hæredem instituerat, mutavit: & respondit J C. ad filiam, hæredem institutam priore testamento, hæreditatem pertinere, salvis legatis, quæ pater nihilominus relicturus fuisse

38 præsumitur. * Non absimile est exemplum traditum *l. 3. C. h. t.* ubi filius post testamentum quo erat præteritus, susceptus matre defunctâ in puerperio, quasi pro instituto habetur, & cum fratribus institutis ad partem virilem ideo admittitur, quòd credibile sit, ex conjectura maternæ pietatis à matre institutum iri si testamentum mutare ei licuisset: quo casu minus dubitandum, legata & fideicommissa præstanda esse. Videtur autem ista constitutio *dicta leg. 3.* niti favore ipsius præteriti, cui commodius est haberi pro instituto, cum tantundem ex testamento consequi possit, quantum ab intestato consequeretur.

39 Vocatur tamen in controversiam. An isto casu liceat præterito eligere querelam? Quod sustinet Carolus Molinæus *ad dict. leg. numero 8.* quod ista lex tertia specialiter sit sancita favore ipsius posthumi, ut non debeat retorqueri in ejus odium; nec veteris juris remedium, scilicet querela, denegari, si eo uti malit; cum uberior sit spes successionis intestati, quam jus institutionis pro parte virili, si legatis & fideicommissis hæreditas oneretur. Cum Fabro tamen, 9. *Conjectur. cap. 15.* tutius videtur, non esse filio electionem querelæ eo quod in casu istius legis habeatur pro instituto ex præsumpta matris mente, quæ fuisset instituturа postea natû, si repentini casus acerbitas mutandi testamenti otium suppeditasset; ut cû ei nihil imputari possit, iniquum foret eam arguere dementiæ. Facit quod ista *leg.* ; institutis per matrem extraneis, non prohibeatur postea natus de inoffic. so agere, propter extraneos institutos, cessante præsumptâ matris mente. Ut aliud sit stante tali mente.

40 Verùm hæc de re disputare anxiè nihil attinet, cum ab isto jure veteri, quo per querelam omnino ad caussam intestati redigebatur testamentum sit rescissum per jus novissimum, *Novell. Ut cum De appellat. 115 § aliud quoque*, quâ statutum, ut per querelam obtentam sola evanesceret hæredis institutio cætera autem omnia salva manerent: ut disputatio de libertatibus, de quibus supra, sit supervacua. Ratio est, quod per eam solam sit peccatum contra officium pietatis, debitum iis, qui immerentes exhæredati aut præteriti: ut libertates, legata, fideicommissa præstanda sint; tutelæ datæ obtineant, salva etiam sit substitutio pupillaris, quod per eam non tam peccetur in impuberem, quin potius contineat provisionem in favorem pupilli. De vulgari aliter sentiendum, quod per eam æquè peccetur in exhæredatum aut præteritum, atque per ipsam institutionem; succeditur enim testatori excluso, alias vocando,

[illegible] Quæ ita procedunt in legatis relictis in te[illegible]ento patris aut filii.

D[illegible]putatur autem, An debeantur legata relicta test[illegible] fratris, quo instituta turpis persona, [illegible] fratrem? Quod licet posset videri, cu[illegible] §. *Testamentum q.51.n.3* ex eo, quòd [illegible] velit salva esse legata & fideicommis[illegible]ta [illegible]mentis parentum ac liberorum; ut [illegible]ò magis sit dicendum de testamento [illegible]; tamen Jason, *ad l. Fratris 27. n.3. Cod.* [illegible] vult ne quidem legata integra manere, [illegible] testamentum corruere; quod & Alexand. *in Auth. Ex causa circa fin. C. De lib. præter.* & a[illegible]s p[illegible]. Pro quibus facit textus in *l.* [illegible]*Ceonius inf. Si a parente quis manumiss. sit,* [illegible] instituta turpi persona à filio manumisso [illegible] patri possessio contra tabulas totorum bonorum, quæ al[illegible] tantum contra tertiam partem [illegible]peteret. Facit etiam, quòd de jure pri[illegible] everta[illegible]ur, ut nihil ex eo deberetur. Quod quidem [illegible] in testamento parentum & liberorum, non etiam in testamento fratrum. Ut procedat regula, quòd lex generaliter quid [illegible] non habeat locum in casu spe[illegible]. V[illegible] *De Fideicommiss. art. 36. num 49.* Va[illegible] *success. libr. 1. §. 10. numer. 382.* & [illegible].

42 Ab hic movetur Quæstio, An quærela ab uno o[illegible] proxima successio, pro[illegible] Q[illegible]lum, saltem in casu, quo non p[illegible] fratris defunctis, à quo instituta per[illegible]querelam, & fortè obtinuerit, qui [illegible]cuits, quibus est potius jus ab intestato, vel ex [illegible] vel Prætore, vel [illegible] testato[illegible]s, quorum ante patruum est potior ca[illegible] bo[illegible] pa[illegible]. Neque enim his, rescis[illegible]jam testamento, & [illegible] quoad caussam inte[illegible] nocere exhæredati[illegible], sed proxima via ad bona paterna est aperta *l. 6 § penult. hoc tit.* Quod & dicendum, si unus illorum egerit, quibus est pro[illegible]x[illegible]m[illegible]us: nam & ex eadem ratione aliis ejus-

43 dem gradus via est aperta. * Nec obstat, quod [illegible] nec præjudicet nec pro[illegible] *Cod. In quib. caus. restit.* cùm patiatur ista [illegible]ceptionem, [illegible]and [illegible] em aut potius [illegible] c[illegible] & hoc certum est, & eo uti volunt. Co[illegible]var. *Pract. quæst. cap. 1[illegible] n.*[illegible] Quod ita verum est, [illegible]m testamentū rescin[illegible] quod tum reduc[illegible] ad caussam intestati, [illegible] *repudiantis 17 §* [illegible] *hoc tit.* non etiam, si pro [illegible] impugnatum fuerit. Nam qui [illegible], aut non obtinuit, non facit victori partem, sive illi fuerit jus remotius, sive æquè propinquum *l. Filio 16. in princ. l. Si non mortis 25. hoc tit.* Ratio est, quòd, cùm testamentum tantùm pro parte rescindatur; non possit dici deductum ad caussam intestati, cùm sustineatur ab aliis institutis pro parte, quæ ipsis mansit intacta: ut proximiores exhæredati aut præteriti non agendo videantur fateri se meritò exhæredatos aut præteritos. Quò facit responsum *d. l. 17. § 1. hoc tit.* ubi, licet pater acceperit bonorum possessionem contra tabulas filii, si tamen postea filia exhæredata quæstionem moverit, faciet cessare possessionem patris, & universam hæreditatem accipiet; quæ aliàs, si non egisset, aut non obtinuisset, fuisset exclusa. Cujac. *in Recit. ad l. 6. hoc tit.* Duaren. *hic. cap. 14.*

44 Intestatum itaque de jure veteri fieri testatorem extra dubium est, saltem per eum, qui est in linea recta, moventem querelam quod totum testamentum. Quod & dicendum, si per collateralem querela mota fuerit contra totum testamentum, & obtenta, cùm *inst. hoc tit.* simpliciter dicatur frater aut soror præferri scriptis; & in *d. l. 6. §. 2.* collateralis etsi ab intestato non admittatur, tamen si de inofficioso egerit, & obtinuerit, dicatur facere patremfamil intestatum. Ubi simpliciter & indistinctè prolata ita sunt accipienda, & quidem de tota hæreditate, nisi de parte tantùm actum sit.

45 Jure novo, si non universum testamentum evacuatur, tamen quoad institutionem, uti ante dictum. Ubi etiam Quæstio moveri potest, An rupto per querelam testamento filii per patrem, in casu non institutæ turpis personæ, fratres defuncti unà cum patre admittantur? Quod plerique censuere, per varia argumenta & juris loca. Primò. Quod res sit redacta ad caussam intestati, saltem quoad institutionem jure novissimo, in qua cum patre admittuntur fratres in capita. *Nov. De hæred. ab intest. venient.* 18 Secundò. Per text. *in l. Posthumus 6. § 1.* & *in l. Filio 16. § 1 hoc tit.* ubi, evertio per querelam testamento, admittuntur & illi, qui licet eam non proposuerint, habent tamen successionem ab intestato. Tertiò. Per *l. 2. § Si sit agnatus cum seq. inf. Ad S. C. Tertul.* ubi mater, quæ per partem excludebatur à successione filii, *d. l. 2. §. obtentur*, admittitur cum agnato & sorore defuncti, excludente defuncti pattem emancipatum, aut in adoptiva familia existentem, quod pater esse deberat. Quartò. Per *l. Si post mortem 1* [illegible] *§ fin. inf. Contra tab.* ubi filius institutus, cui jure non potest agere contra

contra tabulas, *l. 3. §. si quis ex lib. inf. d. t.* quia non habet quod conqueratur, eam tamen consequitur ex caussa alterius emancipati præteriti, *d. §. si quis ex liberis.* Plura similia adducit Jason. *d. l. emancipati 9. Cod. De collationib.* quibus quis ex persona alterius consequitur, quod ex sua non competebat. Quæ sententia videtur communiùs recepta. Posset tamen alicui saltem probabilior, imò & verior videri contraria sententia, scilicet quòd fratres in casu prædicto non admittantur cum parentibus: ex ratione, quod testamentum fratris nihil contineat vitii, aut coloris dementiæ, respectu fratrum, non vocata persona turpi, sed tantùm contineat peccatum contra parentem, qui non sine colore dementiæ præteritus, externo instituto. Qui proinde injuriam suam vindicat per querelam: cujus victoria non videtur debere promovere caussam fratrum, quæ per præteritionem non vitiosam semel est remota. Neque enim usquam legibus cautum, à fratre fratrem vocandum esse, nisi instituta persona turpi: ut nec locus ei fieri debeat, non stante eadem ratione, per *d. l. 10. § liberi*, ubi liberi, qui non possunt agere contra tabulas, non faciunt partem, si per alios committatur edictum. Facit, quòd admissis fratribus, isto casu patri sua portio diminueretur. Ita rectè sentit Viglius, *Instit. h. t. §. 1. n. 8. & ibid.* Vultejus *num. 9.*

46 Patum movent adducta in contrarium. Nam quantum ad textum primo loco allegatum, ille tantùm disponit in casu, quo simpliciter intestati caussa obtinet, per quam fratres non sunt remoti. In casu autem præsenti agitur de facto testamento, non iniquo quoad fratres, sed tantùm quoad patrem: ut nihil sit, quod illi petent, semel ritè remoti per fratrem. Et ut redigatur omnino ad caussam intestati jure veteri, novissimo vero non nisi quoad institutionem: hoc tamen non nisi ex ratione fundata in persona patris, minime etiam fratrum.

Non obstant textus secundo loco adducti, quod iis illi admittantur, quibus est potior caussa ab intestato. Nam dicta *l. 6.* proponit illle peregisse querelam, qui ab intestato non admittebatur, ante quem admitti proximum ab intestato rationis est. Et *d. l. 16.* agitur de filio, cui proximus ab intestato locus, cum quo sine injuria admittenda foret & filia, si ante egisset, aut obtinuisset: cujus contrarium est in casu præsenti, in quo patris caussa est potior.

Non obstat tertium: nam quòd ibi mater vocetur, est, quia vel potior, vel æqualis in gradu & jure, cum iis, qui, remoto patre, admittuntur. Quæ paritas juris non est in casu proposito.

Nihil etiam facit quartum: nam quod ibi institutus, sive suus sive emancipatus, ex caussa alterius præteriti possit petere bonorum possessionem contra tabulas, est, quòd, cum sit ex liberis in eodem ordine cum præterito. Prætor & eum tueatur, ne cogatur præstare legata nisi exceptis personis, qua de re infr. *tit. Contra tabb.* Quod autem tradit Jason. *loc. cit.* sæpè ex alterius persona quem consequi, quod ex sua non consequeretur, obtinet non ex eo, quia via aperta est, nam id falsum esse apparet, ex *d. l. 10. §. liberi:* sed quia æquitas subest, & lex id declarat, ut in prædictis locis, & similibus.

47 Ex his resolvenda venit alia Quæstio, An, rescisso testamento fratris per fratres, cum iis admittantur nepotes ex fratre germano extantes? Secundùm prædictam resolutionem nec hoc admittendum, propterea quòd semel exclusi ab hæreditate patrui, exclusi maneant, nec faciant partem suis patruis. Neque obstat, quòd ab intestato cum cæteris patruis ad defuncti patrui bona vocentur, *d. Nov. 118.* nam illa loquitur in caussa simpliciter intestati, qualis hic non est: ut cum non sit illis permissa querela, non sint admittendi cum patruis, qui querelam peregerunt. Ita Viglius & Vultejus, *d. loco*; licet & hoc in casu plerique contrariam sententiam sequantur, ut Faber. *Instit. eod. in princ. in fin.* Adde Bachov. *ad Treutl. vol. 1. disp. 13. th. 4 lit. D.*

48 Major Quæstio est, An admittantur cum patruo consanguineo tantùm? Quo videtur habere potius jus, quòd cum germanis patruis ab intestato admittantur, excludunt autem consanguineos patruos, *d. Nov. 118. 4 reliquum.* Quò facit argumentum *d. l. 6. §. 1. h. t.* ubi si remotior egit, sit locus propinquiori. Verùm, hoc non obstante, probabiliùs est, etiam consanguineum patruum fore potiorem, eo quòd lex illum tantùm admittat ad querelam, non etiam nepotes, licet ex germano fratre, sed eos omnino removeat. Nihil obstat *d §. 1.* quòd in eo egerit ille, cui non erat jus ab intestato, ut rectè filius illi præferatur.

Dicta de querela ita obtinebant jure pristino: in quibus mutatio contigit novissimo, uti dictum jure, quo non omnino ad caussam intestati redigitur testamentum, & certa quædam requisita sunt ad querelæ exclusionem.

49 Ubi Quæsitum, An hodie querelæ sit locus: Sunt qui omnino negent ei esse locum; atque

t

ita tanc[illegible]ur, quod aut caussa exhæredatio-nis [illegible] legitima & probata, aut non [illegible] volunt esse testamen-tu[illegible] querela opus non esse. Priore casu [illegible] caussa est probata, & remo-ve[illegible]: aut non est probata, & similiter [illegible] volunt esse irritum, quasi defici[illegible] ejus valorem requisita. Alii querelæ lo[illegible] uno in casu, quo scilicet caussa expressa [illegible] legitimis, contentus *dict. Nov* 115. Quæ [illegible] sententia Car. Molinæi, *in tract. De inoff. testament. numer.* 10 *& ad l.* 3. *C. h. tit. numer.* 20. ubi [illegible] eam adserit, contra Vigl. *instit. hoc, tit, in Rubr* qui tenet etiam hodie locũ esse que-relæ, non minus quam olim: cujus certè sententia de jure est verior, cum jus vetus, quo sola exhæ-redatio [illegible]ciebat, non mutatum, neutiquam sit prohibe[illegible] stare adeò ut immeritò eum taxet [illegible] M[illegible]. Et hæc sententia etiam procedet [illegible] casu, quo exhæredatio facta est sine caussa ulla: quam & tenet Franc. Duaren. *ad tit. De lib. & posthu cap.* 3. *col.* 1. *in fine.*

50 Præterea [illegible] de querela non tantùm obti-ne[illegible] testamento paterno, quo filius est exhæ-red[illegible] testamento fratris, quo præteritus frater [illegible] personâ, item in testamento materno, quo [illegible] est exhæredatus aut præteri-tus: cessante bonorum possessione quæ non da-tur [illegible] qui futuri erant sui hæredes nisi [illegible] *l* 4. *inf. Contra tab.* mater au-[illegible] hæredes *d l,* 4. §. 2. Ex ea-de[illegible] præterito sive exhære-dato [illegible] contra tabulas, quia non potest [illegible] excepto casu, quo [illegible] mox.

D[illegible] querelæ pariuntur exceptio-nem [illegible] quibus aut cessat querela, aut [illegible]. [illegible] quidem, si agete [illegible] remedium, quo ad hæreditatem q[illegible]. Nam cũ querela sit odiosa, & a[illegible], unde & dicitur ulti-mum [illegible] *l. fin. Cod. De liber. præter.* non [illegible] si aut ordinarium desit re-[illegible] via non superest. §. *cum autem* [illegible]. Qua ratione præterito filio suo in testa-me[illegible] non est querela, quòd testamen-tum [illegible]: quod autem nullum, non eget [illegible]. Denegatur & filio emancipato præte-rito querela, quòd [illegible] sit pr[illegible] possessione [illegible] tabulas, § *emancipato Inst. de [illegible]* [illegible] eo, præterito; nam exhæredato [illegible] non denegatur, quòd [illegible] non succurrat

Prætor, ne temerè rescindat tabulas, quibus con-tenta exhæredatio posset esse justa secundùm le-ges, de quibus judicare non est Prætoris.

51 [illegible]letur dictis obstare *l.* 1. §. *fin. inf. Si à parente quis sit manumis.* ubi emancipator parens duplici jure consequitur hæreditatem, & per bonorum possessionem cõtra tabulas, & per jus antiquum, quod sibi defendit, scilicet per querelam, ut rectè interpretatur D Viglius *Instit. hoc tit.* Nec mi-rum, propterea quòd duplex jus sit patri, scil. per contra tabulas, ut manumissori, & per querelam, ut patri. Quæ quia pinguior est, cum faciat rescindi testamentum, non debet denegari patri; nam per contra tabulas tantùm consequeretur partem Vigl, *d loco in princ. numer.* 5. *&* 6. Cujac. 8. *Observ capit* 23. *& ad l. Pater* 14. *hoc tit. libro quinto Quæst. Papiniani.* Sic & filio per matrem præterito in casu *l.* 3. *Cod. hoc tit* & simili, querelam superiùs denegavimus, ex eo, quòd admittatur cum aliis fratribus institutis, pro vi-rili portione.

53 Secundò, Si lapsum sit quinquennium: non à morte testatoris, sed ab adita hæreditate, *l. Si quis* 34. *in fine & l. penult.* §. *illud C. hoc tit.* quia tum demum actio est quæsita, & incipit currere tem-pus, ut patet ex dictis supra. Quod etiam non currit propter litem super hæreditate: ut nec mi-noribus, [illegible] dictum. Facit & magna & ju-sta caussa post quinquennium agi de inofficioso *l.* 8. §. *fin hoc tit.*

54 Tertiò, Si exhæredatio sit facta ex justa caussa: quia non potest testator dici peccasse contra pie-tatem, cui [illegible] caussa fuit exhæredandi aut præ-tereundi. Caussa autem oportet expressa nomi-natim sit in ipso testamento, eaque una ex relatis *d. Novell* 115. & probata per hæredem, uti de novo induxit Justinianus: quia jure veteri exhæreda-tio etiam sine caussa removebat exhæredatum, nisi probasset ipse, quòd obsequium jugiter, prout ipsius naturæ religio flagitabat, parentibus adhibuisset, *l. Liberi* 28. *Cod. hoc tit.* quæ res duri-or erat, & meritò mutata, hæredi eo onere im-posito. Caussæ justæ olim erant positæ in arbi-trio Centumvirorum, hodie redactæ ad quatu-ordecim, quando agitur de exclusione liberorum per parentes; ad octo, quando agitur de exclusi-one parentum per liberos; ad tres quando agi-tur de testamento fratris, quo, præteritis fratri-bus, instituta turpis persona: qua de re latiùs in-fra, *ad tit. De lib. & posthumis.*

55 Quartò, non admittitur ad querelam, qui eam repudiavit, vel expressè, ostendendo se eâ uti

nolle, quod cuilibet est liberum, aut motam deferendo. *l. Nam etsi* 5. § 1 *h. t.* vel tacitè, acceptando legatum, tali testamento sibi relictum: quia videtur approbasse testatoris judicium, ... non post ignorare se exhæredatum, *l. 8. si quis conditioni h. tit.* Et hoc non tantum si sibi relictû acceperit, verùm & si filio aut servo, aut servum ... ditej ... fferit, aut manumiserit, ut suo arbitrio adiret. Videtur enim & hoc facto approbasse judicium parentis, *leg. Nihil* 12. *hoc titulo.* U.i &, si legatario hæres existens, legatum perierit, *leg. fin. §. final. h. tit.* Aut idem legatum sibi à legatario relictum acceptaverit, *leg. penult. § penult. hoc tit.* si hæreditatem ab instituto emerit, aut singulas res, sciens eas hæredis esse: si prædia conduxerit, aut simile quid fecerit, continentem se judicii approbationem, *l. si ponas* 23 § *pen h. t.*

56 Patiuntur dicta exceptionem; Primò, Si necessitate officii quis acceptaverit legatum ex testamento, quo exhæredatus, nomine scilicet tutorio. Removet enim approbationem officii necessitas, ut querelam movere suo nomine non impediatur, §. *si tutor Institut. eod.* Et contra, qui impugnavit testamentum ratione officii, caussa scilicet pupilli, non impeditur acceptare sibi legatum. Extra necessitatem officii, veluti petenti legatum ex testamento advocationem præbens aut procurationem suscipiens se excludit à querela, quod censeatur approbasse paternum judicium, *leg. final. in princip. hoc titul.* cum ad advocandi munus & procurationem nemo cogatur. Aliud est, si jussu magistratus advocationem quis præstiterit, *l. 5. §. advocatum inf. De his quæ ut indignis &c.*

57 Secundò, Si quis non sibi acceperit legatum, sed ut al i administraret id est restitueret, *dict. l.* 10. *in fine.* cû talis ex bonis paternis nihil consequatur. Neque enim videtur quis capere, quod ei necesse est alteri restituere, *leg. Non videtur: De R. I.* Nec facit, quòd petendo legatum sibi relict im videatur approbare judicium defuncti, quia cùm non cogatur agnoscere legatum, id videretur sponte facere, & sic in approbationem voluntatis, eo modo, quo alteri patrocinium præstans: cum hoc in casu sit, quod imputetur defuncto, qui nihil commodi penes legatarium manere voluit, *argum. l Nihil.* 12. §. *penult. h t.* ubi legatum sibi relictum, & postea ademptum, petens, sibi non præjudicat, quòd id testatoris vitio reputetur, qui nihil commodi reliquit legatario.

58 Consentiens patri se exhæredanti, aut eo nomine quidquam accipiens, etiam sub pacto de non movendo querelam, neutiquam sibi nocet quoad eam, *l. si quando* 31. §. 1. *C. h. t.* eo quòd hujusmodi pactum non tam censeatur liberum, quam metu expressum: ut nihil operetur, nisi post mortem patris approbatum fuerit, quia tum cessat metus. *d. §* 1. *in fine.*

59 Eadem ratione scribens testamentum, dictante patre, à quo exhæres esse jubetur, minimè dicendus incidere in S. C. Libonianum, sive spectes ejus verba, sive sententiam, *l. 8 § si quis inf. Contra tab. l Impuberum,* 22, § *fin. inf Ad L. Corn. de falsis,* cùm S. C. illud puniat illum, qui in testamento alieno quid sibi adscripsit, atque ita commodum captat, quod non captatur in hoc casu per exhæredationem, contra quam rectè querelam movebit, nihil obstante *d. § si sui quis* qui habet obesse scribenti. Quo casu an sit salva querela, quæritur? Negat Glossa *ibi,* propter ista verba. Verùm illa accipienda sunt quoad possessionem contra tabulas, de qua ibi, quam non solet exhæredatis Prætor accommodare. Ut querela non possit dici remota, cui non videtur renuntiasse taliter scribens, non sponte, sed motus paterna reverentiâ; nisi & post mortem ejus abstinere maluerit paterna hæreditate, V. Vasq. *de Success. lib.* 1. § 10. *n.* 527. Roder. Suarez. *ad l. Quoniam* 32. *num* 31 *& seqq. C. h. tit. in 10 ampliat.*

60 Illud non abs re hic Quæritur, An à querela removeatur, qui testamentum falsi arguit, nec peregit? Amittit quidem talis relictum sibi in testamento isto, quòd eo indignus sit, qui illud, quantùm in se fuit, destruere conatus est: & hoc, si usque ad sententiam perseveraverit, nam ante desistens salvum habet relictum, *l. 8. § meminisse hoc tit. l. Alia caussa Cod. De his quibus ut indig.* Ita tamen persistens privatur relicto, nisi gravatus fuerit aliquid restituere, ne facto alterius alteri inferatur gravamen, *dict § meminiss.*

61 Alia caussa est in proponenda inofficiosi querela, à qua non removetur, qui testamentum falsi arguit: ut nec contra, qui querelam proposuit, removetur à falso. Obstare vide ur *l si patronus* 19. *inf. De bonis libert.* ubi patronus, qui testamentum liberti falsi arguit, frustra agit postea contra tabulas. Quod ita rectè in patrono statutum, quòd is sibi videatur contrarius, qui postquam testamentum falsum dixit, contra tabulas vult agere: cùm è contra non possit dici sibi contrarius, qui postquam dixit falsum, recurrit ad querelam, & contra, unde & admittitur, *l Eum qui* 14. *Codic. hoc titul.* Ratio diversitatis est, quòd qui falsum arguit, postea agens querelâ, utatur alia

al[illegible]tione, aliâ agendi causâ, & ad eundem finem [illegible] tendat, scilicet eversionem voluntatis. [illegible] th. I habet in se legibus contrarium, quibus [illegible] est inhibitum, post unam actionem, quâ qu[illegible] non est consecutus intentum, diversam actionem proponere ad eundem finem. Alia ratio est [illegible] patrono, in d. l. 19 propterea quòd patrono [illegible] portes, [illegible] legitima relicta fuerit, cùm [illegible] causa salvum ei sit jus ad supplementum [illegible] Nisi & parte relicta se reddidisset indignum, temerè falsum dicendo testamentum liberti : ut supplemento sit indignus, quod sapit con[illegible] patris relictæ, ad quam agere non [illegible] nisi approbando testamentum, atque ita [illegible] contradicen[illegible] Nec obstat, quòd videatur agere contra tabulas : nam hoc ipso, quo supplementum sibi petit, non potest non fundari in ipsis tabulis ejus intentio, quibus tantùm pars relicta erat. Jason in d. l. *Eum qui*, Duarenus & Cujac. *ad leg.* [illegible] *7 inf. De petitione hæred.*

62 Quintò, Cessat effectus querelæ, si mortuus sit is, cui querela competat : neque enim ad hæredem ea transmittitur. [illegible] hoc olim, nisi præparata [illegible] a [illegible] 0, *l 6 in fine & l 7 h. t.* Ratio [illegible], quod querela sit odiosa, ideoque [illegible] da. Quod & hodie obtinet quoad

63 hæredem extraneum. *Mutatum verò est jure novo quoad suum hæredem, ad quem Justinianus [illegible] præparatam querelam transire [illegible] scilicet, hærede deliber[illegible] are, decessit ex[illegible] ætedar[illegible] competebat, qui ca[illegible] *Si quis* [illegible] 34. *Codic. hoc tit.* Ut in e[illegible] jure veteri dicendam fi[illegible] extra[illegible], & hoc exprimit *l pen[illegible] h. t.* Ratio est, quòd exhæredato [illegible] querelam, non in[illegible] qui contra [illegible] hæreditate, non habe[illegible] præjudicium. U[illegible] post [illegible] hæreditatem decede[illegible] querela ad nepotem ante [illegible] vetera, eatenus [illegible] exhæredat[illegible] negligentiæ est [illegible] Præparata querela dicitur, post. [illegible] agnita bonorum [illegible] ssio, *l. 6,* [illegible] Ad [illegible] ad suum hæredem videtur sufficere [illegible] nuntiatio, *d l 7* [illegible] ponder *l. s.* [illegible] propositum [illegible] querelam per [illegible] filius non prohiberi exequi, Cu[illegible] *Recit. ad d. l.* [illegible] *& 7.*

64 Alia hîc Quæstio est, An edictum successorium habeat locum in querela? Ut nepoti competat, cujus pater est exhæredatus, non est facilè admittendum. Nam aut exhæredatus filius patri est præmortuus, & est nepoti quasi agnato posthumo jus rumpendi testamentum avitum, quo est præteritus, quia hoc jam incipit non legitimè esse factum, §. *Posthumorum Institut. De exhæredatis liber.* Aut filius supervixit patri suo, & querelam præparavit, & eâ utitur nepos: aut non præparavit, & nepoti non est remedium, eo quòd nullũ jus ex suo capite possit prætendere nepos, quem præcedat filius, *leg. 6. De injusto rupto &c. l. Si quis 9. § 2. De liber. & posthum.* Excepto casu *l Si quis filium 34. Cod. hoc tit.* de quo supra. Non competit etiam nepoti bonorum possessio contra tabulas, *l. Illud 4 § 1. inf De bon. possess. contra tabulas:* quia non erat futurus suus hæres avo. In aliis posse esse locus successorio edicto, ut in parte contra testamentum filii, quo exhæredavit suos liberos, patrem præteriit, alio instituto hærede: nam si nepotes querelâ motâ non obtinuerint, pater admittitur, *l Pater 14. h. t.* Ubi Cujac. Quo spectat quod dicitur in *l. penult. in fine princ. hoc tit.* in querela successioni locum esse. Ratio d[illegible] verfitatis esse videtur, quòd nepotes non a[illegible] lids contra avi testamentum venire possint, quã[illegible] sui j[illegible] te nihil autem juris habent nepotes, quos pater præcessit. Cujus exhæredatio etiam eos removet, si eorum pater avo supervixerit. Non similiter exhæredatio nepotum nocet avo, cujus jus ab illorum capite non dependet, sed suo nomine competit. Et licet impediatur per nepotes, quibus est jus Potiùs in bona sui patris, jus tamen in querela non obtinentibus, avo jus suum apertum est, cujus respectu dispositio filii incipit timere injustitiam. Vid. Gomez 1. *Var Resol. cap. 11. num 21.* Donell. 19. *Comm. c 7.* Bachov. *ad Treut. d. disp 13 th 6. lit. C. & D.*

65 Sextò, Cessat querela in testamento militis, *leg. fin. h. tit.* qui est exemptus legibus civilibus, ut dictũ supra & tradetur latiùs infra *tit. De test. mil.* Non habet etiam locum super peculio castrensi, & quasi per filium facto testamento, ut dictum paulò ante Ad[illegible] & testamentum pupillare, contra quod frustra mater præterita querelam [illegible] tat, quia factum à patre, qui nullo jure cog[illegible] tur, uxorem instituere hæredem, ut non p[illegible] lius argui impietatis, qua de re dicetur quoque infra *ad tit. De vulg. & pupil substit.*

66 Septimò, Si aliquid fuerit relictũ liberis, Relinqui sufficiebat olim titulo quolibet sive insti[illegible] tuo-

tionis, sive legati, fideicommissi, donationis, *Inst. hoc tit. §. fin.* Cujus ratio videtur fuisse, quod non videretur notandus colore dementiæ, qui liberorum aut parentū memor fuisset; & quòd nō possit videri affectus injuriâ, cui à defuncto quid relictum est, ut cessare debeat odium querelæ, quod non meretur, qui impietatis argui nequit.* 67 Quod ita tamen videtur obtinuisse, si integra portio debita esset relicta *per d. §. final & l. 8. §. quoniam hoc tit.* ubi ad excludendam querelam dicitur sufficere, si quarta debitæ portionis sit relicta. Ad idem facit *l. 6. Cod. eod.* ubi liberis quarta bonorum patris, quæ ejus sunt tempore mortis relicta, facit eos de inofficioso dicere nō posse. Ad idem facit, *l. 3. §. toties inf. De bonis libert.* ubi toties ad contra tabulas bonorum possessionem invitatur patronus, quoties non est hæres institutus in debita portione. Et de integra portione intelligenda esse supradicta loca facit subsequens correctio per *l. Omnimodo 30. Cod. hoc tit.* quâ inductum, ut non sit necesse relinqui integram quartam, sed sufficiat aliquid eo nomine relictum esse, concessa actione ad supplementum. Accedit tantum esse id, quod relictum est, non videtur necesse, quòd leges ejus non meminerint, sed simpliciter habeant, relicta quarta excludit querelam. Nisi in casu, quo non est integra relicta, tunc enim non aliter removetur querela, quàm si relictum sit acceptatum & atque ita accipienda *d. l. 3. § fin. l. 10. § 3. inf. Contra tabb. & l. Titia 13. D. h. t.* ubi legatum relictum filiæ exhæredatæ non excludit eam à querela; & hoc quia non integra portio erat relicta.

68 Subrepsit hac in re error nimis crassus, & multis non animadversus, dum volunt olim sufficere, ut ad testamenti valorem quid relinqueretur liberis titulo quolibet. In cujus rei comprobationem, præter loca supra allegata, adducunt, & *Novell. De triente & semisse 18 §. 1.* ubi relictum legati aut simili titulo removet querelam, *leg. Ex asse 12. inf. Ad L. Falcid. leg. Qui filium 4. infr. Ubi pupil.* [illegible] ubi tantum fit mentio legati [illegible] exhæred[illegible] pro ista sententia facere *d. Nov. [illegible] §. aliud quoque*, ubi videtur quasi de novo inductum, [illegible] portio vel ejus pars relinquatur [illegible] institutionis. Verùm crassus, ut dixi, iste est error, qui expressè redarguitur per *l. Inter 20. inf. De liberis & posth.* ubi inter ea, quæ ad ordinanda testamenta desiderantur, principale jus est de liberis hæredibus instituendis aut exhæredandis; propterea quòd alias, præterito filio, qui est in potestate, inutile foret testamentum. Quod idem traditum *Instit. tit. De exhæred. liber.* & habent alia plura juris loca. Cujus ratio est, quod cum quasi domini rerum paternarum etiam patre vivo existimentur liberi, *l. in suis 11. inf. De lib. & posthum.* lex ad ejus dominii confirmationem eos institui voluerit, vel in ejus remotionem ex judicio paterno exhæredari, alias succederet legis dispositio, continuans prædictum dominium in liberis, & pro non scriptis habens aliter à patre disposita. Facit eodem quod Paulus habet *d. l. 7. inf. d. tit.* filio, in potestate præterito testamentum non valere, etiamsi patre vivo decesserit. * Certum autem est, honoratum legato 69 vel fideicommisso non posse dici institutum, nec per hujusmodi titulos induci institutionem, quæ est designatio successoris in universum jus, quod testator habuit tempore mortis, qui in locū defuncti subintrat, omnium rerum dominus titulo universali, cum priores illi tituli sint tantum singulares. Quod ipsum clarè est advertere ex *d. §. aliud quoque*, ubi Justinianus distinguit inter institutionē & alios titulos. Pulchrè hac de re Wes. *Inst. h. t. §. tam autem V. relicta.* Nihil adjuvant receptum errorem supradicta jura, *in § fin. in d §. quoniam in d. l. 39. & d. Novel. 18. §. 1.* neque enim accipienda, quasi simpliciter relictum tali titulo sufficeret ad testamenti valorem, sed solum ad removendam querelam, in casu, quo exhæredatio præcessit quia tunc tantum relictu excludebat exhæredatum a querela. Cujus ratio est, quod per exhæredationem sit satisfactum solemnitati testamentariæ, ad quam necessariò requiritur institutio vel exhæredatio suorum, ex ratione jam dicta. Quod autem querela cessaret, erat, quod, ut dictum, dementiæ aut impietatis argui non posset, qui exhæredatorum aut præteritorum memor in testamento fuisset. Et hoc faciliùs, quia querela est odiosa ut non sit minimum, relictum eo casu fuisse debitum ex testamento valido, in quo non est vitium formæ. Et hoc modo accepti dicti textus non contradicent certo juri, desideranti liberos in potestate aut scribi hæredes aut exhæredari. Nihil obstat *d. l. 31. & l. 4.* nam quod in iis testamentum, [illegible] relictum est legatum, videatur sufficere, [illegible] endum cum D. Viglio *ad d. §. [illegible] n. 2.* quòd [illegible] exhæredatio inter venerit. Neque enim hoc ibi negatur, & necesse est ita intelligere istos textus, secundùm alia jura, quæ ad valorem testamenti omnino requirunt liberorum institutionem aut exhæredationem. Quò facit textus in *l. Si ejus 64 in fin. inf.*

Ad S. C.

Ad S C.Trebell. ubi in eadem facti specie, quæ proposita est *d. l.* 52. fideicommissum relinquitur ab hærede instituto liberis ex hæredatis. Similis textus est in *l. Qui negotiationem* 58. *§. penult. De administ. tutor.* Et hoc modo *d. l.* 4. accipit Cujac. in *lib.* 21. *Digest. Salvii Iuliani.* Vide Gilken. *in Auth. Novissima n.* 26 *& seqq. C. h. t.*

70 Et hæc opinio secundum jus vetus processit. Circa quod contigit jure novo mutatio; Primo, quod non sit necesse integram relinquere legitimam, sed sufficiat relinqui partem, *l. Omnimodo* 30 *Cod. h. t.* concessâ actione ad supplementum.

71 * Cui actioni Bart. *ad l. Si quis* 34. *Cod. d. tit. & cons.* 4. vult quinquennio præscribi, ex eo, quòd succedat in locum querelæ, cui quinquennium præfixum; per regulam, quòd surrogatum sequatur naturam ejus, in cujus locum surrogatur. Verùm contraria sententia obtinuit, scilicet non nisi annis triginta isti actioni præscribi, quòd sit personalis. Facit, quòd jus petendi hæreditatem duret 30. annis: ut idem dicendum sit de supplemento, cùm quod juris est in toto, idem sit in parte. Pet. Gregor. *Syntag. Iuris lib.* 44. *cap.* 4. *num.* 17. Gomez. *d. c.* 11 *n.* 23. Ant. Taber *decade* 14. *cap.* 8. *num.* 3.

72 * Secundò, quòd non aliàs subsistat testamentum, quàm si debita portio, aut ejus pars, relicta sit titulo institutionis, nisi caussa legitima, eaque probata exhæredatum removeat, *d. Nov.* 115. *§. aliud quoque.* Cujus ratio est, ne cui temerè inuratur exhæredationis nota, ut indicat Imp. *d. Nov.* 115. *§ hac autem*; est enim injuria quædam, *l.* 8. *in princ. hoc t.* & indignatio, *l. Filius* 22. *h. t.* Vid. Fachin. 4. *contr. c.* 24. *& c.* 30. Bronch. *cent.* 1. *misc. ass.* 35. Bachov. *ubi sup. th.* 12. *lit. A.* Et hæc ita in liberis suis obtinere est extra dubium.

73 An autem ut suis, ita & emancipatis debeat relinqui portio debita titulo institutionis, Quæstio est. Inspecto jure veteri, quod non essent in potestate, nec instituendi nec exhæredandi necessariò erant, *Instit. De exhæred. liber. §. emancipatos.* Plerique hoc mutatum volunt, *Instit. d. tit. §. sed hæc quidem vetustas, & l. fin. Cod. de lib. præter.* propter textuum istorum generalitatem, per quam velunt sublatum esse differentiam patriæ potestatis & emancipationis; ut eodem Jure hodie sint emancipati, quo sunt sui. Verùm eos rectè reprehendit Vigl. *ad d. § sed hæc quidem*, sustinens ibi non adæquari omnino suis, sed filias & neptes suas & emancipatas adæquari masculis filiis & nepotibus suis & emancipatis, ut quo jure utuntur masculi, sive sui sive emancipati, circa testamenta suorum parentum, eodem & utantur feminæ, sive suæ sive emancipatæ, qua de re latiùs infra, *ad tit. de lib. & post.* Nec facit pro priori sententia *d. § aliud quoque*, dum negat licentiam parentibus exhæredandi aut prætereundi liberos, nisi sub certa forma; quia per hoc non potest dici Imp. sustulisse differentiam, quæ ante fuit inter suos & emancipatos, ejus nulla facta mentione, cùm, ut ante dictum, non sit inducenda correctio, nisi manifesta appareat mens legislatoris corrigentis. Quæ hoc in casu manifesta non est; imò non est mens, cum prædicta verba commodam habeant interpretationem, secundùm jus antiquum, quo emancipati præteriti agebant contra tabulas, exhæredati verò utebantur querelâ, quod remedium utrimque iis est salvum, nisi caussa subjecta eos removeat, Vigl. *d. loco in fine.*

74 Hinc venit alia resolvenda Quæstio, An mater teneatur instituere aut exhæredare liberos, ad testamenti valorem? Non desunt, qui id ipsum adserunt, per *d. §. aliud quoque.* quo habetur indistinctè, non licere parentibus exhæredare aut præterire liberos, ut matrem continere videatur. Verùm meminerint istius sententiæ auctores, non esse novum, leges posteriores ad priores pertinere, & secundùm illas interpretationem accipere, *l. Sed & posteriores* 28 *sup. De legib.* Cùm ergo secundùm leges veteres mater non teneatur instituere aut exhæredare liberos, sed præteritio ejus sit loco exhæredationis, iis accommodandum jus novum in *d. § aliud*, & exhæredatio, cujus ibi fit mentio, ad partem referenda, præteritio ad matrem; quo modo & illa verba accipit Cujac. ad *Nov* 18. Hoc tantùm additum est isto *§ aliud*, ut, nisi mater caussam præteritionis testamento suo inseruerit, illud everti possit, uti &, si inserta caussa non sit probata. Qui ultra quid innovatum esse volunt correctionem juris antiqui inducunt per *d. § aliud*, cujus nec mens nec ratio hoc fert.

Ultra in hac materia quærendum esset An & in testamentis liberorum hodie parentibus quid sit relinquendum titulo institutionis, ad valorem voluntatis? Nam hac quoque in re à jure veteri recessum esse tradit Jas. *in Auth. Novissima num.* 37. *C. h. t.* & vult. Vasq. *tomo* 1 *Success. §* 2 *n* 28. Et frequens Dd. caterva hanc opinionem amplectitur pergens non qua eundum, sed qua itur. Verùm de ea plura tradentur inferiùs *ad tit. De lib. & post.* ubi contrariam sententiam ostendemus esse juri magis conformem.

Contra testamenta fratrum querelam dari fratri præterito, institutâ turpi persona, dictum est

Cc sup-

sup. *num.* 21. & de jure est clarum, nisi cum aut infamiæ macula, aut sua ingratitudo removeat, *Nov. de nuptiis* 22 § *& quoniam*.

75 Ubi Primò Quæritur, An fratrem removeat relictum aliquid testamento fratris à querela? Vulgo receptum, non removere, eo quod querela non tam remittatur in fratris favorem, quam in odiū turpis personæ inducatur: ut nō obstante relicto nihilominus testamentum evertatur, *arg. leg.* 3. §. 1. *infra de leg. præst.* Ita tenet Vasq. *Success. tomo.* 1. §. 2. *numero* 215. allegans inter alios Castrens. *ad legem Fratris* 11. *num.* 5. *Cod. hoc titulo* Idem tenet Clarus §. *Testamentum quæst.* 50. *num.* 3. Verius tamen est fratrem removeri, cum Angelo, *Institut. hoc tit. in princ. n.* 9. *& in Auth. Res quæ Cod. Communia de leg* & cum Jas. *in l. Fratres* 27. *n.* 2. *Cod. h. tit.* Quò facit, quod in testamentis parentum ac liberorum sufficiat, ad removendam querelam, aliquid sit relictum exhæredatis aut præteritis: ut idem dicendum sit de fratribus, qui non debent esse melioris conditionis, quàm parentes aut liberi. Facit & quòd *d. leg.* 27. fundetur in injuria, qua affectus frater præteritus per fratrem, instituta persona turpi: cessare autē injuria si quid relictum sibi habeat Alias si fundaretur præcipuè in odio turpis personæ, etiam fratre non existente in medio, auferenda esset tali personæ hæreditas, quod nemo admiserit. Nihil facit, *dicta l.* 3. quia loquitur in casu, quo nihil relictum patrono, qui ideo agit contra tabulas totosum bonorum, Rod. Suarez *ad l. Quoniam in prior. C. h. t. in Evidentia lib. n.* 11.

76 Secundò, Quæritur, An ad removendam querelam fratri sit relinquenda integra portio? Volunt & hoc aliqui, secundum jus antiquum, de quo supra, quod nolunt esse mutatum in fratre. Verum obstat iis, *l. Omnimodo Cod. hoc titul.* quæ disponit, in omnibus casibus, quibus querela posset competere, sufficere in ejus remotionem relictum sit aliquid, etiam minus debita portione: ut & in fratribus idem sit dicendum.

77 Tertiò, Quæsitum est, Quo titulo sit relinquendum quid fratri, ut excludatur querela? Communi calculo receptum, & hic institutionis titulum desiderari, per *dict.* §. *aliud.* Verum iste locus loquitur tantum de testamentis parentum, quibus necessitas imponitur quid relinquere titulo institutionis, non etiam de testamentis fratrum; nec ullibi de illis quid cautum invenitur, ut obtinere debeat jus vetus. Quò facit, quod de mente Bart. *ad Auth. Novissima C. hoc tit. num.* 4. ne quidem parenti sit relinquenda legitima titulo institutionis, ut traditur infra, *ad tit. De lib. & posthum.*

78 Quartò, An in casu, quo fratri in testamento fratris nihil est relictum, totum testamentum evertatur, ne quidem salvis legatis & aliis capitulis? Posset id fieri, præter institutionem cætera salva manere, quod per eam solam peccatum sit in fratrem, *arg. d.* §. *aliud & §. justum autem d. Nov.* 115. Ita vult Donellus 6. *Comment c.* 15. *in fine*. Contra tamen dicendum, quòd illi textus tantùm agant de testamento parentum & liberorum, nihil autem disponant de fratribus. Ut eorum respectu dicendum sit integrum manere jus antiquum, quo per querelam totum testamentum rescindebatur, quod quia non mutatum in fratribus, non est prohibendum stare. Castren. *ad d. l.* 21. *num.* 4. Idem traditum supra *eod. circa pr. n.* 41.

79 Quintò, An caussa exhæredationis sit testamento inserenda & probanda per hæredem? Negativa est verior; non ex eo, quòd in *Nov. De nuptiis* 22. §. *& quoniam*. ubi referuntur tres caussæ, propter quas frater exhæredari potest, id non exprimatur, cùm loquatur tantùm de successione ab intestato; sed ex eo, quòd nusquam ad fratrum exclusionem requiratur ista expressio, & *Nov.* 115. illis applicari nequeat; cùm disponat tantùm super testamentis parentum & liberorum: ut exhæredatio & præteritio fratris sine caussa faciat subsistere testamentum, incumbatque præterito aut exhæredato probatio exhibiti officii fraternitatis, secundùm jus pristinum, quod non mutatum non est prohibendum stare, ut recte tradit Donel. *d. loco in fine.*

80 Lubet hic subjungere, An sufficiat relinquere legitimam, aut quid ejus nomine, titulo institutionis, an verò præter eam, quovis titulo relictam, aliud quid institutionis titulo sit relinquendum? Hæc quæstio hactenus in dubium non vocata, cùm constantissima omnium sententia fuerit, requiri ad testamenti paterni valorem, liberos, sit exhæredes eos non fecerit justa de caussa pater institutionis titulo esse vocandos ad legitimam portionem. Thesaur. *decis.* 18. Castren. Jason, & alii *in d. Auth. Novissima Cod. h. t.* In dubium eam rem vocat insignis Jurisconsultus Ant. Faber, *Error. Pragmat. decade* 14 *Err.* 6. ubi vult præteritum dici filium, qui in legitima tantùm institutus est, nullo alio relicto institutionis titulo, ad effectum, quem intendit *dict. Nov.* 115. Primò Quòd liberis quid sit relinquendum ex hæreditate paterna; legitima autem non sit pars hæredi-

hæreditatis, sed bonorum, quodque ratio ejus non ponatur, nisi deducto ære alieno Secundò, Quòd legitima sit certum quid; in certa autem re quis non possit dici institutus, alio instituto ex asse: negatque institutum ex legitima portione filium dici heredem patris, alio vocato ex reliqua substantia. Tertiò, Quod legitima sit debita liberis, cum dicatur debita legibus portio, ut ea potius per legem deferatur, paterque eam relinquens nihil videatur de suo relinquere. * Quæ opinio singularis est, & omnino nova, & (pace tanti viri dixerim) jure non fundata. Contraria verò hactenus ut recepta, ita & vera, quam & adstruit jus pristinum, tum Digestorum, tum Codicis, nec ullatenus impugnat jus novissimum, *in dict. Nov.115.* sed potius confirmat, cum ibidem expressissimè Imp. velit institui liberos, vel exhæredari ex caussa, & exhæredatos non excludi, per hoc, quod debitam legibus portionem alio quam institutionis titulo habeant sibi relictam, in quo posteriori solo recessum à jure antiquo, secundum dicta. Quod omnino de legitima intelligendum venit, quæ passim vocatur debita legibus portio, id quod est notius, quam ut probatione egeat. Accedit § *final Institut. eod.* ubi Imp. vult relinqui quartam liberis, sive pluribus, sive paucioribus, ut querelâ non agant; & *Novell.18.* quæ ultra legitimam portionem ibi auctam, dat licentiam parenti disponendi de reliqua substantia; item *Nov. De immensis donationib 92*, quæ vult unicuique liberorum servari partem ex lege debitam, sive id quod legitimum est, de reliquo relicta licentia disponendi parenti: quod & habet *l.6. C. Ad S.C. Trebell* quæ per gravatos à parente liberos vult restitui dodrantem hæreditatis, quarta manente penes ipsos liberos, nulla facta mentione alterius partis, liberis relinquendæ titulo institutionis.

Nec attendendum est, quod Dom. Faber dicta loca velit accipi de parte hæreditaria, quasi præter eam & legitima detrahenda foret ex bonis, citra judicium patris; cum simpliciter loquantur de una tantum portione relinquenda, vel, in casum gravaminis, per liberos gravatos restituere retinenda.

Ut primum argumentum neminem movere debeat, præcipuè cùm & olim hæreditario jure, id est, titulo institutionis, ad valorem testamenti, liberis legitima, vel ejus loco quid relinqui potuerit, *d § fin. Institut. eod.* qui agit de quarta portione relinquenda testamento paterno, & quidem illa tantùm.

Nihil etiam movet secundum. Nam licet legitima sit certum quid & certa portio, est tamen quota portionis ab intestato debitæ, olim quarta, in eaque institutus non potest non dici hæres secundùm omnia jura. Facit quòd & ipse Faber. *Decade 12. Err.6.* fateatur legitimam, ex mera juris ratione esse portionem hæreditatis, aut partis ejus, ab intestato contingentis.

Non obstat quoque tertium. Nam licet legitima sit debita liberis, non tamen ideo sequitur, quòd relinqui non debeat titulo institutionis, cùm lex eam & velit deberi à parente, & per illum relinqui, & quidem modo certo, scilicet institutionis; argumento ejus, quòd lex faciat liberos quasi dominos rerum paternarum, etiam patre vivo, & tamen velit illud dominium confirmari paterno elogio per institutionem. Ut non sit recedendum à receptissima hactenus sententia, ratione juris optimè nixa.

82 Cæterùm quia Legitimæ hoc in Tit. frequens est mentio, de ea aliquid subjungendum ad intellectum eorum, quæ hic tractantur. Eo nomine venit pars debita cuivis ab intestato Communiter accipitur pro quarta istius partis portione, quam lex voluit liberis, aut similibus personis relinqui, nisi ingratitudo eos removeat, *d.l.30. & l Quæ nuper 31. C.h.t.* unde & Legitima dicitur, & legibus debita portio. Græci vocant νομιμὸν μέρος id est, *legitimam portionem*, non φυσικὸν, Id est, *naturalem* Quæ quia exigua videbatur, aucta hodie ad trientem, si non sint plures liberi quam quatuor, sin ultra, ad semissem, *Nov. De triente & semisse 18. §.1.* Quod augmentum omnino obtinere in liberis est extra controversiam, cùm ex procemio *d. Novel.* pareat, eorum nomine inductum esse illud, propterea quòd iis pluribus existentibus pristina legitimę quantitas exigua esset, minusq; sufficeret

83 Quâ de caussa in controversiam vocatum, An augmentum hoc pertineat ad legitimam parentum? Ratio dubitandi est, quòd in iis vix habeat locum ratio inductiva prædicti augmenti, quia rarum est, ut parentes numerum quaternarium impleant aut excedant. Receptum tamen etiam parentes comprehendi: non ex ratione correlativorum, quæ in correctoriis admittat extensionem; cùm hoc non aliàs procedat, quam si sit par ratio, quæ hac in parte non subest: sed ex ipsis verbis finalibus *d.§.1.* scil. *Hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioso lege est decreta.* Decreta autem & in parentibus, ut patet *Inst. eod. §.1. & l Nam etsi 15. hoc tit.* ubi & parentibus piè relinqui

 debet,

debet aliàs lis est querela. Imò & legitimam deberi secundùm naturam parentibus habet *Nov.* 1. *in princ.* Quod ita procedet quoad trientem; nam quoad semissis augmentum vix est, ut locus sit in parentibus, eò quòd ista multiplicatio parentum rarissimè contingat. Vide Joan. Vaud. 1. *qu.* 50. qui contendit augmentum illud tantùm pertinere ad legitimam liberorum, ut & Bronch. *cent.* 1. *misc. ass.* 36. eòque etiam inclinare videtur Bachov. *ad Treutl. d. disp* 13. *th.* 13.

84 Controvertitur etiam, An & in fratribus locum habeat augmentum legitimæ? Probabilis est negantium opinio, quam tenet Glossa, in *dict. Auth. Novissima*, ubi Jason. *num* 36. & alii; ex eo, quòd fratribus non debeatur legitima nisi per accidens, & præteriti non habeant querelam ad eam consequendam, ut verba *d. Nov.* 18. cùm loquantur de liberis non videantur posse accommodari fratribus. Nec videtur facere, quòd querelam habeant, insti. tutâ personâ turpi; neque enim hoc tam defectu legitimæ non relictæ, quàm ratione turpitudinis ejus, qui institutus est, quem præferri fratribus visum indignum. Verùm cùm *dict.* §. 1. *in fine*, dicatur indistinctè, in omnibus observandum esse illud augmentum, in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioso lege est decreta; sit autem & decreta fratribus, licet ex accidenti, in casu scil. quo instituta turpis persona: rectiùs dicetur, ad horum quoque legitimam pertinere illud augmentum. Quò pertinet *Nov.* 1. *in fine pr.* ubi dicitur, interdum & fratribus partem distribuendam esse. Facit, quòd in *d. Nov.* 18. Imp. fuit motus ad augendam legitimam ratione exiguæ ejus quantitatis, præcipuè quando inter plures personas est dividenda; quæ & obtinet inter fratres, non tantùm quoad trientem, verum & quoad semissem, pluribus concurrentibus, ut non est rarum. Et facit, quòd hac in re potiores sint habendi turpi persona. Ita secundùm opinionem Petri & Cyni tradit. Vasq. 1. *de Success.* § 20. *n.* 213. Adde Cujac. *ad d. Nov.* 18. *in princ.* Fachin. 4. *contr. c.* 28. Bachov. *loco jam cit.*

85 Alia Quæstio est, An dictum augmentum dicendum sit spectare ad quartam D. Pii relinquendam adrogatis? Non videtur, quod *d. Nov.* 18. tantùm loquatur de iis, quibus ab initio competebat querela; non competebat autem adrogatis, saltem impuberibus, ut suprà dictum. Et licet videatur ratio aliqua subesse tamen in correctoriis non admittitur extensio, ex rationis paritate, aut etiam per subauditos intellectus. Dixi, saltem impuberibus; nam puberibus adrogatis ut querela ab antiquo competit, non etiam jus est ad quartam D. Pii, in iis, etiam locum habebit augmentum, secundùm *d. Nov.* 18. Quò facit, quòd adrogati sint instar naturalium & legitimorum liberorum instituendi quoque aut exhæredandi. Videatur Jason. in *l. Si adrogatum* 52. *sup. De adoptionib.* Peregrin. *De fideicom. art.* 30. *num.* 41.

Pro numero itaque personarum concurrentium debetur augmentum. Ubi Quæritur, An numerum augeat ingressus Religionem? Non est dubitandum, si post mortem patris contingat ingressus, quia mortis tempus inspicitur ad ponendam quantitatem legitimæ: ut jus, quod tùm temporis quæsitum liberis, non sit iis auferendum facto alterius. Secus dicendum, si antè mortem patris ingressus sit unus Religionem bonorum incapacem, quòd habeatur talis pro non superstite, atque ita non de familia, proinde partem non faciet, *arg. l.* 1. § *si pater inf. De conjung. cum emancip. liber* cum secundum communiter traditam regulam, qui non admittitur cum aliis, aut numerum non facit, nec partem faciat, per *l. Plane* 34. § *si duobus* ubi Jason. *n.* 28 *De legat.* 1. Bald. *in repet. l. Pater filio n.* 7. *in fine h. t.* Dixi, bonorum incapacem: quia aliàs monasterium numerum faciet, nomine ingressi, & partem capiet: si non obstet consuetudo loci, quæ ingressos ad hæreditatem non admittit aliquibus in locis. Jas. in *Auth. Novissima n* 47. *C h. t.*

86

87 Major Quæstio est, An exhæredatus augeat numerum liberorum? Posset videri, eum ideò non diminui, quod non habeatur pro mortuo, & videatur, etiamsi non quæratur ei, partem tamen fratri facere, *l.* 8 § *quoniam h. t.* Ad idem facit *d. l.* 34. § *si conjunctim, l. Hujusmodi* 84. §. *Si Tit. l. Si duobus* 15. *De leg.* 2. *l Si Tit.* 7. *De leg.* 2. quibus in locis qui partem non capit partem tamen facit. Verius est eum non augere numerum; si tamen egerit querela, & non obtinuerit, aut recusavit agere, quia habetur ac si non esset, & partem non facit, *l. Filio* 16. *in pr* & *l.* 17 *h. t.* ubi centumviri eredideruntalem filium in rebꝰ humanis non esse tunc, quando defunctus redditur intestatus: qualem & pro mortuo haberi vult *l.* 1 §. *sed et si patronus inf. De conjung cum emancip liber.* quæ habet, exhæredatum, vel agere recusantem, vel tempore exclusum, non facere partem, sed eam alteri agenti accrescere. Probat eandem distinctionem Bald. *d loco* Jason. *d. loco n.* 11 & 19. Peregr. *De fideicom. art.* 31. *n.* 11. Cujac. ad *l.* 10. § *liberi inf. de bonor poss. Contra tab.* Vasq. *d.* § 20. *n.* 205. Nec

88 Nec movere quemquam debet *d. l. 8. §. quoniã*, quia loquitur in casu, quo exhæredatus non est planè remotus, utpote qui adhuc agere potest, qui proinde cùm non habeatur exclusus, nec pro mortuo, non potest negari partem aliis facere, eamque auferre per quetelam, si caussa eum non removeat, *l. Pater 14 h. t.* nec est, quod quis dicat, ita obtinere in hæreditate non etiam in legitima? quia non potest dari justa ratio, ob quam filius ab hæreditate secludatur, legitima salva, cũ sit pars hæreditatis, ut ab hac alienus etiam ab illa alienus sit! nisi quis velit legitimam concedere exhæredato non querenti. Deinde quando habẽda est ratio legitimæ, tempore scil. mortis, aut eò, quo pater efficitur intestatus, exhæredatus non agens aut remotus pro mortuo habetur, & alter filius solus agens si obtineat, integram hæreditatem aufert, altero non concurrente, *d. l. 16.* quæ indistinctè remover agere recusantem, aut suspectum, non factâ mentione legitimæ. Idem habet *d. l. 17.* quę indistinctè dicit, repudiâris animo non venientem ad accusationem inofficiosi, non facere partem aliis: faceret autem, si legitima illi concedenda foret, quæ ex hæreditate abit, illamque diminuit. Et, quæso, quare legitima tantùm illi concedenda foret, & non etiam æqualis pars hæreditatis, ad quam illi jus, non minùs quam reliquis fratribus redacto testamento paterno ad caussam intestati; nisi propter, repudiationem, aut quia non obtinuit? ut habeatur atq; si in rebus humanis non esset, *d. l 17. in fine princ.* Unde rectè numerus liberorum est constituendus secun dũ liberos, capaces capere ex testamẽto patris, eo tempore, quo redditur intestatus, secundùm rationem *d. Nov. 18.* quæ ne propter pluralitatẽ liberorum diminueretur portio legitimæ, augmentum induxit. Ut, cessante illa pluralitate liberorum debeat & cessare augmentum. Cessat autem in casu, quo exhæredatus non concurrit. Nec rectè quis dixerit, ita procedere ex testamento, posse tamen ab intestato venire exhæredatum: nam hoc frivolum est, cùm dicatur non venire, & aliàs venire non possit, quàm ab intestato. Ut remotio exhæredati sit accipienda simpliciter, & seclusa omni via, quâ posset admitti. Non obstant reliqua Juris loca supra allata: nam quod in iis qui partem non capit, partem tamen aliis faciat, est, quòd ibi agatur de legato per modum damnationis, qui facit cessare jus accrescendi, cùm ab initio singulis faciat deberi partes, *d. l. 6.* Cujac. *ad l. 10. §. liberti inf Contra tab.* Adde Fachin. *lib. 4. c. 31.* Gomez. *d. loco num. 22.* Bachov. *ad Treutl. d. disp. 13. th. 15 lit. A.* Hillig. *ad Don. enucl. lib. 19. c. 4. lit. Z. vers. Sed unum exhæredati.*

89 Quæritur de filia per statutum ab hęreditate propter masculos extantes exclusa, an augeat numerum? Distinguunt auctores, an simpliciter excludatur, an verò dos sit relinquenda. Priori casu dubitatum quidem est, plerique tamen tradidere, filiam talem non augere numerum, nec facere partem fratribus. Peregr. *De fideicom. art. 38. nu. 14* ex ratione, quod exclusa per statutum censeatur exhæredata, atque ita quo ad successionem quasi pro mortua habita, ut sic nec numerum faciat, ad instar exhæredati, nec partem capiat. Eman. à Costa *ad c. si pater V subsequente nu. 12. De testam. in 6.* Castren. *in l. Planè 34. § si ita Titio nu. 8. De legat. 1.* Alex. *cons. 3. nu. 11. vol. 2.* Tiraq. *de Retr. p. 1. §. 1. gl. 8. nu. 15.* & alii, quos refert & sequitur Peregr. *d. loco.* 90 Posteriore casu, quo non simpliciter excluditur filia, sed dos ei salva est, major est quæstio. Sunt qui negent eam numerum facere, quod dos tamquam æs alienũ non ex hæreditate abeat, & quòd, sicut debitum externo non facit augeri numerum liberorum, ita nec debeat augere filiæ debita dos, & partem facere, cùm & hæc prius veniat deducenda. Peregr. *d. loco circa finem.* Posset tamen contraria sententia probabilior videri ex ratione *d. Nov 18.* per quam ideo inductum augmentum legitimæ, quod pluribus concurrentibus singulorum portio esset exigua. Cùm ergo dos debita filiæ faciat minorem esse aliis legitimæ portionem, dicendum aliis fratribus quatuor deberi semissem. Nihil obstante, quod dos debeatur tamquam æs alienum, nam & legitima est quasi æs alienum. Negari tamen non potest, si illa deberetur statuto filiabus, has aucturas numerum, ut rectè tenet Decianus, *cons. 46.* Quò facit, quod dos cedat loco legitimæ, *l. Quoniam 29. C. hoc tit,* præcipuè isto in casu, ut tradit Surd. *De aliment. tit. 3. q 1. nu. 59. & 61.* Et licet sit tamquam æs alienum, alia tamen est ratio veri æris alieni externis debitũ quibus nihil est juris ad hæreditatem. Boet *decis. 204.*

91 Ex dictis venit resolvenda & hæc Quæstio, An filia, quæ renunciavit hæreditati cum juramento, secundùm *cap. Quamvis De pactis in 6.* numerum faciat? Distinguendum an simpliciter renunciaverit, an vero dote vel legitima salva. Priori casu, cùm simpliciter renuntians hæreditati legitimam frustra prætendat, uti dictũ supra, *ad tit. De pactis,* sequitur eam, ut alienam à tota

hæreditate, nec numerum facere, nec partem capere, & proinde reliquis quatuor liberis tantum trientem deberi, secundùm rationem *d Nov. 18.* quod per eam non contingat diminui, alius portionem, Guido Papæ *decis. 295.* Nisi tamen portio filiæ istius cedat favori alicujus ex liberis, quia tunc partem faceret, si non per se, saltem per alium, & diminueretur aliis portio, quibus proinde debebitur semis, ut benè tradit Boer. *d. decis. 104. num. 9.* Posteriori vero, quo salvam habet legitimam aut dotem, cùm aliorum portio diminuatur, quidni & numerum dicenda augere, secundùm *d Nov. 18.* ut aliis proinde legitima sit futura semis. Et ita receptum communiter tradit Gail. 2. *Obs* 122. *n* 17. Tradit idem receptum, & ita judicatum in posteriori casu, Boer. *d. loco n.* 10. Vid. Mynf. *cent.* 4. *Obs.* 22. & Ant. Faber. *Decade* 12. *c.* 8.

92 Legitima itaque est aut triens, aut semis, pro numero liberorum concurrentium, quæ debetur post mortem patris tantū: quod omnino procedit de morte naturali. Quæstio est de de morte patris civili, non illa, quæ contingit per pœnam patris. Nam eo casu portio concessa liberis est salva, *l. 7. in princ. inf. De bonis damnat.* imo omnia bona videntur salva liberis, per *Nov. de mand. Princip. 17 § oportet* 12. ex hac ratione, ne puniantur, qui non deliquerunt; & per *Nov ut nulli judicum* 134. *§ fin.* excepto crimine læsæ Majesta-

93 tis: * sed de illa, quæ contingit per professionem Religionis approbatæ, qua in re dissentientes sunt auctorum sententiæ, ut videre est apud Vasq. *Illust. q.* 37. *n.* 10. Affirmant quidam, continuo ab ingressu deberi ac peti posse, eo quod professio talis sit quædam mors civilis, & inducat capitis diminutionem. Et videtur facere argumentum *l Sancimus* 53. *in fine & l. Deo nobis* 56. *in princ. vers nam & à maritis C. De Episc. & cleric.* ubi in casu, quo alter conjugum ingreditur Religionem, lucris nuptialibus quæ tantum post mortem debentur, continuò locus est. Adduci & posset *c. Cùm simus* ꝯ *De regularib.* ubi videtur filio permissum legitimam petere ex bonis patris ingressi. Abbas *in c. In præsentia num.* 59 ꝯ *De probat.* ubi dicit, quod, ex quo pater abjecit curam liberorum, æquissimum sit eos habere legitimam suam, ne sit iis necesse legitimam mendicare à monasterio. Ita Covarr. *De testam. c.* 2. *num.* 11 Fachin 6 *centr. c.* 13. & D. Gudelin. *De jure noviss. lib* 6 *c.* 10. *n* 5.

Contraria sententia aliis placuit, videturque probabilior Bart. in *Auth si qua mulier num.* 22. *Cod. De sacros. Eccles.* Movetur, quòd legitima non debeatur nisi post mortem patris, eamque naturalem, *l.* 1 *§. si impuberem inf. De collat.* per ingressum autem non contingat mors naturalis, sed civilis tantum, quæ non habet eundem effectum, nec æquiparatur naturali, nisi in casibus à jure expressis. Glossa in *can. Placuit* xvi. *q.* 1. quam probat Baldus, *Ad Aut. Ingressi nu.* 41. *C. De sacros Eccles.* Pro qua parte facit *l. Ex parte* 121. *§ pen inf. De V. O. & l Cùm pater* 77. *§. hæreditatem De legat.* 2. ubi fideicommissi in casum mortis conditio deportato gravato dicitur non existere ante mortem naturalem. Facit, quod viventis nulla sit hæreditas, *l. Qui superstitis* 94. *inf. de acquir. hered.* Respicit autem hæreditatem legitima, cujus est pars, ut infetius dicemus. Facit & *d Auth. si qua mulier,* ubi permissum patri ingresso retinere bona usque ad mortem, nisi continuò dividere ea malit inter liberos. Et tenet hanc opinionem Vasq. *d. loco*, Jason in *d. Auth si qua mulier* 52.

Nihil obstat *d. l.* 53. *&* 56. quia in singulari casu ita dispositum non est extendendum ad casus expressos: præcipuè quando agitur de evitanda communi regula quæ hac in parte est, quod vivo patre nullum sit jus filio ad legitimam, pro qua pronuntiandum.

94 Nec est laborandum de casu *d. cap. Cùm simus.* cùm in eo non aliud velit Pontifex, quam filium posse petere legitimam ex bonis patris ingressi, non viventis, sed demùm mortui, ut patet ex verbis finalibus ejusdem cap. *Bona paterna, quæ ex successione proveniunt, postulare:* quæ verba indicant mortuum esse parentem, quia successio non est nisi defuncti, quam rem pluribus probat Gutierrez. *Can quæst lib.* 2. *c.* 1. *n* 57. Hanc interpretationem adjuvet, quòd quando jus Canonicum non recedit expressè à civili, sit dicendum ei consentire, *c* 1. ꝯ *de novi oper. nunt.* quod hac in parte non facit, nec subest causa, cur faciat. Et hoc ita, si monasterium sit administrationis bonorum capax, aliàs certum est, continuò bona ingressi liberis competere. Quamvis etiam priore casu convenientius sit monasterio, adsignata portione liberis, à molestia alimenta iis præstandi liberari.

95 Post mortem igitur patris tantùm debetur legitima, sive ex hæreditate, sive, ut aliis placet, ex bonis, quæ post mortem patris repetientur. Ut proinde ex delicto filii non veniat in fiscum redigenda, nec pro condemnatione filii solvenda: nisi aliud habeat consuetudo, quam probat Jason

son *d. loco nu.* 8. & Covarr. 2. *Var. resol. cap.* 1. *nu.* 7.

96 Posset tamen pater filiæ volenti eam adsignare in vita, *arg. l.* 1. *§. si pater inf. si quis à parente manumiss. & l. Cum quo* 56. *§ finali inf. Ad L. Falcid.* Quò facit *l.* 8 *§. si quis mortis & l. si non mortis* 25. *hoc tit.* ubi quarta habita etiam titulo donationis excludit querelam, secundùm jus vetus: quod & habet *l. Quoniam* 29. *Cod. eod.*

97 Ubi Quæritur, An auctis patris bonis circa mortis tempus, filius legitimæ sibi patre vivo traditæ augmentum jure petat; Probabilior sententia est affirmans. Cujus ratio est, quòd legitima consideretur, attentâ quantitate bonorum tempore mortis. Et facit pro hac parte textus in *l. Si quando* 34. *§.* 1. *Cod. hoc tit.* ubi legitimæ adsignatæ in vita per patrem postea peti potest supplementum, non obstante pacto de non petendo. Nec facit, quòd ibi non fuerit integra adsignata: nam & hoc in casu non esse integram adsignatam facit augmentum bonorum circa tempus mortis, quod inspiciendum, *l. Cum quæritur Cod. hoc tit.* Nisi tamen pactum istud sit juramento confirmatum, secundum *c. Quamvis De pact. in* 6. nam hoc removeret ab hæreditate paterna, secundùm dicta suprà ad *tit. De pactis*, Jason ad *d. Auth. Novissima nu.* 9. Covarr. ad *d. c. Quamvis p.* 3 *§.* 1, *nu.* 2. Nihil obstat, quòd diminutio bonorum patris non obsit filio, nec propter eam cogatur conferre quidquam, si contentus sit parte acceptâ: quia in gratiam filii legitima in vita tradita est, quæ res non debet operari ejus præjudicium, nisi tamen lædatur legitima aliorum, secundum ea, quæ traduntur *tit. C De inoffic. dotib. & inoffic. donat.* Vid. Fachin. 4 *contr. c.* 27.

98 Quid si post mortem patris augeatur hæreditas? Videntur hac in re textus esse contrarii; nam *l. si patronum* 44. *§ fin. inf. De bonis libert.* negat augmentum deberi. Contrà *l. Servi* 43. *inf. Ad leg. Falcid.* habet, servos ab hoste post mortem testatoris reversos locupletiorem facere hæreditatem quoad Falcidiam. Inconciliatione horum locorum laborari tradit Jason, *in d. Auth. Novissima num.* 5 *&* 6. Verùm dicendum est, etiam deberi augmentum legitimæ, quando ejus caussa originem habet in vita patris, secundùm *d. l.* 43. qui servi reversi finguntur non fuisse capti, *l. Postliminium* 19. *inf. De capt. & postlimin. reversis.* Ad idem facit *l. Cùm quo* 56 *§.* 1. *inf. Ad leg. Falcid* ubi debitore ex post facto solvendo facto augetur hæreditas.

99 Nec obstat, secundùm Jas. *d. loco.* & alios ibi citatos, *d. l.* 44 *§. fin.* quia agit de legitima patroni, cujus non est tantus favor, ut apparet ex *l.* 1. *§. fin. inf. De bonis libert.* ubi dicitur inspici mortis tempus quoad debitam patrono portionem, aut quòd aliter obtineat in legitima, aliter in Falcidia, sed congrua differentiæ ratio non datur. Unde aliter solvenda hæc res, & dicendum, *d. §. fin.* agi de legata parte patrono debita, non etiam de eo instituto hærede in debita portione: hoc enim casu patrono sua portio augeretur ex superveniente postea augmento, non etiam illo, cùm quod postea accidit, cedat lucro heredibus, non legatariis. Nec est, quòd conqueratur patronus, cui debita portio relicta, inspecta morte testatoris quod sufficit Cujac. *ad d. §. fin. lib.* 5. *quæst. Papin.* Quòd si in vita patris non habuerit originis caussam, augmentum superveniens nihil proderit legitimæ, ejus quantitatem semel oportet esse limitatam. Vid. Boet *qu.* 61. *nu.* 2 *& seq.* Fachin. *d. lib.* 4. *c.* 26. Hoc notandum, in casu, quo adsignata legitima in vita patris, esse nihilominus illi quid relinquendum titulo institutionis, quia alias testamentum foret nullum; nisi exhæredetur: quo casu, nisi subsit caussa, non excludetur ab augmento.

100 Relinquenda legitima purè, & absque ullo gravamine, *l. Omnimodo* 30. *Cod. hoc tit.* ut nec fideicommisso gravetur, nec conditione suspendatur, nec moram ullam admittat. Quorum si quid adjectum fuerit, pro non adjecto habetur *l. Quoniam* 32. *Cod. eod.* eo quòd non tam videatur testatoris judicio, quam ex provisione legis deberi. Et hoc, licet tendat conditio in provisionem filii; quia semper continet diminutionem libertatis transmittendi legitimam ad hæredem. Et deinde est quasi patrimonium filii, ut videatur parens disponere super re aliena. Gomez. 2. *Var. Resol. cap.* 11. *num.* 27. ubi alios allegat. Relictum tamen supra legitimam rectè gravatur, quia id ipsum ex providentia patris ad liberos venit, ut illi sit licitum conditionem aut onus apponere, qua de re latius infra. *De condit. instit.*

101 Dicta non tantùm procedunt in liberis, sed & parentibus ac fratribus nam & his relinquenda legitima libere & absque gravamine, utpote ex provisione legis debita, *d. l.* 30 *in princ. & d. l.* 32. quæ hoc ita disponunt in personis, quæ testamentum inofficiosi arguere possunt. Est & pro ea parte textus in *l.* 3. *inf. si quis à parente manumiss.* ubi pater non tenetur præstare fideicommissum ex portione sibi debita, Roder. Suarez, *ad d. l.* 32. *ampliat.* 16.

Inter

102 Inter gravamina refertur, si legitima relinquatur in pecunia: vult enim *l. penult Cod. h. t.* ex substantia patris eam relinqui, id est bonis immobilibus, si sint. Nec facit, quòd *l. si quis filium 34. Cod eod.* loquatur de certa quantitate filio relinquenda; quantitas autem plerumque designet summam pecuniæ, & ut plurimùm rem pondere, numero, mensurâ constantem, ut tradit Brisson. *in Lexico V. Quantitas:* nam hic accipitur non de pecunia, sed de ipsa hæreditate, ut clarè patet ex *d. l. Omnimodo in princ. verf. nam si.* & quidem de ipsa substantia testatoris, *l. penult. §. repletionem C. h. t.* Ut, si aliena res fuerit adsignata pro legitima & evicta, ex substantia patris repletio sit facienda. Ita Fachin. *lib. 4. cap. 33.* Aliter Menoch. 2. *Arbitr. 63.* Suarez. *ad d. l. 32. ampl. 1.*

103 De eo disputatur, An filio in legitimam liceat eligere unam rem pro suo arbitrio? Volunt quidem id ipsum aliqui: receptius tamen vetusque id filio non licere: uti nec licet ex singulis rebus eam petere sibi designari, propter incommodam separationem. Ut rectius traditum sit, judicis arbitrio legitimam deduci vel in una aliqua re, vel ex pluribus. Covarr. *ad c. Raynaldus §. 2. nu. 10.* Potest & pater adsignare legitimam in re certa, nisi præjudicium aliquod filii versetur, Covar. *d. loco nu. 11.* Menoch. *d. loco nu. 3. 16. & seq.* Suarez. *d. loco nu. 7. 8. 9. 10.*

104 De eo item Quæri posset, An ex consensu filii sustineatur gravamen legitimæ appositū? Quod videtur aliquibus, ex eo, quòd consentienti non fiat injuria. Verùm dicendum, non aliàs subsistere gravamen, quam filii consensus juramento sit confirmatus, *c. 2. De pactis in 6.* vel post mortem patris gravāmen illud approbaverit filius, *l. si quando 35. §. illud C. hoc tit.* Aliàs non removebitur ad obtinenda legitima libera, integra, nisi patiatur sibi labi triginta annos, aut nisi sint, quæ

105 in legitimam imputentur, eamque suppleant.* Cujusmodi sunt ea, quæ impensa per patrem in emenda militia, quo nomine venit officium Palatinum, unde quæstus provenit, *d. l. 30. § imputari*, cùm militia augeat partem filii, diminuat verò partem aliorum. Ejusdem ordinis est dos, donatio propter nuptias, legatum, *l. Quoniā 29. C. h. t.* Item donatio alicujus rei, ratione Ordinis sacri assequendi, qui non confertur nisi iis, quibus vel per titulum, vel per patrimonium provisum est de alimentis, de quibus aliàs providere debere ordinans, *c. Episcopus ʒ de præben.* Similiter imputatur impensum in emptionem feudi aut emphyteuseos, ratione filii, quòd res ea portionem ejus augeat, cùm vendi possit, & ad hæredem transmitti, ut rectè tradit Castren. *in d. § imputari.* Impensæ in studia filii sunt extra imputationem, eò quod censeantur factæ ex pietate, si contrarium non comprobetur, *l. Quæ pater 50. inf. Famil ercisc.* qua de re infra, *ad tit. De collationibus.* Ubi etiam traditur, an impensæ in nuptias filiæ & ornamenta sint conferendæ. Sunt & extra imputationem impensæ factæ per patrem ad comparandum filio beneficium, quòd hoc non transmittatur ad hæredem, nec vendi possit, & subsit caussa pietatis. Castren. *d. loco nu. 1.*

106 Ambigitur de donatione simplici, an illa à patre accepta imputanda veniat? posset id videri per *§. fin. Inst. hoc tit.* ubi quarta habita donatione inter vivos facit cessare querelam. Negat tamen Covarr. *d. §. 2. n. 12.* quando scil. ea ab initio valuit. Nititur *l. si quando 35. §. & generaliter C. h. t.* Ubi expressum est, non aliàs in quartam imputari donationem inter vivos, quàm hoc à patre donante dictum fuerit. Bart. *in l. In quartam 91 nu. 10. inf. Ad Leg Falcid.* Ad idem facit Paul. 3 *Sent. tit. 8.* ubi donato à matre, vivo filio, non imputantur in quartam. Facit ad idem *l. Cùm quo 36 §. finali inf. Ad Leg Falcid.* ubi ideo donata sunt loco quartæ, quia hæres rogatus fuit integra legata præstare.

107 An fructus sint imputandi in legitimam, non attinet quærere, cùm legitimæ repletio sit facienda ex rebus hæreditatis, & substantia hæreditatis, *l. Scimus 36. §. repletionem C. hoc tit.* & quidem sine mora à morte testatoris, *l. Quoniam 32. C. eod.* Ut ea quæ traduntur in *l. Jubemus C. Ad S. C. Trebell* hic applicari nequeant, cùm spectent ad fideicommissum, quo post mortem filius gravatus ubi meritò dubitatur, an fructus interea percepti sint imputandi quartæ. Non etiam venit quærendum, an conditionis implendæ caussâ percepta sint imputanda: nam ex substantia hæreditatis, ut jam dictum, repletio est facienda, atq; ita ex bonis defuncti; non fuerunt autem in defuncti bonis, quæ conditionis implendæ caussa capiuntur.

108 Hæc ita de inofficiosi querela; quam præter alia excludit legitima, habita titulo institutionis vel integra, vel saltem pars, concessâ actione ad supplementum, quæ olim erat quarta, hodie triens vel semis, ut dictum, quæque moribus interdum amplior, secundùm quos alibi parentibus est tantùm libertas dispenendi de quinta bonorum, aut de tertia & quinta: ut reliqua substantia necessariò liberis sit relinquenda, & inter eos æqualiter dividenda. Interdum & omnia bona libe-

liberis competunt, non data licentia parentibus de iis disponendi aliquo modo ultimæ voluntatis.

109 E diverso Quæritur, An legitima lege, statuto, consuetudine diminui aut tolli possit? Jure naturæ debitam esse, vulgò receptum est, ut tolli non posse plerisque videatur, inter quos est And. Alciat. *Præsumpt. p. 1. c. 8.* ex eo, quod liberis dicatur deberi jure naturæ, quòd sit instar alimentorum, in eorumque locum surrogata, *l. Cùm ratio 7. inf. De bonis damnat. Nov. 1. in fine pr. c. Raynutius ☧ De testam.* quibus locis dicitur naturæ debitum: ea autem, quæ sunt juris naturæ, non possunt tolli per jus inferius. Minui quoque non posse est aliquorum opinio, quod idem juris quod est in toto, fit in parte, *l. Quæ de tota 76. inf. De rei vindic.* Et hoc ita quoad liberos; nam quoad parentes & minui & tolli posse admittunt, quòd non tam jure naturæ iis debeatur, quam civili, secundum Alciat. *d. loco.* Verius tamen, indistinctè eam & minui & tolli posse, ut habet magis communis opinio, teste Alex. *cons. 3. n. 9 vol. 7.* Cujus ratio est, quòd potissimum jure humano sit inducta, & ab eo dependeat ejus obligatio, per quod ideo tolli poterit, cùm ejus sit tollere, qui posuit: quam sententiam etiam amplectitur Castren. *in d. Auth Novissima num. 2. hoc tit.* In quam rem facit exemplum militis, qui per leges solutus solemnibus juris civilis, non tenetur liberis relinquere legitimam cùm & testamentum validum scribat, liberis sciens et præteritis, quibus non est querela, *l. 9. & l. Testamentum 24. C. h. t.* Quod leges permittere non potuissent, si legitima foret juris naturæ, à cujus præscripto non liberat lex humana.

110 Nihil faciunt loca in contrarium allegata, & similia, quæ volunt jure naturæ eam esse debitam. Neque enim hoc intelligendum, quasi ejus taxatio à natura sit, sed quod sit naturæ conveniens, hanc partem liberis relinqui. Quæ res non facit, quò minus juri civili adscribenda veniat ejus origo. Unde passim dicitur, necessitatem relinquendi liberis legitimam parentibus esse impositam per legem, ideoque vocatur *Legalis pars, Legibus debita. Legitima quarta.*

111 Nihil facit, quòd sit surrogata in locum alimentorum, ut, secundùm regulam surrogatorum, debeat sapere eorum naturam, atque ita, ut illa, tolli non posse: nam ista regula demùm procedit, quando surrogatio fit per omnia, adæquatè, Everard. *in loco à vi subrogatorum in fine.* Quod hic non fit, cùm legitima & debeatur in casu, quo alimenta non debentur, uti filiæ diviti, & contra alimenta sint præstanda in casu, quo non est actio ad legitimam, uti liberis militis præteritis; item pauperi matri præteritæ in pupillari. Hæc posterior opinio juri est conformior Cujac. in *Recitat ad l. 8. § quoniam hoc tit.* Vasq. *tomo 1. Success. §. 20. n. 196* Goveanus *ad L. Falcid. in præfat n. 8.* Alimenta tamen sunt relinquenda liberis, nisi caussa sit, quæ & ea deneget faciat, qua de re infrà, *ad tit. De liber. & posth* Prior tamen opinio aliquibus videtur æquior, secundùm Gail. qui in utramque partem auctores citat, *2. Obser. c. 121* Mynf. *cent. 5. obs. 43.* Fachin. *4. contr. c. 32.* Roder. Suarez. *ad l. Quoniam 32. Cod h. t. in declarat. Legis Regni limit. 2. in princ.* Adde Hillig. *ad Donel enucl. 19. c. 4 lit. V.*

112 Finaliter Quærere lubet, An legitima sit pars bonorum, an hæreditatis? Agitata hæc a plerisque quæstio. Bonorum esse quotam non hæreditatis, habet communis opinio Bart. *in l. Ex facto n. 1. inf. De hæred instit.* Salic. *in l. Scimus 36. in fine h. t.* Jason. *ad d. Auth Novissima n. 3.* & alii, quos citat Mantica *De conject lib. 7. tit. 8. n. 5.* Gail. *2. Obs. c. 120. n. 2.* Nititur hæc communis opinio; Primo *l. 6. Cod. h. t.* ubi ad excludendam querelam inspicitur, an quartam bonorum reliquerit testator mortis tempore. Bona autem non dicuntur, nisi quæ supersunt, deducto ære alieno, & funeris impensis, *l. 8. § quarta h. t.* Ut ex consequenti, cùm quota bonorum non faciat hæredem, filius in legitima institutus non possit dici hæres, atque ita nec ipsa legitima hæreditatis pars. Secundò. Quod hæreditas, ut talis, eo tineat onera; legitima autem veniat detrahenda demùm, deductis oneribus, ut dictum. Tertiò, Quod ad legitimæ supplementum non agatur petitione hæreditatis, sed condictione ex *l. Omnimodo 30. C. h. t.*

Verùm hujusmodi argumenta non sunt tanti momenti, ut à contraria opinione [quæ semper mihi visa juri conformior] quemquam meritò avertere possint. Pro qua facit; Primò, quod, ut suprà probavimus, legitima liberis debeat relinqui titulo institutionis, ut non possit non dici hæres, cùm talis titulus hæredem faciat. Rejecta eorum opinione, qui legitimam rem singularem esse volunt, & non relinquendam titulo institutionis, sed præter eam, aliam partem bonorum, ut satisfiat legi. Secundò facit *l. Ita tamen 17. § si patronus inf. Ad SC. Trebell.* ubi patronus institutus ex debita parte potest cogi adire & restituere, nemo autem cogi potest nisi hæres. Tertio

facit, quòd ex communi & veriori sententia, non possit filius retinere legitimam, repudiata reliqua hæreditate; ut tradit Covarr. ad *c. Raynutius §. fin. in fine*, & alii, quòs citat Vasq. *De Success. tomo 1. §. 20. num. 212.* ex ratione, quòd nemo possit hæreditatem pro parte amplecti, & pro parte repudiare per *leg. 1. & 2. infra De acquirend. hæredit.* ubi hac de re latiùs. Quam sententiam inter alios amplexus est Bald. *in Repetit. leg. Pater filium num. 6. versicul quæro nunc hoc tit.* ubi tradit ratione legitimæ succedi in universum jus, quod habuit defunctus, Vasq. *d. loco n. 211.* Sarmient. *Select. Interpret. lib. 8. ad l. Si quis servum §. sicut certam n. 18. De legat. 2.* Vid. Hillig. *ubi sup. lit.* E.

113 Nec obstat huic posteriori sententiæ, quòd antequam habeatur ratio legitimæ, deducatur æs alienum, & funebres impensæ: quia ista deductio ea de caussa fit, quòd legitima cedat æri alieno, & funeris impensis, quæ ponunt verum debitum legitima potius, quæ tantùm ponit quasi debitum. Ut meritò cedat æri alieno, ne, aliàs ante veri debiti deductionem frustra habeatur ratio legitimæ; quia posset hæreditas absumi per æs alienum.

114 Nihil facit, quòd vocetur bonorum pars, *d. l. 6.* cùm bonorum appellatio hac in materia etiam contineat hæreditatem, & veteres promiscuè dixerint hæreditatem & bonorum possessionem. Quò facit *lex 1. in princ. De bonorum possess.* quæ habet, bona plerumque dici universitatis cujusque successionem. Facit & argumentum sumptum à legato, quod non debetur nisi deducto ære alieno, & tamen describitur per Florentinum, *in l. Legatum 116. De legat. 1.* esse delibatio hæreditatis.

Atque ita patet solutio ad primum. Non obstat 115 secundum, * quod scilicet hæreditas, ut talis, contineat onera: legitima autem veniat, deductis oneribus: cum non necessario onera contineat, sed in casu, quo ea sunt. Posset enim dari hæreditas sine oneribus, quam nemo sanus dixerit ideo non esse hæreditatem. Ut nec desinet esse hæreditas ex eo, quia sit solutum omne, quod est loco æris alieni: cujus solutio facit quidem causam hæreditatis leviorem, non etiam alterat ejus naturam, ut jam dictum de legatis.

Non obstat tertium, quod ad supplementum 116 non agatur petitione hæreditatis, saltem secundùm communem sententiam; cùm inde non rectè inferatur, eam non esse quotam hæreditatis; neque enim mutatur rei alicujus natura, quòd diversa fortè actione petatur. Cujus caussa hæc est, quòd olim, nisi integra legitima esset relicta, querelæ locus esset, *§. 4. Institut. hoc tit.* quòd cùm mutatum sit per *l. Omnimodo 30. Cod. hoc tit.* qua inductum sufficere aliquid relictum nomine legitimæ, concesso jure agendi ad supplementum; & quia ista lege non exprimitur actio, communiter receptum agi condictione ex lege ista, secundum ea, quæ dicentur inferius de condict. ex lege. (Adde his Bachov. *d. disp. 13. th. 12. lit. C.* qui etiam in casu filii instituti, si non in ipsa legitima instituatur, contendit legitimam esse quotam bonorum.)

ADDITAMENTA.

Ad tit. 2, de inoffic. Testamento.

AD *n. III.* Querela inofficiosi, consuetudini & juri non scripto rectè adscribitur: quia non jure civili Eo enim uti quisque suæ rei legasset, ita Jus fuit, quippe cùm querela ejusmodi incognita *l. 8. pr. de bon. poss contr. tab. l. fin. de liber. & posth.* Nec ex jure prætorio: Quia prætor hæredem non facit, sed bonorum possessorem, *§. 2. Inst. de bon poss.* Relinquitur ergo, quod de jure civili & prætorio negatur, moribus, cùm speciem quartam Juris Romani non cognoscamus. vid. Arum. *disp. 7. ad. Pandect. th. 9. & Exerc. 10. th. 11.* Besold. *in delib. lib. 5. quæst. 17.*

Ad n. XIX. An Consuetudo, qua parentibus legitima in totum aufertur, valeat? vid. Mynf. *cent. 6. obs 44.* Gail. *2. obs 1. 2.*

Ad n. XLI. Verior mihi videtur sententia Clari, quia verba Auth. sunt generalia; Et si sequamur opinionem negantem, melioris conditionis erunt collaterales quàm descendentes.

Ad n. LXXXXII. An filius vivente patre habeat jus in legitima? Et de hujus quæstionis utilitate vid. ap. Mynf. *Cent. 4. obs. 25. per tot.* Filii præteritione, qui in vita patris suam legitimam accepit, an testamentum patris vitietur Vid, Mynf. *cent. 6. obs. 6a.*

Ad

Ad n. CV. Parens unius filii conditionem meliorem facere potest, quàm alterius, modò debita legitima neminem defraudet, ut est text *in l. parentibus* 8. *C h. t.* ubi Cyn. & Salic. *l Marcellus.* 5. § *quidam* 4. *ad S.C. Trebell l.* 77. § 8. *de leg.* 2. *l ex parte* 19. § 1. *ff. famil. ercisc. l. quoties* 10. *ubi Dd C. eod* Petr. Sanz. *tract. de divis. bon. lib.* 3 *c.* 1. Covarr. *in c. Raynald* § 2. ※ *de Testam.* Gail. 2. *obs.* 116. Quamvis enim dicatur ęqualitas inter liberos servanda, cùm inęqualitas sit discordię seminarium, *l.* 11 *l ult. C fam. ercisc. Aut in successionem C. de suis & legit. hared.* id tamen non affert necessitatem, neque astringit ipsum parentem; Jura enim adducta loquuntur de eo casu, quando parens decessit intestatus, quia tunc liberi debent ex ęquo succedere, cùm non appareat voluntas contraria, secus ergo est, si expressa sit patris voluntas in contrarium, Gail. 2. *obs.* 112 *n.* 24. Carpz *p.* 2. *c.* 12.

Ad n. CXII. Legitima quoad se, est pars hęreditatis, sed ratione computationis est bonorum, non enim aliter computari potest, quam ęre alieno, & impensis funeris deductis *l.* 9. § 9 *h. t.*

Filiabus utrùm debeatur legitima ex feudo, & aliis bonis alienari prohibitis, & quando & quantum, vid. H. Pistor. 2. *quæst* 18. Copp. 1. *obs.* 120 Heig. 1. *q.* 25. Bocer. *de success. feud. c.* 3. *q.* 47. Treutl. *Cons* 63. Goth, Anthon. *disp. feud.* 6. *th.* 8.

TITVLVS III.

De hæreditatis petitione.

SVMMARIVM.

1. *Hareditas quid?*
2. *Petitio hareditatis quid?*
3. *Cur dicatur mixta hac actio.*
4. *Actione in personam, in rem, aut mixta quid quis intendat.*
5. *Petitio hareditatis est actio universalis.*
6. *Sufficit hareditatem generaliter peti.*
7. *Neque exprimendum quo jure petatur.*
8. *Est bona fidei hac actio.*
9. *Datur heredi.*
10. *Idque aditâ hareditate.*
11. *Datur item haredi haredis.*
12. *Emptori hareditatis competit non directa sed utilis.*
13. *Datur & non uni tantùm, sed pluribus.*
14. *Nisi illi renuntiatum sit expressè vel tacitè.*
15. *Datur contra possidentem pro harede aut possessore.*
16. *Pro harede quis possidere dicatur.*
17. *Quis pro possessore.*
18. *Non datur contra possidentem rem titulo singulari.*
19. *Emptor hareditatis tenetur utili actione.*
20. *An idem obtineat in mala fidei emptore?*
21. *Explicatio* l. 1. C. De edendo.
22. *An & in emptore hereditatis à fisco?*
23. *Datur & in fideicommissarium hac actio.*
24. *Et in haredem haredis.*
25. *Item in vi dijectum.*
26. *In debitores hareditarios.*
27. *In eos, qui pretia exegerint hereditaria.*
28. *In patrem nomine filii, & dominum nomine servi.*
29. *Filio emancipato contra patrem.*
30. *In eum, qui se liti obtulit.*
31. *Veniunt in petitionem hareditatis res universa.*
32. *Non feudum ex pacto & providentia.*
33. *Veniunt & res non hareditaria, in hareditate reperta.*
34. *Item servitutes personales, non reales.*
35. *Item illa qua hareditati postea accesserunt.*
36. *Possessori rerum hareditariarum an liceat eas alienare.*
37. *Venit praterea restituenda pecunia hareditaria & res hareditatis caussa comparata, &c.*
38. *Item pœna ratione damni ex L. Aquilia.*
39. *Pensiones ex quastu etiam turpi.*
40. *Fructus qui veniant restituendi.*
41. *Usura quatenus veniant.*
42. *An & usura fructuum perceptorum?*
43. *Conciliatio* l. Neque 15. inf. De usuris cum l. Hares 51. h. t.
44. *Una re petita an veniat & res post possideri capta.*
45. *Fructus restituuntur deductis impensis.*
46. *Requisita ad petitionem hareditatis.*

POst specialem ex caussa inofficiosi hęreditatis, petitionem, quę est tantùm ex testamento, subjicitur generalis, quę datur, ex aliis caussis, sive ex testamento, sive ab intestato, aut de jure civili, aut pretorio, aut Senatusc. & petitur vel tota hęreditas, vel pars. Hoc Tit. agitur de ea, quę est civilis, & universalis. ¹ Est enim hęreditas successio in universum jus, quod defunctus habuit tempore mortis, *l. Hareditas* 62. *inf.*

infra De R. I. quod tempus inspiciendum, quia ante illud non est hæreditas, cum nulla sit successio viventis. Rectè dicitur jus, propterea quòd & absque ullo corpore intelligatur, aut ut ait Papinianus, in *leg. Hæreditas 50. in principio hoc titulo*, etiam sine corpore intellectum juris habeat, & non tam res singulas quam universas designet. Quamvis Seneca videatur improbare Jurisconsultos, quod aliud esse hæreditatem, quam ea, quæ sunt in hæreditate, adserant, in quem ideo graviter insurgit Petrus Faber, *ad dictam legem 61.* Et meritò certè, si Seneca ex sua persona id proferret, cum sit discrimen nec supervacaneum inter hæreditatem & res, nam istæ corpora sunt; illa verò jus quoddam incorporale quod etiam est, licet nulla bona sint, aut plus debeatur, quam superest, *leg. 3. in principio De bon. possess.* Quamvis qui hæreditatem petit, & corpora & actiones omnes videatur petiisse.

2 Petitio hæreditatis est actio, quâ petitur hæreditas, id est in rem universalis, bonæ fidei, quâ quis petit se declarari hæredem, & ut tali restitui hæreditatem. Dicitur in rem, quia datur in possessorem non obligatum ex contractu, sed ratione rei possessæ, quod est proprium actionum realium. *Institut. De actionibus* §. 1. Ut rectè dicatur *Petitio*: quæsitum enim jus reale hæredi per aditionem, per quam omnia defuncti bona & jura in hæredem transeunt, atque eadem ratione di-

3 citur & vindicari hæreditas, *leg. 8. hoc tit.* * Cui non obstat, quod in *leg. 7. Cod. hoc titul.* dicatur esse mixta, propter personales præstationes, quas habet adjunctas, ratione eorum, quæ ex rebus hæreditatis sunt vendita, aut eidem empta ex ejus pecuniis *leg. Item 20. §. 1. & 2. leg. Sed etsi §. penult. hoc tit.* nam hoc non nisi ex consequenti, cum primar ò sit in rem. Ubi quis non rectè objiciet, personales præstationes non sufficere, ut dicatur mixta actio quod aliàs & rei vindicatio esset dicenda mixta, quia in ea non solum rem petitam jubet restituere judex, sed & commodum ex re acceptum & damnum datum, *leg. Non*

4 *solum 13. inf. De rei vindic.* * Respondendum enim, quod an in personam, an in rem sit actio, initium ejus atque agentis intentio sit spectanda. Nam in rem agens tantum intendit rem sibi restitui, cætera damna & commoda veniunt officio judicis adjudicanda. Actione autem mixta intendit quidem actor rem ipsam specialem, simul tamen personales præstationes, *d. l. 20. hoc tit.* Unde fit quod mixtis actionibus non præscribatur longo tempore, uti realibus, sed tempore longissimo uti personalibus Vid. Maranta *p. 4. dist. 9. n. 9.* Grass. *§. Acquisitio hæreditatis q. 5. n. 1.* Bach. *11. contr. c. 61.* Bachov. *ad Treutl. volum. disp. 14. th. 8. lit. B.*

5 Dicitur, Universalis, quia est modus acquirendi per universitatem *Institut. Per quas pers. cuique acquir. §. finali*, sive quod per eam acquiratur corpus bonorum, quod varias res comprehendit. Nec movere debet, quod & partem hæreditatis, imò & rem minimam hac actione petamus. *l. Licet 10. h. t.* cùm & res singularis ad hæreditatem spectet, cujus dominium se declarari petit; & jus suum metitur hæres, non ex eo, quod possessor occupavit, sed ex eo, quod ipse habet *l. 1 § 1. tit. seq.* * Sufficit autem in genere hæreditatem pe-

6 tere; res singulas exprimere non est necesse, cùm in universalibus generalis libellus non habeatur vitiosus, Gail. *1. Obser. cap. 68. numer 1.* Covarr. *Pract. quæst. c. 12 n. 1.* Omnesque res censeantur petitæ, quæ sunt in hæreditate; in tantum, ut & res, quas postea possessor possidere cœpit, in

7 petitionem veniant, ut mox dicemus. * Similiter non est necesse, actor libello exprimat, ab intestato sit hæres, an ex testamento, cùm in actionibus generalibus sufficiat petitio generalis ex caussa proxima. *Quia sum hæres sum dominus*, ut dictum *sup. tit. De edendo.* Nisi Judex putet interesse rei, etiam remotam caussam exprimi, *l. Si defensor ad l. Si fine 9. §. illud inf. De interrog. in jure facien.*

8 Bonæ fidei hodie esse (nam olim fuit stricti juris) dubitari non potest, cùm in *§. actionum autem Instit. De actionib.* annumeretur actionibus bonæ fidei; & *in l fin. in fine C. hoc tit.* Imp. eam bonæ fidei esse voluerit. Rectè; cùm propter augmentum & decrementum hæreditatis, variasque præstationes strictis judiciorum regulis ista petitio concludi nequeat, neque certi quid præscribi possit, quod alterum alteri præstare oporteat, sed ex variis circumstantiis plus vel minus præstandum veniat, quod ideo ex bono & æquo judicis arbitrio definiendum. Cætera definitionis verba ad finem petitionis spectant.

9 Datur hæc actio jure civili hæredi, sive scripto sive legitimo, sive per se sit hæres, sive per alium in potestate sua existentem, *leg. 1. 2. 3. hoc titul.* quia perinde est, ac si ipse parens vel dominus esset scriptus, cui in effectu acquiritur hæreditas *Inst. Per quas pers. cuiq. acq.* Quatenus tamen jussu patris aut domini adita hæreditas, *§. sed si hæres Inst. d. t.* ne aliàs contingat patrem aut dominum invitum obstringi hæreditati fortè onerosæ,

Ubi

Ubi fieret videri ex jussu patris aditam hæreditatem longum tempus, quò hæreditatem filius detinuit, *l. si filiumfam. 10. C. h. t.* Eoque facit, quòd Dd. tradunt, Solemnitatem necessariam præsumi adhibitam ex temporis diuturnitate, quos allegat Gabriel. *lib. 1. Commun. opin. t. de præsumpt. concl. 1.*

10 Non sufficit autem ad hanc actionem proponendam, delata sit hæreditas, quam quis consequi potest, sed necesse est, adita sit; nam ante aditionem non est jus in re, sine quo non exercetur actio realis, qualis est hæc.

11 Datur & iis, qui hæredi succedunt, qui censentur hæredes ei, cui primus hæres extitit. *l. 3. h. t.* cùm hæredis hæres testatoris sit hæres, *l. fin. C. De hæred. instit.* Filio emancipato quin detur, etiam contra patrem, occupantem maternam hæreditatem, non venit dubitandum, cùm nihil sit, quod actionem impediat, *l. fin. C. h. t.*

12 Emptori hæreditatis non competit, saltem directa, quæ tantùm hæredi datur. Non est autem emptor hæres; & licet in locum veri hæredis successerit, à quo emptam hæreditatem aut donatam tenet, non tamen tam titulo universali, quam singulari, ex conventione, quæ hæredem non facit, *l. 5. C. De pactis convent.* cùm id tantùm fiat per testamentum aut legem, *§. quos autem Instit. De bonor. possess.* Utilis emptori videtur competere, *l. 5. C. De hær. vend.* & hoc ex D. Pii rescripto *l. si cum emptore 16. sup. De pact.* non tantùm, si à fisco emerit, de quo agit *l. Et qui partes 54. & l. Nec ullam 13. § item si quis h. t.* sed & si à privato: quamvis Castr. in *d. l. Et qui* hoc casu tantùm velit competere personalem. Cui contradicit *l. fin. C. De hæred. vend.* quę ut personalem redimenti actionem dicit competere personalem utilem, ita & realem comparanti vult competere eandem facultatem. Cujac. *in l. 1. circa finem h. t.* Et hoc ita, si non cessa fit actionum cessio per hæredem faciet directam competere *l. 5. C. De hær. vend.* Habet & utilem ille, cui ex Senatusc. est restituta hæreditas, *d. l. 54.*

13 Non unus tantùm, sed & plures hanc actionem intentant, sive simul inchoando judicium, sive separatim, postea per unum inchoato judicio. Quo casu superveniens non impediet priorem, quò minùs ad sententiam citius perveniat, nec executionem: ita tamen, ut officio judicis prior, secundum quem judicatum, cautione vel satisdatione victo medeatur rem salvam fore ei, qui tardiùs venit *l. Cum idem 17. h. t. l. Is à quo 57 inf. De rei vindic.* Et hoc, si posterior adferat quidem jus sibi esse, non tamen neget jus esse priori nam si neget atque ideo à judicio velit repelli, impediet processum judicii. Tenetur enim judex cognitionem super eo adhibere, & pronuntiare, in quacunque parte judicii hoc objiciatur, eò quod hujusmodi oppositio posterioris contineat exceptionem, *Tua non interest*, quæ est peremptoria, & quacumque judicii parte opponi potest, *l. 2. C. Sentent. resc indi non posse l. Titia 35. ubi* Barbosa *n. 8. inf. Soluto matrim.* Vide Fach. *1. controv. c. 5.*

14 Quæ ita procedunt, nisi vel expressè vel tacitè huic actioni quis renuntiaverit: veluti legatum accipiendo ex testamento, *l. si pars 10. sup. t prox.* quòd sic videatur agnovisse judicium. Nisi per errorem crediderit testamentum validum, qui error faciet eum propter legatum acceptum non impediri à petitione hæreditatis ab intestato, *l. Postquam 43. h. t.* Uti & is legitimam hæreditatem vindicare non prohibetur, qui ignorans testamenti vires, defuncti judicium secutus eam vindicavit ex testamento, *l. Legitimam 8 h. t.* quòd error non inducat repudiationem, *l. Mater 19 sup. De inoffic testam.* Scientia faciet, alteram viam quasi repudiatam eligi non posse, *leg. fin Cod. De codicil.* qua de re infra, *tit. De acquir. hæreditate.*

15 Tenetur hac actione quisquis possidens pro hærede, aut pro possessore, sive totam hæreditatem, sive partem, sive rem particularem, etiam minimam, *leg. Regulariter 9 & l. 10. hoc tit.* Nec obstat, quòd res una non sit hæreditas: metimur enim hâc actionem ex actoris intentione, & jure, quod est ad universitatem, nō & ex eo, quod occupavit possessor, cum sufficiat propter quantulamcumque rem, quę possidetur fieri controversiam. Tenetur verò, sive vel ipse verè possideat, sive possidere desierit, dolo tamen, *leg. Nec ullam 13. §. item si dolo hoc titulo* qui perinde condemnatur, ac si rem penes se haberet, *leg. Sed etsi 25. § proinde hoc titulo.* quod dolus fictione repræsentet possessionem. Si tamen is, qui nactus possessionem, paratus sit judicium pati, liberatur qui possidere desiit. Nisi petentis intersit, *dict. leg. 13. § ult si quis dolo*, ut quia difficilis conventu, propter potentiam, aut aliàs. Non interest autem, si possessor corpus, aut litis ęstimationem pręstiterit, *leg. Stichum 95. §. dolo fecisti infra De Solut.* E contra tamen si is, qui dolo desiit possidere, eo nomine condemnatus præstiterit litis æstimationem, non liberatur possessor. Ratio est quod in eum, qui dolo possidere desiit, detur actio, tamquam possessorem,

cum non sit possessor, & ideo quasi pœnalis. Pœnæ autem exactio non perimit rei persecutionem, etsi è contrà exactio rei aut æstimationis perimat actionem pœnæ, quæ non competit nisi ei, cujus interest: isto autem in casu non interest.

16 Pro hærede possidere dicitur, non qui verè hæres est; nam ab eo non vindicatur hæreditas, nisi ex caussa inofficiosi: sed qui putat se hæredem esse, existimans sibi jure hæreditatem restitutam, cum restitutio fuerit invalida, utpote à non hærede facta; vel etiam qui scit se hæredem non esse, tamen quasi hæredem se profitetur mendaciter. Videtur & possessor bonorum pro hærede possidere, qui tamen non est hæres. * Pro possessore

17 possidet, qui nullam caussam vel saltem non justam aut titulum obtrudit, & interrogatus, cur possideat, respondet, quia possideo, *l.* 9. 10. 11. 12. 13. *hoc tit.* cujus ordinis est prædo, fur. Nec excusabit titulus, si talis, sit, quem lex improbat, ut titulus pro emptore, si sit res empta à furioso; pro donato, si res ab uxore marito donata sit; pro dote, si accepta sit à minore annis nupta, de quibus & aliis agitur *d. leg.* 13. Ratio est quòd non possit ignorari, titulum talem esse inutilem, cùm jus publicum obstet. Posset & ut malæ fidei possessor condemnari, qui cùm sciret se hæredem non esse, abutitur tamen nomine hæredis. Quod autem nullam caussam suæ possessionis adducens, teneatur, est, quod eo ipso controversiã hæreditatis se facere velle ostẽdat. Et licet nemo cogatur possessionis suæ titulum allegare, hic tamen cogitur, quod censeatur habere animum faciendæ controversiæ *leg. Cogi* 11. *Cod. eod.* Neque ea res potest dici continere quid in civile, quasi contra se adversario arma subministret, contra *l. Nimis Cod. De testib.* nam si justam caussam allegaverit, hanc actionem à se avertet.

18 Quid si bona fide rem emptam aut donatam, aut alio titulo singulari acquisitam quis habeat? Non tenebitur hac actione quod non possideat pro hærede, aut pro possessore, aut ut rem hæreditariam, nec erit hujus actionis usus, in qua inter petitorem & possessorem contentio est de jure hæreditatis. Tali autem titulo possidens ejus, qui se hæredem adserit, intentioni non adversatur *l.* 2. *& leg.* 7. *C. h. t. l.* 4. *C. In quib. caus. cessat longi temp. praescr* Est tamen petitori consultum vindicatione, *dict. leg.* 4. *& leg. Haredes* 25. § *quod pro emptore inf. Fam. ercisc.* Ratio diversitatis est, quòd vindicatio versetur in dominii contentione cui repugnat possessor titulum allegans ideoq; in eum competit. Petitio autem hæc fundatur in jure & possessione defuncti, qui potest non fuisse dominus: cui ideo non contradicit habens titulum & possessionem, quia non negat alium hæredem esse. Neque enim quid ad se, hæres sit nec ne, sed titulum suum allegat & jus, ut sit in pari caussa, & proinde potior in possessione *cap. In pari De R. I. in* 6. Et hoc ita in re singulari bona fide acquisita; quamvis aliter Covarr. *d. cap.* 12. *num.* 2. sentiat. Vid. Fachin. 11. *c.* 4. Bronch. *cent.* 1 *misc. ass.* 27. Bachov. *ubi sup. th* 4. *lit.* C. *& th.* 16 *lit.* B.

19 Quid in possidente emptam hæreditatem? Directa actione eum conveniri non posse, ex eo patet, quòd ista tantùm teneatur hæres: non est autem hæres emptor. Verùm quia loco hæredis est, utilem in eum dari habet *d. l.* 13. § *quod si quis.* Videtur tamen non aliàs hoc procedere, quam si venditor vel non extiterit [semper enim hic tenetur sive pretium acceperit sive petere possit, & hoc ut actionibus cedat, *l. Quod si in diem* 17 *§. idem Iulianus hoc tit.*] vel modico distraxerit, eò quòd non expediat à venditore peti, propter exiguũ pretium, *d. §. Quod si quis cum seq.* Et hanc distinctionem, scilicet quod non alias perveniatur ad emptorem, quam si res à venditore salva haberi nequeat, in bonæ fidei emptore servare æquum est.

20 An etiam in malæ fidei? Posset videri, hunc propter malam fidem teneri quasi pro possessore & prædone, atque, ita statim utili petitione in eum agi posse. Respondit tamen Ulpian. *dict. leg.* 13. *§. si quid sciens*, non habendum Prædonem eum, qui pretium numeravit: ut videatur in tali emptore etiam habere locũ prædicta distinctio.

21 * Verùm obstare huic videtur *l.* 1. *Cod. eod.* quæ habet, eum, qui dimidiam partem bonorum emit mala fide, quasi malæ fidei possessorem esse, & teneri omnes fructus restituere: atque ita si teneatur ut malæ fidei possessor, tenebitur & pro prædone, *l. Sed etsi* 28. *§. si ante hoc t.* Quo modo accipi volunt istam *leg.* 1. *Cod. De hared. petit.* quod & verba quædam ibi videntur insinuare, & vult Rubrica, sub qua lex posita. Verùm dicendum, non agi ibi de hæreditatis parte, vendita, sed de parte bonorum atque ita rerum singularium. Quod patet ex distinctione ibi posita, scil. quod, si venditio sit posterior mota controversia, omnes fructꝰ veniant restituendi, si verò antiquior, illi tantùm, qui post litem contesta-

tam

ctatam sunt percepti. Quæ res obtinet in rei vindicatione: nā quoad hæreditatis petitionem fructus percepti indistinctè augent hæreditatem, & simul petiti censentur. Quod ista lex satis indicat per subjunctam clausulam, *Si ab eo possideatur hæreditas, à quo peti potest*, hoc est, qui possidet pro hærede aut possessore: non possidet autem emptor, de quo ibi, Vid. Fachin. 1. *contr. c.* 4. Bachov. *d. tb.* 16 *lit. D.*

22 Quid si hæreditatem quis emerit à fisco quasi vacantem? Respondet Ulp. *d. l.* 13. *item si quis à fisco*, æquissimum esse, utilem actionem adversus eum dari, ut & ille eodem jure cum cæteris emptoribus habeatur. Cui contrarium videtur, quod statutum *leg.* 2. *&* 3 *Cod. De quadr. prascript.* quæ habent, ementem à fisco quamlibet rem, pro inde etiam hæreditatem, continuò fieri securum, & contra fiscum tantùm superesse actionem ad quadriennium. Posset dici, illas constitutiones esse posteriores, atque ita de illis non sensisse Ulpianum. Rectiùs dicetur Ulp. loqui in casu, quo contra fiscum actio non est, ut quia vendidit ea lege, ne teneretur. Cui respondet, quod antè dictum, non alias contra emptorem agi, quàm si à venditore res salva haberi non potest, Donel. 19. *Comment. c.* 12. *circa finem.*

23 Datur & in fideicommissarium hæc actio, cui hæres parvo pretio vendere jussus, eo quòd ab hærede eam peti non expediat, perexiguum habente pretium, *d. leg.* 13. § *idem erit.* Quod & dicendum, si, retenta certa quantitate, restituere jussus, ex eadem ratione *d. l.* 13. § *sed etsi*: item si recepta quantitate à fideicommissario conditionis implendæ caussa, quòd non possideat eam pro hærede, *dict. leg.* 13. §. *sed etsi* quod ea pecunia non sit hæreditaria. Excipitur acceptum conditionis implendæ caussa à statu libero, quod pecunia talis sit hæreditaria, cùm ex peculio, quod mortis tempore habuit, veniat solvenda. Ut secus sit dicendum, si alius dederit, aut ex eo, quo post mortem domini quæsivit, solverit *leg. Quod conditionis* 36. §. 1. *infra De mort. causa donat.* Quod dictum de emptore, probandum est in aliis, habentibus hæreditatem à non verò hærede, ex alia quavis justa caussa, uti donatione, dote, *d. l.* 13. §. *apud Marcellum.*

24 Tenetur & hæredis hæres, cujus repræsentat personam, non tantùm quando ille pro hærede vel possessore possidet, sed & quando pro emptore, donatore, aut alio modo, quatenus scilicet hæres tenebatur, *dict. leg.* 13 §. *hæredem*: quia cùm repræsentet ejus personam & jura, consequens est, ut etiam actiones ejus nomine excipiat.

25 Datur & contra eum, qui vi dejectus, quasi juris possessorem, quia habet interdictum, Unde vi, procedere cogitur, *l. Quod si* 16. §. *Iulianus hoc tit.* ubi dicitur agi etiam in dejicientem, quia res hæreditarias possidet pro possessore.

26 Datur item in debitores hæreditarios, *dict. leg.* 16 §. *non solum*, quasi juris possessores, sive debitores ex delicto, sive ex contractu, *l. Sed et rum* 14. *hoc tit.* Si in diem aut sub conditione debeant, inspiciendum tempus rei judicatæ, an tum dies vel conditio venerit: aliàs officio judicis cavere debebunt, de restituendo debito, cum dies venerit, aut conditio extiterit, *d. l.* 16. *in pr.* Quod tamen ita intelligendum videtur, si debitores se esse hæredes contendant, ideoque negent solvere; non etiam, si ideo differant solvere quod nesciant petitorem esse hæredem *l. si debitor* 42. *h. t.* eum non faciant controversiam hæreditatis. Vide Donel. 19. *Comment. cap.* 13. *vers. Tertia differentia.*

27 Tenentur etiam, qui pretia rerum hæreditariarum vel exacta à debitoribus hæreditariis possident, aut æstimationem litis ab alio ejusdem hæreditatis possessore sunt consecuti, quòd hæc sint hæreditaria, *d. l.* 16. §. 1. *&* 2. aut etiam jus aliquod, *l.* 9. *h. t.*

28 Conveniri & hac actione patrem nomine filii, & dominum nomine servi, qui res hæreditarias tenet, affirmat *leg. Filiifamilias* 34. *hoc titul.* si facultatem restituendarum rerum habeat. Quia etsi pretium rerum hæreditariarum servus in peculio habeat, potest à domino tamquam juris possessore hæreditarium peti. Idem obtinet, si pretium rerum needum sit consecutus servus, quod habeat actionem ad illud consequendum, *l. Iulian.* 34. *h. t.* qualis rem habere videtur.

29 Datur præterea hæc actio filio emancipato contra patrem, quia per emancipationē cessat ratio, ob quam inter patrem & filium jus civile actionem denegat, *l. fin. hoc tit.* Quod idem dici posse videtur in eo, qui se gerit pro emancipato, nisi pater aliud probet. Quo modo in *l.* 6 *Cod hoc tit.* avus contra tutores nepotum, quos filio emancipato retinuisse se in potestate dicit, hac actione utitur.

30 Datur postremo & contra eum, qui cum nihil possideat liti se offert *l Qui se liti* 45. *h. t.* Idque ratione doli, qui non debet esse impunitus, & interesse

esse actoris non decipi, *d.l.13. § non solum.* ita tamen, si ante litem contestatam actor nescivecit eum non possidere: quia fieri non sit injuria, Si demùm post litem contestatam intellexerit, nihilominus res cœpta peragenda, *Auth Qui semel C, Quomodo & quan jud sent.prof.deb.* & æstimabitur, quanti interfuit actoris non decipi, *d.l 45. & l.si is qui se 25.tit.seq. De rei vindic.*

31 Veniunt in hanc actionem res universę, sive jura, sive corpora sint, *l.Item videndum 18.§ fin.h. t.* quæ sunt hæreditaris, quam defunctus, cum moreretur, reliquit.

32 Feudum venire communiter negatur, quòd jure hæreditatio non habeatur: neque enim feudi successor habetur hęres. Quod accipiendum de illo, quod vocant ex pacto & providentia, quod oneribus hæreditariis non est obnoxium, ut dictum in *Tract. de Feudis c.10.nu.51.* Hæreditarium autem, quod acquisitum pro se & hæredibus quibuscumque, sub hac petitione contineri communis est conclusio, & illud non est liberum ab oneribus hæreditariis: qua de re Gail 2 *Obs.c.154.* Quæ distinctio multis in locis supervacua, in quibus feuda sunt redacta ad instar patrimoniorum, ut à cæteris rebus non separentur, & huic actioni subsint, ut tradit Costal. *ad l.18 § nunc videamus hoc tit.* Vid. Valasc. *De jure emphyt. quæst.* 47. Grassus §. *Transmissio 47.num.3.*

33 Veniunt & res non hæreditariæ, quarum tamen periculum ad hæredem pertinet, quas ideo restitui æquum, etsi in bonis defuncti non sint, uti res defuncto commodatæ, depositæ, pignori datæ, *l Et non tantùm 19. in princ. & l. 54. §. 1. h.t* Illæ etiam res, quarum nomine Publiciana competit, quia censentur in hæreditate esse: & res à defuncto pignori datæ, quæ etiam speciali in rem actione, scil. hypothecaria, peti possunt, *d.l.19 in princ.* Soluto tamen prius debito: neque enim ante data est pignoratitia. Veniunt & illæ, quarum si non petitionem, saltem retentionem defunctus habuit: veluti si deferente adversario juraverit, non quidem rem esse suam, sed actoris non esse; qua ex caussa retentionem habuit adversus eum, qui detulit jusjurandum, *l. Et non tantùm 19.§ 2.h.t.* Ut ad jus ejus, in quod succeditur, pertineat.

34 De servitutibus quæsitum, an veniant? Ita posset videri, secundum dicta, quod ad jura, quæ hic veniunt, spectent. Paulus tamen *d.l. 19. §. fin* tradit eas in hæreditatis petitionem non venire. Ratio est, quòd earum nomine nihil sit penes reum, quod restitui solvive petitori possit, nec ullam actionem is, cum quo agitur, habeat, quam petitori cedat: qui si prohibeatur uti servitute prædiis debita, proprias actiones exercere poterit. Et hoc in realibus, de quibus *d. l. 19. in fine*, ut colligitur ex ratione ibi subjuncta: ut personales hac actione petantur, cùm sint hæreditariæ, & in his sit, quod ab eo, qui controversiam facit, restitui possit, nempe uti frui licere.

35 Veniunt item illa, quæ mortis tempore non fuerunt habita à defuncto, sed post hæreditate jacente accesserunt, eamque auxerunt, *l. item 20. §. non solum h.t.* Nec movebitur eo, quod hæreditas sit successio in universum jus, quod defunctus habuit tempore mortis; nam & ista, quæ postea accesserunt, si quidem ex ipsa hæreditate, videntur à defuncto habita, cujus personam sustinet hæreditas. Hujus ordinis sunt à servis hæreditariis quæsita stipulando vel alias *l. In eo 35. in fine De acq.rer dom.* Item pecunia ex rebus hæreditariis distractis redacta nisi tamen venditio sit rescissa aut re evicta vel redhibita coactus sit possessor restituere pretium, quod accepit.

36 Ubi Quæri posset, An liceat possessori rerum hæreditariarum alienare? Bonæ fidei possessori id licitum, qui satisfaciet restituendo pretium, quod in locum rerum successit, & factum est hæreditarium, *l. si & rem 22. h t.* quatenus tamen factus locupletior, quia bona fides facit eum esse loco domini, *l. Verum 23 hoc tit.* Malæ fidei possessori alienare non est permissum, nec ille liberatur per pretii oblationem, sed res ipsas restituere tenetur. Quas & revocat hęres: nisi tamen alienanti successerit, quia tunc factum defuncti præstare tenetur, *l. Cum à matre Cod De rei vindic.* Et hoc, nisi res fuerint steriles, vel tempore perituræ & distractæ sint vero pretio: tunc enim petitor potest eligere pretium cum usuris, *d.l. 20 § hac adversus.* Inhibitum est & bonæ fidei possessori alienare post motam controversiam, per quam fit malæ fidei, nisi satisdederit pro rerum qualitate aut caussa cognita aliud exigat utilitas, ut si aliquid sit necessarium ad funus, aut pignus distrahendum veniat nisi pecunia intra diem solvatur *l. 5. h.t. d.l. 20 §. post.*

37 Venit & restituenda pecunia à creditoribus hæreditariis exacta. Item res hæreditatis caussa parata: nam hoc facto est quæsita hęreditati possessore hæreditatis nomine eam possidente. Si tamen hoc consilio, ut hæreditati serviret, fuerit comparata, & consilium eventus sequatur, ejusque

ejusque interfuit eam emi. Si res hæreditati usui non sit, aut eâ non hæreditatis caussâ, sed sua emerit possessor, non veniet in hanc petitionem, quia eam in patrimonium suum convertit, *dict. l. 20. in principio & dict. leg. 25.* §. 1. Nec facit, quod pecunia hæreditaria sit comparata, cum simul atque pecunia uti cœpit possessor, desinat esse hæreditaria & pro ea incipiat deberi genus, sive in genere tantumdem. Venit præterea omne lucrum, habens aliquo modo caussam ex hæreditate: ut etiam id, quod sensit hæres ratione legis commissoriæ, præstare debeat, *d. l. 25. in princ.*

38 Pœnam quoque ratione damni ex lege Aquilia exiget hæres, non tamen nisi simplum, non etiam ratione insidiationis, duplum, *dicta lege 20. §. cum prædiximus*, quia hæc actio tantum agit de debito hæreditario: non est autem hæreditarium, nisi quatenus debetur ratione ejus, quod abest. Si tamen exegerit possessor duplum, & hoc præstandum, propterea, quod lucrum facere non debeat ex eo, quod propter hæreditatem accepit, *l. Evicta 55. hoc tit.*

39 Pensiones etiam ex quæstu, sive honesto sive turpi, veniunt, *l. Ancillarum 17. in fine hoc titul.* ne honesta interpretatio non honesto quæstu lucrum possessori faciat, *lege, Si possessori 52. hoc tit.* id est, ne possessor retineat turpe lucrum, ex re hæreditaria perceptum: quamvis non teneatur, si eum potuerit percipere, neglexerit Ancillarum partus & partuum partus veniunt, *d. l. 27.* quia ad hæreditatem spectant eamque augent.

40 De fructibus dubitandum non est, quin veniant restituendi, percepti tam à bonæ fidei possessore, quam malæ fidei, eo quod augeant ipsam hæreditatem hac tamen differentia, quod malæ fidei possessor teneatur etiam ad consumptos, imo & ad non perceptos, si percipi potuerint, *dicta lege 25. §. adeo autem & §. sed & fructus hoc titul.* bonæ fidei verò non teneatur ad consumptos nisi factus sit locupletior, neque ad non perceptos. Ratio differentiæ est, quod huic, cum loco domini habeatur, negligentia non imputetur neque etiam consumptio eum gravet, nisi factus sit locupletior, ne lucretur cum damno alieno, *d. l. 25. §. Consuluit.* ille autem, cum rei alienæ sciente se immiscuerit, imputare sibi debeat, quod eam ex fide non procuraverit. Quomodo etiam præstat æstimationē rerum hæreditariarum, quæ perierunt, & quod aliter quam oportuit, cultum fuerit, ut res sit facta peior, *l. Ei qui 54. h. t.*

41 De usuris Quæritur, an & illæ veniant? Hoc dicendum, cum subeant vicem fructuum, *lege Usura 14. De usuris.* Quod extra dubium est, si ex pecunia hæreditaria sint perceptæ, quia per eas accessit lucrum hæreditati, quod cedere commodo possessoris non fert ratio. Si perceptæ non fuerint, non videtur ad earum præstationem teneri, *dict. l. 20. §. Papinianus hoc t.* Nec obstat, quod percipere potuerit, credendo pecunias; quia ad hoc non tenetur suo periculo, *l. Si navis 62. infra De rei vindic.* Aliud est in usuris pretii rerum venditarum, quæ post moram debentur: ut proinde omissionem exactionis luat possessor malæ fidei, non bonæ, *d. l. 20. §. hæc adversus.*

42 Quid de usuris fructuum perceptorum? Ante litem contestatam perceptorum præstari usuras, non post, habet *leg. Hæres 51. in fine hoc tit.* Cujus ratio est, quod ante hæreditatem petitam eam percepti augeant, ut indicat istâ lege Papinianus, & quod isti censeantur petiti cum hæreditate, quam auxerunt, non & isti, qui needum nati nequeant dici auxisse hæreditatem, quæ petitur tanta, quanta est tempore contestationis. Post litem autem percepti non possunt intelligi petiti actione hæreditatis, sed accedunt hæreditati judicis officio, quasi accessio quædam, accessionis autem non est accessio. Cujac. *ad dictam l. 5. 1.*

43 * Verum obstare videtur *lege Neque 15. inf. De usu.* quæ habet, usuras fructuum ante perceptorum non præstari. Quæ loca in specie contraria facilè est consiliare, accipiendo *dict. l. 51.* de fructibus venditis & in sortem redactis, ut non tam fructuum nomine quam pecuniarum teneatur possessor ex quibus debentur usuræ, *l. 1. Cod. hoc. t.* siquidem non corpora ipsa in judiciis usuras recipiant, sed pretia solum & sortes, *leg. Eum. 18 infra De his quibus ut indignis.* Quod si fructus consumpti fuerint à possessore, needum deberi videntur usuræ, licet pecunia veniat præstanda; nam ex accidenti tantum veniunt non etiam principaliter utfructusqui sunt in principali præstatione.

44 Quæri hic etiam posset, An unâ re hæreditatis petita veniat & illa restituenda, quam post cœpit possidere possessor? Posset videri, non venire ex eo, quod non possit dici venisse in judicium quod post judicium acceptum accidit, *lege Non videtur 23. supra titul. 1.* Responsum tamen *leg. 4. hoc titul.* etiam id, quod possessor postea possidere cœpit, esse restituendum: quod & traditur *lege Si quo tempore 41. hoc tit.* Imò etiamsi illo tempore, quo petita hæreditas, nullas res possederit postea autem aliquas adeptus fuerit, tenebitur, *lege item videndum 18. §. 1. hoc titul.* Non obstat. *d. l. 23.* quia loquitur in actionibus, quæ formantur

tur ex caussa ejus, quod possidet reus: tunc enim non potest aliud venire, quam quod possidet reus tempore contestationis. Petitio autem hæreditatis non formatur ex persona rei, sed ex jure actoris qui dicit se hæredem esse: ut censeatur omne petitum, quod penes reum est, & futurum, & judex rectè reum condemnet, prout possidet, *d. §. 1.*

45 Dicta de fructibus restituendis ita obtinent, quatenus supersunt deductis expensis, etiamsi possessor fuerit prædo, *leg. Si à domino 36. § final. hoc titul.* qui reputabit ea, quæ nomine hæreditario sunt soluta, *l. Si quid 31. hoc titul.* Etenim æquum est, ut possessori victo satisfiat, pro iis, quæ erogavit, ne lucrum sentiat actor damno alieno; de quibus vide plura apud Bach *ubi su. th. 19. lit. L. D. & E.*

46 Hæc de hæreditatis petitione; quâ ut actor obtineat, oportet primo, Hæres sit defuncti. II. Ut, antequam actionem instituat, non fuerit rei dominus: nam ubi semel hæreditariæ rei possessionem nactus fuerit, hæreditaria esse desinit. III. Contra eum instituatur, qui possidet rem hæreditariam, pro hærede, aut possessore aut dolo desierit possidere, aut saltem liti se obtulerit. IV. Ut res petitæ fuerint defuncti, tempore mortis, sive jure dominii, sive possessionis, sive detentionis, aut ex iis caussam habuerint, secundùm superiùs dicta.

* * *

ADDITAMENTA.

Ad tit. 3. de hæreditatis petitione.

AD *n. 2.* Petitionis verbo, propriè actiones in rem designantur *l. 178. § actionis de V. S. l. 25. 28. ff. de O. & A.* ubi in rem agendo dicimur petere: in personam tantum agere, adde Briss. *5. form. Pop. Rom. pag. 474.* Cujac. *7. obs. 26.* Itaque cum interdum & aliis actionibus, hæc vox accommodatur, censeri debet id impropriè factum ut *in l C. de plus petit ubi* Wel. *in par. n. 1.*

Ad n. XVII. Quoniam in possessione, multum utilitatis versatur, contra occupationem rei hæreditariæ, locum habere potest dispositio *l. fin. C. unde vi.* Quia dispositio illius legis est generalis, nec distinguit inter rem hæreditariam, & non hæreditariam vid. Hun. ad T. *1. vol. 1. disp. 14. th. 14.*

Ad n. XXXIII. Hic notandum, res hæreditarias propriè diei, quarum dominium vel q. fuit penes defunctum: sed aliæ res, in quibus defunctus non habuit dominium nec q. propriè non dici hæreditariæ, sed in hæreditate repertæ ut res defuncto oppignoratæ vel commodatæ. Schneidw. *inst de act. pet. hered. n. 46.*

Ad n. XLVI. Hæditatis petitio, ubi instituenda disceptatur *ex l. unic. C. ubi de hered.* agitur &c. ubi Godofr. possessorium hæreditatis institui debere, ait, in loco rei, ubi sc. ea sita est, petitorium, in loco domicilii possidentis. Aliam interpretationem gl. ibid. habet. Vera interpretatio est, hæreditatis controversiam instituendam & terminandam, ubi res hæreditariæ sitæ sunt, vel ubi domicilium habetis, qui rem hæreditatis mobilem, ad se transtulit, P. Frider. Mindan. *de contin. caus. c. 3. in pr.* Donell. *17. comm. c. 17.*

Præscriptio an & quando currat, contra hæreditatem jacentem: Et de differentia, inter hæreditatem jacentem & vacantem, vid. ap. Joseph. Ludov. *comm. concl. 41 per tot.* In petitione hæreditatis, quatenus necesse sit exprimere, utrum ex testamento vel ab intestato hæreditatem quis petat. H. Pistor. *obs. 28.*

TITV-

TITVLVS IV.

Si pars hæreditatis petatur.

SUMMARIUM.

1. *Pars hæreditatis petitur etiam incerta.*
2. *Filio superstiti propter matrem prægnantem olim quarta pars adsignata.*
3. *Cohæres Meus cum extraneo possidens à quo petat.*

NOn integra tantùm, sed & pars hæreditatis petitur: in quaidem servatur quod in tota petita, per *l. Quæ de tota inf. De rei vindic.* * Pars petitur non tantùm certa, sed & incerta, in casu, quo fratris defuncti filius extat, & fratrum defunctorum uxores prægnantes, quæ incertum an parient, & quod parient, quorum liberi, si agatur de successione ascendentium, in stirpes admittuntur; si verò de transversali, in capita: qua de re in materia successionis ab intestato. De ista parte incerta agitur in *l. 1. § finali h.t.* * Filio superstiti, propter matrem prægnantem, antiqui quartam partem adsignarunt, quòd non tarum esse intuerentur, ut tergemini nascantur, *l. 3. h.t.* Quòd si pauciores nascantur, pro rata ei accrescit; si plures, decrescit portio, *l. 4. h.t.* * Si cohæres meus cum extraneo possideat, quæsitum, an ab utroque, an ab altero tantùm petat? Distinguendum, ut si pro indiviso possideant, contra extraneum tantùm agat, ut iniquum possessorem; si verò pro diviso, ab utroque, *l. 1. hoc tit. L. Pomponius 8. inf. De rei vindic.* quòd hoc casu uterque partem aliquam agenti debitam possideat, in illo verò extraneus tantùm. Potest & possessor totius hæreditatis partem tantùm defendere, partem verò cedere, quam ad se non pertinere novit, *l. 8. h. tit.* Potest & hæreditatis pars per plures à pluribus possidentibus peti, non per singulos à singulis, sed ab omnibus, *l. 1. §. 1 h.t.*

TITVLVS V.

De Possessoria hæreditatis petitione.

POst civiles hæreditatis petitiones subjungitur Prætoria, per quam Prætor iis providet, quos hæredes facit, datâ bonorum possessione, *l. 1. h.t.* quâ tantundem consequitur possessor, quantum actione civili consequeretur, *l. 2. h.t.*

TITVLVS VI.

De Fideicommissaria hæreditatis petitione.

TErtia hæreditatis petitio est Fideicommissaria, inducta Senatusconsulto. Competit ei cui restitura hæreditas, *l. 1. hoc tit.* contra possessores rerum hæreditariarum, eorumque hæredes: non etiam contra hæredem, qui restituit, *d. l. 3.* qui hoc ipso fatetur fideicommissarium hæredem. Si tamen quid non integrum restitutum, id actione ex testamento actor consequitur. Recipit hæc petitio eadem, quæ hæreditatis petitio civilis, *l. 2. h.t.*

FINIS LIBRI QUINTI.

HENRICI ZOESII I. C IN LIBRUM VI. DIGESTORUM COMMENTARIUS.

De Rei vindicatione.

TITULUS I.

SUMMARIUM.

1. *Vindicare & Vindicatio quid?*
2. *Dominium an rectè distinguatur in directum & utile.*
3. *Vindicatio alia directa alia utilis.*
4. *Vindicatio directa cui detur.*
5. *Datur usucapienti.*
6. *Item donatario, emptori &c.*
7. *Venditor rem venditam, non traditam, vendere alteri potest, ex* l. Quoties 15. C. h. t.
8. *Licet juraverit, se alteri non venditurum.*
9. *Intellectus* l. fin. C. De reb. alienis non alien.
10. *Intellectus* l. 7. §. fin. D. De distract. pignor.
11. *Re bis venditâ & traditâ, à non domino, & ab eodem jam facto dominò, potior caussa est prioris.*
12. *Re venditâ & traditâ diversis, ab uno domino, & altero non domino, potior est caussa domini.*
13. *A non domino re diversis traditâ potior est possidens.*
14. *Explicata* l. Si ea 31. D. De actionib. empti.
15. *Decisio* d. l. Quoties *etiam in locato habet locum non in pignore.*
16. *Procedit & in traditione ficta.*
17. *Re donata aut vendita à Principe, dominium sine traditione non transire.*
18. *Decisio* d. l. *etiam in Feudo locum habet.*
19. *Item in beneficiis Ecclesiasticis.*
20. *An & in personis Ecclesiasticis?*
21. *Vindicatio non competit ei, ex cujus pecunia res ab alio empta.*
22. *Quòd tamen fallit in milite & minore.*
23. *Item in Ecclesia, gaudente jure minoris.*
24. *Quid juris in re empta ex pecunia dotali?*
25. *Conciliatio* l. Res quæ 24. De jure dot. & l. Ex pecunia 12. C eod.
26. *Conciliatio auctoris, rejecta Ant. Fabri sententia.*
27. *Cur pecunia ex re dotali magis sit dotalis, quàm res ex pretio dotali.*
28. *Vindicatio rei dotalis non datur uxori stante matrimonio.*
29. *Intellectus* l. In rebus §. æstimatæ C. De jure dot.
30. *Vindicatio competere definit, cessante caussa an & jure dominii superveniente in eo, qui tempore accepti judicii non erat dominus?*
31. *An & caussa vindicationis non expressa?*
32. *Vindicatio non competit in rem à se alienatam.*
33. *Ut neque hæres rem suam à defuncto venditam vindicare potest.*
34. *Limitationes hujus regulæ.*
35. *Intellectus* l. Si ea 73. ff de evictionibus.
36. *Hæres venditoris evincere potest, non fidejussor ia.*
37. *Utilis vindicatio quando detur.*
38. *Vindicatio datur contra possidentem.*

39. Con-

39. *Contra heredem.*
40. *Contra eum qui dolo desierit possidere, & qui liti se obtulerit.*
41. *Possidere quis debet tempore litis contestatæ.*
42. *Veniunt in hanc actionem res corporales, etiam grex, non verò peculium.*
43. *Non etiam veniunt res incorporales.*
44. *Requiritur res extent, & sint in dominio.*
45. *Vindicare potest maritus uxorem, dominus vasallum &c.*
46. *Res extinctæ non vindicantur, nisi exhibeantur.*
47. *Vindicatur res certa.*
48. *Re peremptâ ad quid teneatur possessor.*
49. *Quòd si res perierit pendente lite, de ejus interitu non tenetur bonæ fidei possessor.*
50. *Tenetur verò de fructibus.*
51. *Re peremptâ per moram extra judicialem debitoris obligatio perpetuatur.*
52. *Nisi purgata fuerit mora per oblationem debiti.*
53. *Eamque realem & legitimam.*
54. *Naturali rei interitu debitor morosus an liberetur.*
55. *Sententia negativa probatur.*
56. *Naturalis rei interitus liberat reum, si res eodem modo peritura fuisset actori.*
57. *Potentia distrahendi rem unde judicanda.*
58. *Distinctio prædicta & in fure locum habet.*
59. *Venit & in hanc actionem omnis caussa & utilitas.*
60. *Etiam lucra percepta post judicium acceptum.*
61. *Restituenda res integra.*
62. *Et eo loco, ubi res est.*
63. *Requisita ad hanc actionem.*
64. *Exceptiones reo competentes.*
65. *Advocato non nocet exceptio judicati.*
66. *Reus non munitus exceptione aliqua condemnandus restituere rem.*

Post petitiones, quæ de universitate proponuntur, subjunguntur rerum singularum petitiones, quæ actiones singulares in rem vocantur, & veniunt nomine *Vindicationis*, quod deductum à Vindicando. * Est autem *Vindicare*, dominum rei, vel jus aliquod in rem sibi adserere: inde *Vindicare suum esse*, quòd aliàs suum esse petere dicitur *l. Non ideo 66. h. t.* Est autem Vindicatio actio, per quam rem nostram ab alio possessam petimus, *l. Actio 25. inf. De oblig. & act.* live actio in rem, quâ quis petit, se rei controversæ dominum declarari, eamque officio judicis à possessore sibi restitui. Dicitur, rem nostram; quia non agitur cum possessore, tamquam obligato ex contractu, sed nomine rei nostræ, quam possidet, quod est proprium actionum in rem, *Inst. De actionib. §. 1.*

Vulgò eam duplicem faciunt. Directam scilicet & Utilem: eo modò, quo Dominium aliud Directum, aliud Utile quidam ponunt: quod tamen aliis non placet, qui non nisi Directum dominium esse sustinent, quod jus, quo res nostra est, unicum tantùm sit, & nullibi in Jure talis distinctio reperiatur. Cujac. 11. *Obs. cap. 25.* Alii Dominium aliud Directum, aliud Quasi dominium dicunt. Directum attribuunt habentibus dominium proprietatis; habentibus verò dominium servituris, pignoris, aut simile, tribuunt quasi dominium. Ut Dominium latiùs pateat, quam Proprietas: quam solam differentiam agnoscit Cujac. inter dominium & proprietatem, in *Comment. ad l. Interdum 21. inf. De acquir. rer. dom.* Et inde Vindicationem aliam faciunt Directam, aliam Quasi vindicationem. * Comprobata tamen plerisque distinctio Vindicationis in Directam & Utilem, per *l. In rem 23. hoc tit.* ubi dicitur vindicatio ei competere, qui aut jure gentium aut civili dominium acquisivit. Cùm autem & non dominis, uti creditori quoad hypothecam, emphyteutæ, vasallo, & aliis, qui non habent verum dominium, sed tantùm jus aliquod circa rem dominio proximum, dicatur competere in rem actio *l. 1, in fine inf. si ager vectigalis & aliis locis*, plerique Interpretes istam distinctionem excogitaverunt, quam & videtur agnoscere Cujac. 5. *Obs. c. 29.*

Ut ut est, directa vindicatio ei competit, qui jure gentium aut civili est dominus, *d. l. 23.* De quo constare debet: nam aliàs possessor etiam nullam caussam habens absolveretur, juxta regulam, Actore non probante reus absolvitur. Satis autem probatur per justam caussam, ex qua res est penes actorem. * Hinc datur ei, qui rem usucepit, cùm post usucapionem completam lex verum dominium adjiciat, *ll. 3. inf. De usucap.* Currente adhuc usucapione non potest hæc actio competere possessori, quod necdum ei adjectum sit dominium per legem. Est tamen eo casu provisum interdum possidenti per actionem Publicianam, de qua Tit. sequenti. * Datur etiam ei, qui habet rem donatam, emptam, aut simili titulo acquisitam à verò domino. Non aliàs

tamen, quàm si & traditio sit subsecuta; nam per istos titulos non acquiritur jus in rem absque traditione, *l. Traditionibus 20. C. De pact.* sed tantùm jus ad rem personale. * Quod patet ex eo, quòd rem primò venditam, ante traditionem illi factam, venditor secundò vendere possit; cui si tradiderit firmiter illi erit acquisita, nec revocari poterit per priorem emptorem, *l. Quoties 15. C. hoc tit.* Quamvis venditor eo casu non videatur immunis à crimine stellionatus, *l. 3. inf. de crimine stellion.* & teneatur priori emptori ad interesse. Procedit autem decisio *d. l. 15.* in casu, quo posterior emptor fuerit bonæ fidei: nam si rem alteri venditam sciverit, nihil juris acquiret, atque eo in casu imputabit sibi secundus emptor, qui se deceperit, *l. Num si actor 26. hoc tit.* Gomez. 2. *Var. Reso cap. 2. num. 20. vers. Secundo limita.* Covarr. 2. *Var. c. 19.*

8 Ubi Quæritur, An *d. l. 15.* decisio procedat in casu, quo venditor juravit se primò rem traditurum, aut alteri non venditurum? Et hoc affirmandum, cum juramentum afficiat quidem personam jurantis, non etiam rem aut translationem; neque ullum jus reale per hoc quæratur primo emptori, sed tantùm personale ad rem tradendam, quousque traditio est possibilis. Quæ talis esse desinit, re jam alteri traditâ à quo primus eam avocare nequit, ut quæ justa traditione in dominium ejus cesserit, nec ullo modo priori est obligatus. Quò facit, quod matrimonium promissum Titiæ per Mævium, licet jurato, non impediat postea contractum cum Caja, *c. sicut* ꝫ *de sponsal.* ex ratione supradicta. Vid. Covarr. *de Pact. p. 2. §. 2. num. 7.* Sanchez *ad Decal. tract. 2 c. 12. nu. 39.* Suarez *de juram lib. 2. c. 30. n. 12. & 13.*

9 Obstare videtur *l. fin. Cod de reb. alienis non alienan.* ubi pacto contrahentium inhibita alienatio comparatur ei, quæ inhibita per legem aut testatorem, qualis impedit alienationem, & factam ponit irritam; ut & illa irritam debeat ponere. Sed dicendum, ibi comparari quidem alienationem inhibitam per contrahentes cum ea, quæ inhibita per legem, aut testatorem; verùm non adæquatè cum in eo tantùm, quod alienatio licitè non fiat. Deinde non est ibi intentio Imp. æquiparandi istas alienandi prohibitiones, sed tantùm indicandi, quando quis censeatur contravenire alienationi.

10 Obstare etiam videtur *l. si creditor 7. in fine inf. de distract. pignor.* ubi contra pactionem de non alienando venditio dicitur nulla. Sed dicendum, rationem ipsius legis consistere in eo, quòd cum pacto de non alienando ibi concurrat jus reale hypothecæ, quod operatur, ut pactio talis alienationem subsequentem inutilem ponat: atque ita Doct. tradere asserunt Guido Papæ *decis. 569.* & Boer *decis. 49.*, Suarez, *ad l. Post rem De re judic. in declarat. leg. Regni limit. 1 nu. 11.* Et pacto adjecto id tribui verum est, licet aliqui soli hypothecæ idem dent, quos refutat Tiraq. *De retractu convent. §. 3. num. 5.* Gomez *d. loco vers. septimò extende.*

11 De hoc casu quæri hic posset. Primus non dominus rem secundo vendidit, & tradidit: postea dominus factus, ejusdem fortè nactus possessionem, vendidit tertio, eique tradidit, uter potior dicendus? Dicendum, secundum potiorem esse, per *l. si à Titio 72. hoc tit.* quòd traditio ei facta referatur ad tempus acquisiti dominii, quo confirmatur, & plenum jus in rem facit consequi secundum, perinde ac si à principio tradita à domino fuisset, idque æquitate ita postulante, cùm aliàs traditio ab initio non fuerit firma, *l. Apud Celsum 4. §. si à Titio inf. De doli excep. l. 6. C. De re aliena pignori data.* Atque ita ut rectè ipse venditor postea vindicare volens à secundo rem, ab eodem rejicitur, ita & tertius, qui plus juris prætendere non potest, quam habuit venditor. Cujac. 18. *Obser. cap. 11.* Si tamen pretium à priore emptore traditum fuerit, aut aliàs venditori ab eo satisfactum, non sola traditio non operatur dominii translationem, ut traditur *§. venditæ Inst. De rerum divis.* Non obstat *l. De pretio 8. inf. tit. seq.* in qua dicitur de pretio soluto nihil exprimi: nam hoc ita Publiciana, in qua præcipuè inspicitur bona fides possessoris; hic autem vis ponitur in traditione, per quam ut acquiratur jus reale oportet traditio sit valida; non est autem talis ante solutum pretium, vel aliam satisfactionem.

12 Si à duobus, uno domino, altero non domino, res fuerit diversis tradita, non ambigitur illum potiorem esse, cui à domino tradita, licet posterius; nam à non domino tradita facta nihil operatur, *l. si ea 31. in fine De actionib. empti.* * Si à non domino res tradita fuerit diversis, is potior erit, qui primò bonâ fide eam nactus, *l. sive autem 9 § si duobus inf. tit. seq. De Public. in rem act.* nam prima traditio facit, quidquid juris apud tradentem fuerit, transisse in accipientem. *

13 Traditio à diversis non dominis potiorem facit caussam possidentis, *d. §. si duobus*, ubi ex

ex Juliano respondit Ulp. quia cùm ab eodem res non habeatur, nihil opitulatur prioritas traditionis.

14 Verùm isti responso Ulpiani ex diametro repugnat, *d. l. 31. §. fin.* ubi in prædicto casu Neratius respondit, eum tuendum, qui priùs jus rei apprehendit, secundum *d. l. Quoties*. Sed videtur super hac re fuisse controversia inter Jurisconsultos, ut patet ex clausula per Ulp. *d. §. si duobus* adjecta, *Qua sententia vera est*, scilicet possessorem rei esse potiorem: quæ & obtinet in pignoribus, *l. si non dominus 14. inf. Qui pot. in pign. hab.* & convenit omnino regulæ juris, In pari caussa meliorem esse conditionem possidentis. Est autem hic paressus, quo quisque suum habet venditorem, & in sua quisque emptione ac possessione prior intelligitur, eo quòd anteriorem nullum habeat, qui priùs emerit. Dispar caussa foret, quando ab eodem res empta esset separatim, quia in ea accipienda alter altero prior sit necesse est. Cujac. 7. *Respons. Iuliani ad d. §. si duobus.* Dicta ita procedunt, si posteriori traditioni non obstet vitium reale, quod faciet titulum posterioris non esse considerabilem, *d. l. Sive autem §. hac autem actio.*

15 Habet & locum *d. l. Quoties* in locato, ut dicemus infra, *ad tit. Locati conducti.* In pignore non obtinet, quòd in eo semper sit potior is, cum quo primùm de pignore convenit, nec habeatur ratio prioris traditionis factæ creditori vel emptori, *l. Creditor §. fin. & d. l. Si non dominus 14. inf. Qui pot. in pign.* Ratio diversitatis est, quòd pignus contrahatur solo consensu, *l. 4. inf. De pign.* cujus proinde tempus inspicitur: dominia verò transferantur traditionibus, quarum etiam tempus spectatur.

16 Quæri posset, An decisio *d. l. Quoties* procedat in traditione ficta? Quod affirmandum, cùm traditio ficta per legem inducta idem operetur, quòd vera, ut patet ex *l. 3. C. Communia de leg.* ubi legatum à morte testatoris transit in dominium legatarii, sine traditione, cum omnimodo effectu veræ traditionis, ut omnino hæres illud nec alienet, nec super eo disponat. Patet idem ex *l. 1. Cod. De donationib.* ut tradito instrumento censetur facta traditio rei donatæ, ut sit adversus donantem actio in rem donatario. Similiter res vendita Ecclesiæ dat illi actionem in rem, etiam ante traditionem, *l. Ut inter 33. §. fin. C. De sacros. Eccles.* ut alteri postea frustrà tradatur. Quæritur etiam jus in rem donatam vel venditam, si donator aut venditor nomine donatarii aut emptoris se eam precario possidere, aut conductam habere constituerit, *l. Quadam mulier 77. h. t. l. Quod meo 18. & ib. DD. l. Qui bona 19 inf. de acquir. poss.* Idem operatur retinendo usumfructum, *l. Quisquis 28. C. de donat.* Emptor quoque rei penes se depositæ aut commodatæ censetur hoc ipso ejus acquisivisse dominium, *§. interdum Instit. de rer. divis.* Idem in similibus. Vid. Gomez. *d. loco vers. Quartò extende.* & Sarmient. *de Redditib. Eccles. p. 3. c. 2. n. 4. & 5.*

17 Vocatur in dubium, An per donationem vel venditionem à Principe factam sine traditione dominium transeat? Sunt qui id affirment, ideoque negent decisioni *d. l. quoties* locum esse, quos citat Jason *ad d. l. Quoties num. 3. & seqq.* Rationem ponunt in auctoritate Principis, qui potest sine traditione facere rem alterius, & quod non sit honestum Principi variare. Verùm cum non quæratur, quid honestum sit; sed quid juris quæratur parti, & non tam quid possit Princeps, quam quid præsumatur fecisse, rectè tenet Jason *d. loco num. 10.* per solam donationem, aut venditionem à Principe factam, non transire dominium, absque traditione vel apprehensione possessionis, cum semper magis verisimile sit Principem juris communis regulas sequi voluisse, non etiam iis derogare, si aliud non pateat: ut etiam locum habeat *d. l. Quoties* dispositio, Covarr. 2. *Var. Resol. cap. 19. num 3.* Peregrin. *De jure fisci lib. 1. tit. 3. num. 47. & seqq.*

18 Quod & dicendum de feudo concesso duobus, cujus possessionem posterior est adeptus, Jas. *ad d. l. Quoties num. 30.* Fachin. *contr. 7. cap. 31.* quod illud, licet gratis concedatur, accedat tamen magis ad naturam contractus, quàm privilegii: in quo aliud obtinet, nam prior tempore in eo est potior, Jas. *d. l. num. 7.*

19 Idem obtinet in beneficiis, nam & in iis priorem habens concessionem potior est etiamsi absens necdum acceptaverit, *cap. si tibi 17. De praben in 6.* Idem in matrimonio, in quo primus mutuus consensus ponit perfectum matrimonium, ut cum alio inire nequeat, *c. fin. ꝫ De sponsa duor.*

20 Alia Quæstio est, An & in personis Ecclesiasticis, per quas res aliqua vendita, habeat locum *d. l. Quoties?* Magna Interpretum pars id affirmat, cum nullibi circa hoc inveniatur limitatio legum aut Canonum; ut dicenda sit procedere decisio juris communis, ut tradit Jason, *d. loco nu. 24.* Nec facit, quòd in personis Ecclesiasticis improbetur vacillatio; nam ea res non tangit jus

jus emptoris secundi, quod per traditionem est confirmatum, & potius redditum jure ejus, cui res primò vendita. Covarr. *d. loco num.* 4. Non facit etiam, quod ista *L. Quotiis* sit civilis juris, ut Clericos non liget; cùm Canones non dedignentur sequi sacratissimas leges, ubi ratio subest, uti subest hic, & contrarium non disposuerunt, *c.* 1. *De novi oper. nuntiat.* Alex. *consil.* 12. *num.* 3. *&* 4. *lib.* 5. Jason *d. loco,* Fachin. 2. *contr. cap.* 33.

21 Datur itaque vindicatio ratione juris realis: quod minimè alicui competet in rem emptam, sua quidem pecunia, sed per tertium, *l.* 6. *C. h. tit.* quæ expresse adserit, ex deposita pecunia comparatum per depositarium, eum cogi transferre in deponentem injuriosum esse. Et facit huc regula, quòd alteri per alterum non quæratur actio, *l.* 1. *&* 8. *C. si quis alteri vel sibi.* Neque invenitur ullibi hac de caussa inducta ficta traditio per legem.

22 Excipitur miles, cui isto casu, re scilicet ex ejus pecunia ab alio exempta, datur, utilis vindicatio, *l.* 8. *C. hoc tit.* Emptum quoque à tutore, vel curatore pecunia minoris fingitur esse in bonis pupilli, aut minoris, ut ab eo vindicetur, licet ejus nomine non emptum, per *l.* 3. *Cod. Arbitrium tutela.* Quæ lex licet loquatur de pecunia decreto Præsidis deposita, in eum finem, ut emeretur possessio; quo tantùm casu vult istam legem procedere. Ant. Faber 5. *Conjectur. cap.* 9. quasi in pœnam: habebit tamen locum, etiamsi in eum finem non sit deposita, modò res empta sit pecunia minoris, per *l.* 2. *inf. Quando ex facto tutoris &c.* quæ simpliciter loquitur, & probat Glossa in *l.* 8. *si quis alteri vel sibi.* Ratio est, quod tutor & curator ex necessitate officii teneantur pecunias minoris convertere in emptionem prædiorum, *l.* 5. *in princ. inf. De administ. tutor.* Atque ita, necessitate officii & pecuniæ proprietate concurrente, permissum specialiter rem ejusmodi vindicare, si pecuniam petere nolit minor. Quo modo idem non obtinebit in casu, quo extraneus aliquid emit pecunia minoris; cessante enim ratione specialitatis succedit regula generalis, de qua Cod. *Si quis alteri vel sibi.* Si tamen pupilli pecunia sit emptus fundus alteri pupillo & traditus, huic cedet; nam illi obligatus pignori, *l.* 3. *D. De reb. eor. &c. & l.* 7.

23 *Qui pot. in pignore hab.** De Ecclesia idem dicendum, ut res emptæ per œconomum aut administratorem, licet non nomine Ecclesiæ, ejus tamen pecunia, utilis illi sit vindicatio, cùm gaudeat jure minoris, Gomez. *ad Legem Tauri* 51. *n.* 36. *vers. Tertius casus.* Quod & ad piam caussam tradit Tiraq. *De privilegiis pia caussa, privil.* 120.

24 Disputatur de re ex pecunia in dotem data empta? Illa non videtur cedere uxori; cui ideo non erit vindicatio, sed tantùm dotis actio, *l. Ex pecunia* 12. *De jure dot.* Quod & habet *l. fin. Cod. De servo pignori dato manumisso,* ubi ex pecunia in dotem data comparatorum dominia dicuntur pervenisse ad maritum justis rationibus. Quò facit, quod dictum suprà, comparata ex pecunia hereditaria per possessorem non venire in petitionem hæreditatis, quòd ea converterit in suum patrimonium, *leg. Sed etsi* 25. §. 1. *sup. De petit. hæred.* Facit, quòd pecunia detur marito, ut eam distrahat ad arbitrium, qui proinde generis non speciei est debitor, *leg. Res in dotem* 42. *inf. De jure dot.* Et facit regula, Quòd res empta mea pecunia non fit mea. Ita tamen accipienda *d. l.* 12. si maritus solvendo fuerit: nam aliàs mulieri, præter condictionem pecuniæ, accommodatur etiam utilis in rem subsidiaria, *l. Uxori* 55. *inf. De donat. int. vir. & uxor.*

25 Verùm dictis adversatur *l. Res quæ* 54. *inf. De jure dot.* quæ indefinite habet, res ex pecunia dotali comparatas dotales videri; & *l. Si cùm dotem* 22 *in fine inf. Soluto matrim.* quæ habet, præferri mulierem in rebus, quæ ex dote sunt comparatæ, quasi & hæ dotales sint.

Pro conciliatione horum locorum quidam intelligunt dictam *l.* 54. de re empta ex pecunia dotali nomine uxoris, quasi hoc faceret eam acquirere actionem in rem. Ita Ant. Faber *dict. lib.* 5. *Conject. cap.* 9. Verùm hoc refutatur per totum Tit. Cod. *Si quis alteri vel sibi,* quo edocemur, nomine alterius emptum nihilominus acquirentis in bonis esse, & non ejus, cujus nomine emptum, nisi sit eidem traditum. Adeò ut nihil faciat, quod nomen alterius instrumento fuerit inscriptum, *leg.* 6 *Cod. dict. tit.* ex ratione jam dicta, quòd alteri per alterum actio quæri non possit. Quidam accipiunt *dict. leg.* 12. in casu, quo pecunia est facta mariti per verum matrimonium, ideoque tanquam ex aliena pecunia rem comparatam non esse dotalem, sed mariti. Si verò pecunia manserit in dominio mulieris, ex ea emptam rem haberi quasi dotalem, secundùm *dict. leg* 12. §. *fin.* ubi agitur de matrimonio invalido, propter errorem conditionis ejus, cum quo initum; quod facit datam in dotem pecuniam non fieri accipientis, sed manere

penes

penes mulierem, atque ideo istâ pecuniâ comparatum esse mulieris. Verùm obstat *l. penult. Cod. Si quis alteri vel sibi*, ubi comparatum ex aliena pecunia nihilominus fit comparantis, non ejus, cujus pecunia comparatum. Ut ista solutio nihil faciat ad tollendam repugnantiam inter *d. l.* 12, & 54. quarum utraque loquitur de pecunia dotali. Alii volunt *d. l.* 54. intelligendam esse in casu, quo permutatio dotis ex pecunia in rem, sive ex re in pecuniam mulieri sit utilis, per *l. Ita constante* 26 *inf. De jure dot.* Quod est extra dubium, quando mulieris consensus adest, cujus in neutra legum controversarum fit mentio, sed simpliciter una negat rem esse dotalem, altera affirmat.

26 Ad conciliationem itaque earum videtur dicendum, *d. l.* 12. loqui in casu, quo maritus est solvendo, verùm *d. l.* 54. in casu, quo non est solvendo, ut tum mulieri fit subsidiaria actio in rem comparatam per maritum pecuniâ dotali, secundùm *l. Uxori* 55 *inf. De donat. inter virum & uxor. Gloss. in l. In rebus* 30. *V. aestimata Cod. De jure dot.* & probat Cujac. 5. *Observat. c.* 19. ex Harmenopulo, *lib.* 4. *cap.* 8. *in Scholio.* Vid. Barbos. *ad Rubr. D. Soluto matrim. p.* 3. *num.* 74. & *seqq.* Quo modo & accipienda *d. l.* 21 § *fin.* in qua agitur de muliere, quae servo alieno, ignara conditionis, nupserat: qui meritò dicendus inops, cùm omnia ejus cedant domino, cui dicitur mulier praeferenda in rebus emptis suâ pecuniâ, tamquam dotalibus. Nec facit, quod objicit *d. loco* Ant. Faber, non agi in *d. l. uxor*, de pecunia dotali, sed donata: nam hoc nihil mutat, cum ratio ejus legis locum habeat etiam in re comparata pecuniâ dotali, scil. quòd ex re mulieris sit comparata (pecunia enim à muliere profecta est, eique jus ad eam, si non in specie, saltem in genere;) & quòd ei sit consulendum, ne quoad dotem in damnum incidat. Atque ita lex una per aliam intelligenda: quod frequens est in jure, ad evitandam contrarietatem.

27 Sed adhuc superest dubium, Quare res ex pretio dotali comparata minùs sit dotalis, quàm pretium ex re dotali, secundùm *l. Cum in fundo* 78. § *fin. inf. De jure dotium*: quod & re ponsum à Paulo in simili, in *l. Si & rem* 22. *in fine sup. De petit. hared.* Videtur dicendum, pecuniam ex re dotali perceptam ideo substitui in locum rei, quòd non possit aliunde dici redacta, quam ex re dotali, quam non alienatam restituere debuisset maritus. Aliud est in pecunia, quae etsi in dotem data, tamen ejus in specie non est debitor maritus, sed in genere, cùm detur illi, ut utatur ad arbitrium: ut dotalis esse desinat hoc ipso, quo maritus eam attigit. Quò facit, quod dicitur in *l. Si ita* 42. *inf. De fidejuss.* pecuniâ merces aestimari, non mercibus pecuniam, Bal. *in l. Mater* 3. *n.* 25. *C. hoc tit.* Donell. 19. *Comment. cap.* 13. Ex dictis patet, mandanti in rem emptam ejus mandato non competere vindicationem, quòd mandatum non operetur aliquam traditionem, ne quidem fictam, *l. Res* 59. *inf. De acquir. rerum dom.* sed tantùm det personalem actionem.

28 Datur itaque vindicatio ratione veri vel ficti dominii, Quo modo non competet uxori in rem dotalem, stante matrimonio; quia haec interea est mariti, *l. Dotis* 7. § *si res inf. De jure dot* nisi in extraneum alienata fuerit, invitâ uxore; tunc enim uxori continuò erit vindicatio, *l.* 3. *C. hoc tit.* Idque ex ratione, quòd inspecto effectu mulier verè maneat domina dotis, *l. in rebus C. De jure dot.* Nisi dos sit data aestimata, quia transit in plenum viri dominium, qui tantùm est debitor aestimationis, ut mulieri eam vindicare non liceat, *l.* 5. *C. d. tit.*

29 Neque obstat *d. l. in rebus* § *aestimata*; quia accipienda in casu, quo maritus ad inopiam vergit, secundùm legem ibi praecedentem, ut optimè resolvit Pinell. *ad l.* 1. *p.* 3. *c.* 2. *num.* 15. *C. De bonis maternis.*

Hinc cessat competere illi, qui tempore oblati quidem libelli dominus fuit, postea autem esse desiit, quia caussa vindicationis cessat, *arg. l. si Servus* 14 *inf. De condict. furt.*

30 Quid si tempore litis contestatae non fuerit dominus, postea autem agenti accesserit dominium? Videtur judicium vindicationis per hoc non confirmari, ex eo, quòd cùm intentaretur, nulla esset ejus caussa, secundùm regulam, quòd non possit videri venisse in judicium, quod venit post illud acceptum, *l. Non potest* 23. *sup. De jud.* & quod non possit esse judicium de his rebus, quae postea in obligationem sunt adventurae, *l. Non quemadmodum* 35. *d. t.* Ut videatur opus nova interpellatione, ratione juris, quod supervenit; quia prior contestatio est inutilis. Et hoc, si jus provenerit ex nova caussa; nam si ex caussa de praeterito, procedet judicium, *l. si rem* 9 § *fin. ubi* Bart. *infra de pignorat. actio.* propterea quod juris fictione ab initio videatur fuisse caussa.

31 Praeterea si quis, non expressâ caussâ, rem vindicaverit, ut suam, tunc superveniens jus dominii faciet procedere judicium, ita postulante aequitate, ut traditur *c. Abbate* 3. *in fine De sent.*

sent. & rejudic. in 6. Secus, si caussa expressa, quæ non probata judicium inutiliter intentatur, Jason *in §. omnium num. 66 Instit. De actionib.* Ratio differentiæ est, quòd priori casu tantùm expressa proxima caussa non excludat caussam domisil futuri, *l. Si mater n. 5. eamdem inf. De except. rei judic.* posteriori verò referatur caussa petitionis ad jus, quod jam est, quod quia nullum, non est justa petitio. Innoc. *ad d. c. Abbate num. 7.*

32 Ex dictis patet, in rem alienatam nulli competere vindicationem, quod nemo contra contractum suum veniat, *l. Cum profitearis 4 C. De revoc. donat.* Quod non tantum procedit, si res fuerit alienantis, verùm etiam si aliena, cùm allegando alienam esse, propriam alleget turpitudinem, qualis non audiendus. *l. Transigere 30. C. De transact.* Nisi tamen legibus servanda solemnitas fuerit omissa; qua ratione in *l. 2. Cod. Si adversus rem judic.* auditur quis contra factum suum veniens. Quod omnino procedit, quando actus est nullus, sive ex caussa publica (quo modo in *l. 7. C. De agric. & censit lib.* 11. datur venditori vindicatio servorum rusticorum, censitorumque venditorum) sive ex caussa privatæ utilitatis, quæ tertium principaliter concernit, si ita officium exigat. Sic patet vendita à se bona peculii adventitii filiorum revocat, *l. 1. C. De bonis matern.* & ibi Pinell. *l. fin. §. filiis autem C. De bon. quæ liber*, cùm ea res principaliter commodum filii concernat, quod procurare est paterni officii. Sic & tutor vel curator sine decreto rem minoris venditam revocat. Prælatus aut œconomus rem Ecclesiæ temerè alienatam revocare tenetur, & plerisque Clericis eam reposcere licet. *c. Si quis 6.* ⁓ *De reb. Eccles. non alien.* Ut licet proprii caussa quis contraveniat suo facto, non est admissum *l. 5. C. De servo pig. dato manumiss l. Vindicantem 17. De evict.* Vid. Pinell. *ad d. l. 1. p. 3. num. 81. & seq. Cod. De bon. matern.* Barbosa *ad l. 1. p. 5. n. 15. & seq. Soluto matrim.* Gomez. *ad L. Tauri 50. n. 63.*

33 Hinc Quæritur, An hæres rem suam à defuncto venditam possit vindicare? Videri posset, quòd nec impediatur ex persona defuncti, qui rem alienam tradendo dominium ejus transferre non potuit, *l. Traditio inf. De acquir. rerum dom.* nec ex persona sua, cùm non vendiderit, nec venditioni consenserit, *l. Quidam 12. inf. De evictionib.* Ut si non jure hæreditario, quo repræsentans personam defuncti ejus factum præstat, *l. Ex qua persona 149 inf. De R. I.* saltem proprio vindicans audiendus videatur. Quò facere videtur *l. Seia* 73. *inf. de evict.* ubi hæres videtur evincere rem suam, à defuncto venditam, fundans se in jure proprio. Idem velle videtur *l. fin. Cod. De evict.* ubi fidejussoris hæres evincit rem jure proprio, pro qua fidejusserat defunctus. Contra tamen responsum in *l. Cùm à matre 14. Cod. hoc tit.* ubi filius hæres matris fundum suum per eam venditum vindicans repellitur. Idem habet *l. 1. Cod. De reb. alien. non alienan.* Facit regula, Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio, quæ colligitur ex *l. Exceptione 11. & 14. Cod. De except.* Ratio est, quòd licet non transeat dominium rei, quæ aliena fuit, & circa quam nihil juris erat defuncto, juxta regulam in *l. Nemo 55. De R. I.* adeundo tamen hæres confirmet factum, defuncti, quod ratum habere cogitur. Atque ita evincere volens rejicitur doli mali exceptione: agit enim dolo, petens quod est restituturus, saltem æstimationem, jure evictionis. * Habet 34 autem regula ista limitationes. Nisi actus sit nullus, respectu consensus, aut dispositionis legalis, cui ut non potest expressè, ita multò minùs tacitè per aditionem renuntiare hæres. Potest etiam retrahere hæres rem alienatam à defuncto, statuto aut consuetudine retractum admittente, intra statutum tempus: Præses *in loco à Tamquam num.* 29. Et hoc non ut hæres, sed ut proximior. Videantur aliæ limitationes apud Gabriel. *Commun. opin. lib. 6. concl. 11 tit. De evictionib.*

35 Nihil obstat superioribus *d. l.* 73. quia accipienda in casu, quo emptor non opponit exceptionem doli mali, sed repetenti hæredi rem suam restituit, contentus actione evictionis, contra hæredem sibi competentis, uti patet ex ista *l. 37.* quæ convento dat electionem, vel restitutis prædiis de evictione agere, vel exceptione submovere agentem: quam electionem etiam dat *d. l. 1.* Ut isto casu potiùs emptoris facto contraveniatur ei, quod defunctus fecit, quàm hæredis jure. Cujac. *ad d. l. 11.* Pinell. *d. loco n. 82 illat. 5.*

36 Nihil etiam obstat *d. l. fin.* nam loquitur de hærede fidejussoris, non etiam de hærede venditoris. Inter quos est differentia: nam hic evincere volens repelli potest, ille non item, *d. l. fin.* Ratio diversitatis est, quòd quando quis vendit rem tamquam propriam, non audiatur ipse, allegans eam alienam esse, quia scilicet propriam alleget turpitudinem: & pariter neque audietur hæres, personam ejus repræsentans. Præterea venditor tenetur præcisè ad tradendum, ut dicetur infrà, *De actionib. empti.* adversus quam obligationem

gationem hæres ejus venire nequit, *l.* 2. §. *ex his inf. De verb. oblig.* Fidejussor autem non dixit rem suam esse, sed venditoris: cujus venditioni consensit, se obligando, non ad rem tradendam, sed ad interesse, in casum evictionis. Unde non aliàs repelletur à vindicando, quàm propter consensum, qui oberit quidem ipsi, & illius hæredi, venienti ex ejus jure, non etiam jure proprio: ex eoque audiendus, quòd consensus fidejussoris non tam incluserit hunc casum, quam potius tacitè exclusferit. Tenebitur tamen hæres fidejussoris ad interesse, eo modo, quo fidejussor, cujus obligatio ad hæredem transit. Barbosa ad *l. Lucius, 39. num. 20 & seqq. inf. Soluto matrim.*

37 Utilis vindicatio competit ratione juris, quod est circa rem, uti creditori circa pignus, emphyteutæ, vasallo, superficiario, *l. Tutor* 16. § *fin inf. De pign. act.* Competit & hæc variis in casibus fictæ traditionis, *l. 8. C. h. t. l. 2. Quando ex facto tutoris, &c.*

38 Datur contra eum, qui probatur rem possidere, *l. 3. Cod hoc tit.* sive suo sive alieno nomine. Ut etiam contra detentorem competat, veluti depositarium, commodatarium, quatenus habet rei restituendæ facultatem, *l. 9. hoc tit.* Nisi conventus statim in principio dominum nominet, ut hac via judicio eximatur, *l. 2. C. Ubi in rem actio.* Quo casu domino certus præfigitur terminus, intra quem comparere necesse habet; aliàs in possessionem mittetur actor, *d. l. 2.* Si non nominet dominum, ipse tamquam se liti offerens condemnabitur, citra domini præjudicium, cui jus suum salvum, *per tot tit. C. Quib. res judicata non nocet.* Jason. *ad §. omnium num. 103. Instit. De actionib.* Maranta *p. 6 membro 6. num. 2.* Contra sequestrum non competit cùm non habeat rei restituendæ facultatem. Filio vel servo alienam rem detinente, datur contra patrem vel dominum, *l. Non servum* 20. *C. eod.*

39 * Contra hæredem competere, non potest negari; non tamen aliàs, quàm si possideat, secùs absolvendus erit, *l. Si rem 42. hoc tit.* Nec facit, quòd sit hæres: quia hæc actio est in rem, quæ removetur, remota re. Quod ita obtinet, nisi lite cum defuncto contestata aliquid ab eo commissum fuerit, propter quod damnari debuisset, scilicet si desiisset dolo possidere, tunc enim hæres omnino est condemnandus, *d. l. 2.* eo quod in eadem cum defuncto sit caussa, cujus factum præstat, *l. 1. C. Ex delictis defunct.*

40 Possidere itaque debet is, contra quem hæc actio proponitur: nisi dolo possidere desierit, quia dolus repræsentat rem, *l. Qui dolo* 131. *De R. I.* aut si liti se obtulerit, & judicium acceperit, *leg. Is qui* 25. *hoc titul.* si tamen actor ignoret eum possidere: sciens enim se decepit, *l. Nam si* 28. *hoc titul.* Quòd si is, qui ignoranti se obtulerit, damnatus fuerit, nihilominus res peti potest à possessore, *l. Si is, qui* 7. *hoc tit.* Quod ita aliqui accipiunt, si non solverit is, qui liti se obtulit, quod aliàs idem bis peteretur. Rectiùs tamen acceperis, etiam in casu, quo idem solvit, cum *d. l. 7.* sit accipienda cum effectu. Nam quod solutum acceptum est nomine pœnæ, quia non decipi interfuit actoris, ut bis idem exigi dici non possit cum subsit diversa caussa, Cujac. *ad d. l. 7. lib. 4. Pauli ad Edictum.*

41 Possidere autem quis debet litis contestatæ tempore: &, si sine dolo malo amiserit possessionem absolvetur, *leg. Si autem* 27. § 1 *hoc titul.* Si litis contestatæ tempore non possederit, post autem possidere cœperit, posset videri non condemnandus reus, per *leg. Non potest* 23. *supra De jud.* ubi non potest videri in judicium venisse, quod post judicium acceptum venit. Quo non obstante, ex sententia Proculi respondit Paulus *in dict. l. 27 §. 1.* reum etiam eo nomine omnimodo condemnandum. Et ratio est, quod hæc actio non formetur ex persona rei, quo casu loquitur, *dict. l. 23.* sed ex persona actoris, cujus jus metimur, ut quandocumque res devenerit ad reum, is veniat condemnandus. Bald. *ad dict. §. 1.* Cujac. *ad l. 1. in fine sup. De petit. hæred.* ubi in simili de ea re actum. Adde Costal. *ad l. Quæsitum* 30. *inf. De peculio.*

42 Veniunt in hanc actionem quælibet res corporales, sive mobiles sive soli, sive animatæ, sive inanimatæ, *l. 1. hoc titul.* Venit & grex, armenta, quæ sunt nomina collectiva, significantia multas res subjectas, *dict. l. 1. §. final.* Atqui & peculium est nomen collectivum; sua appellatione plures res complectens, & tamen negatur ejus recepta vindicatio *l. Vindicatio* 56 *hoc titul.* Ratio est, quia grex tantum in corporibus consistit, ut quasi unum corpus vindicetur: Peculium autem etiam res in corporales continet, uti nomina *l. 7. §. fin. infra De peculio.* Ut cum unum corpus non constituat, nec ut unum corpus vindicetur, sed res singulæ sint vindicandæ, *Glossa in d. l. 56.* Peculium tamen castrense, & quasi, quia ad jus successionis universalis pertinet, etiam ut tale vindicatur.

43 * Dixi corporales, nam in corpora-

les etsi dicatur vindicari, propriè tamen sub hanc actiona non veniunt, quæ tautùm agit de iis, quæ possidentur: illæ autem verè non possidentur, unde illis suæ propriæ sunt actiones, de quibus libro seq.

44 Requiritur autem res sint nostræ, non quovis modo, sed propriè in dominio nostro, jure gentium vel civili. Præterea res ipsæ extent, nec sint extra commercium: quo modo non vendicantur res religiosæ, sacræ, quia sunt divini juris, *lege in rem actio 23. §. 1. hoc titulo.* Sunt & extra commercium liberi, quia nec propriè in dominio, ut nec propriè vindicentur. Adjectâ tamen caussa, ex jure Quiritium vi patriæ potestatis vindicatio eorum concessa, *l. 1. §. 2. hoc titulo.*

45 Hac via & maritum posse vindicare uxorem, apud alium existentem, volunt, adjectâ caussa juris divini, quo illam habet subditam. Abbas *in cap. Illud &c. non est* ✠ *De sponsalib.* Quod idem è contra datum & uxori, quia habet potestatem corporis mariti ex jure divino. Vindicari etiam posse Monachum per monasterium ex jure Canonico tradit Covarr. *De matrim. cap. 7. in principio nu. 2.* Quod & trahunt ad dominum, qui vasallum colonum vindicet; & Rempl. quæ

46 cives, Bartolus *ad legem 1 §. 1. hoc titulo.* Præterea non habeantur res pro extinctis, quò modo res aliis junctæ non vindicantur: cujus ordinis sunt ligna ædibus alienis juncta, purpura alienæ vesti intexta, & similia de quibus *Institut. De rerum divis.* Facit enim accessio res pro extinctis haberi: quod autem non est, non vindicatur. Est tamen actio ad exhibendum, & exhibitæ res vindicari possunt, quia sic earum dominium videtur revixisse. Non aliàs tamen is, cujus rei alienum quid accessit tenetur exhibere, quam si exhibendi habeat potestatem, id est ros separari possit. Unde licet brachium alienum meæ statuæ junctum per plumbaturam sit exhibendum, non tamen junctum per ferruminationem, *dict. leg. 23. §. item quæcumque hoc titul.* Ratio diversitatis est, quod ferruminatio, sive ferrumen ut habet *l. Quicquid 27. § fin. inf. De acq. rer. dom.* contingat per eandem materiam vel idem metalli genus; veluti quando ferreus pes statuę meæ ferreę, interveniente materia ferrea, jungitur, aut argenteum brachium statuæ argenteæ, argento medio: quia ea res ponit confusionem, ut separatio non sit facilis, sal vo alio corpore. Plumbatura verò fiat per diversum metalli genus, ut id quod adjectum plumbatura separetur, *d. §. item quæcumque.*

Quod dictum de exhibenda re, alienæ rei juncta, si possibilis sit separatio, exceptionem patitur in tigno alienis ædibus aut vineis juncto, propter Legem XII. Tab. qua vetitum tigna ejusmodi eximere caussa boni publici, ne hoc prætextu ædes destruãtur, cum deformatione aspectus, aut vinearum cultura deseratur, *d. l. 23. § signum;* qua de re vide dicta inferiùs, *ad tit. De acq. rer. dom.* ut & de rebus ex aliena materia factis quatenus ea vindicari possint.

47 Requiritur præterea ad vindicationem res sit certa, quæ petitur, cujus nomen exprimendum, & quo loco sit, Si quantitas petatur, & illa exprimenda, *l. 6. h. t.* Si nomen ignoretur, demonstratione utendum. Si in nomine erretur, tamen de re constet, placuit nihilominus rectè agi, *l. 5. §. pen. hoc tit.* Quod verum in errore circa nomen proprium, nam circa appellativum errans nihil egerit: Ratio est, quòd hoc substantiam indicet, atque ita immutabile sit, *l. 4. inf. De legat. 1.* Exprimendum & illud, tota res, an pars tantùm petatur, *d. l. 7. in princ.* Quæ & certa designanda, quamvis incertæ vindicationem non vitiari faciat justa ignorantia, *l. Qua de re ta 76. § 1. hoc tit.*

48 Et hoc ita, re existente. Quòd si res perierit absque culpa & mora possessoris, absolvendus is erit, aliàs ad æstimationem obligabitur, *l. Julianus 17. h. t.* Quod rationem habet, ne alterius factum alteri sit nocivum. Et hoc in bonæ fidei possessore: nam in malæ fidei possessore ista distinctio non obtinet; cùm semper in mora esse intelligatur, *l fin. inf. De condict. furtiva:* atque ita tenebitur ad rei interitum indistinctè; cùm nihil sit, quod eum excuset.

49 Quid si res interierit lite pendente? Videri posset etiam bonæ fidei possessor teneri eo nomine, quòd per litis contestationem ponatur in mala fide, *l. Sed etsi 25. § si ante sup. De petit. hæred.* Juri tamen conformius, eum non teneri de interitu rei, cùm non possit videri fecisse moram, qui judicium accipere paratus ad judicium provocavit, *l. Si quis 24. in princ. inf. De usur.* Nemo enim tenetur jus suum indefensum relinquere propter merum interitum rei, *l. Illud 40. sup. De petit hæred.* sicutique non appareat caussa, ex qua sufficienter intelligat rem esse petitoris, quæ res eum in mala fide poneret, *l. Quod te mihi 5. inf. Si cert. pet.* Cùm nulla ratio excuset moram ejus, qui ex certa caussa intelligens rem ad se non pertinere, maluit litigare; quam restituere *l. Nemo 82. in fine inf. De verb. obligat.*

Et:

Et hoc quoad rem, nisi damnum contingens culpa possessoris caussa verit *lege Utique* 16. *in fine* 50 *hoc titul.* * Quoad fructus litis contestatio ponit in mala fide possessorem, imo etiam ipsa controversia mota, *dicto* §. *si ante* quod cum possessor cœperit scire, rem ad se non pertinere, vel posse esse alienam, quam ideo curare debet, ut bonus paterfam. ne alias per sententiam re avocatâ, videatur temerè rei alienæ se immiscuisse.

51 Post extrajudicialem moram debitoris non est hærendum, cujus periculo rei interitus cedat: cum generaliter receptum sit, per moram debitoris re interempta perpetuari obligationem, *l. si ex legati* 23. *infra de verborum obligatione*; idque ne culpa vel factum unius alteri sit injuriosum, 52 *leg.* 14. *inf. de condict. indeb.* * Nisi tamen mora purgata fuerit per debitorem rei oblatione, *leg. Interdum* 73. *in fine l. sed si servo* 91. §. *sequitur. dict. titul.* ne mora creditoris alteri noceat. Nihilob stante, quod debitor moram commiserit; nam hæc purgata est per subsequentem creditoris moram, quam æquum est eidem nocere, *leg. Illud inf. De peric. & comm. rei vendit.* Non etiam debitori, cum in pari caussa potior sit is, qui tenet, *d. §. sequitur* & deinde æquum non sit, teneri de pecunia amissa, vel re perempta debitorem, qui non teneretur, si creditor oblatam recepisset: ut pro soluto oporteat esse id, in quo creditor accipiendo moram fecit, *leg. Qui decem* 72. *infra de solutionib.* Quod & dicendum in fure rem offerente, *l.* 8. *de condict. furt.* eadem ratione. Quæ obtinet etiam in casu, quo alius obtulit pro debitore, *d. leg.* 72. §. 2. nam & hoc casu creditoria mora damnum caussat, quod æquum est ei imputari. * Et 53 hæc ita, si oblatio sit facta realiter per debitum præsens, ut colligitur ex dictis legibus, quæ loquuntur de eo, qui obtulit debitum. Quod verbum accipiendum de legitia oblatione, quæ fit per rem præsentem, quia aliàs non est legitima. Et hoc ita in mobilib9, nam in immobilibus sufficit oblatio verbalis ne ad impossibile quemquã lex cogat. Accipienda etiam oblatio de ea quæ facta opportuno loco & tempore, quia aliàs non cogitur creditor acceptare, nec ei casus imputabitur, quamvis in casu, quo in favorem debitoris est appositum tempus, uti communiter: opportunè dicitur offerre, ante terminum offerens, & imputabitur casus creditori recusanti.

54 Tota difficultas est in eo, An re post moram debitoria interemptâ facto aut naturali caussa, eodem modo peritură apud creditorem, teneatur debitor? varia hac in re est interpretum sententia. Dissensere Sabiniani à Proculianis, Martinus à Joanne, & alii: quorum aliqui, ut Sabiniani, omnimodò absolvendum voluerunt debitorem, quod æquum esset, naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura res esset etiam restituta actori, *lege si plures* 14. *in fine infra Depositi.* Alii distinguunt inter prædonem & bonæ fidei possessorem: illum teneri volunt, non etiam hunc, *lege Illud* 40. *supra De heredit. petit.* Alii in actione reali liberari volunt reum interitu fato contingente, eo quod illud evitare ne quidem creditor potuisset: deinde quia res domino suo pereat. *dicta lege si plures:* In personali vero reo imputant interitum, quod res ejus sit, *lege Quod te* 5. *infra si cert. petat* Alii aliter leges dissones ad consonantiam revocare conantur. * Probabilior tamen Martini sententia, post mo- 55 ram scilicet re interemptâ; licet fato aut naturâ sua, nihilominus teneri reum, si creditor eam distrahere potuisset; tum verò demum liberari, quando distrahere non potuisset. Prior pars probatur per *l. cum res* 47. §. *fin. infra de legat.* 1. *& leg. Item veniunt* 20. §. *fin. sup. de hared. petit.* ubi tantum inspicitur, an creditor distrahere potuerit, ut tum pereat debitori, secundùm regulam quæ unicuique moram suam, non alteri vult nocere. Atque ita præstandum venit actori id; quod haberet, re tempori restitutâ. Posterior pars probatur per *l. si servus* 14. *infra de condict. furt.* ubi servi fugitivi, sub conditione legati, ea pendente hæres habet conditionem. Si autem, lite per hæredem mota pendente, conditio extiterit, hæres non amplius audiendus, quod ejus non intersit, qui servũ petitũ non potest retinere, actione tota jam spectante ad legatariũ. Ut & in nostro casu frustra agit creditor, cui nihil abest, quod penes eum res quam non erat distracturus, eodem modo periisset: ut quod re restituta, non erat consecuturus, id nec eâ perempta æquum sit ab illo exigi.

56 Non obstat *dict. l. si plures:* nam quod in ea dicitur naturalis interitus ad actorem, non ad reum pertinere, habet ibidem subjunctum temperamentum, utique cum interitura esset etiam restituta actori, qui eam non erat distracturus. Non erat autem in casu priori peritura actori, quia poterat ab eo distrahi: ut proinde res illi absit mora rei, & ille damnum luat *d. l. Cùm res* 47. §. *fin. & d. l. Illud & item* 15. §. *fin. h. t.*

57 Potentia ista distrahendi judicanda est ex conditione rei debitę, ut quia talis est, quæ distrahi posset ex arbitrio actoris, quia libera nulli obnoxia prohibitioni. Ubi non debet probari an fuerit

rit d. si acturus eam actor: quia aliàs res incerta foret, quippe dependens à voluntate, atque ita litium caussam præbens, cùm etiam in dubio nocere moroso mora sua debeat. Si verò ejus ordinis fuerit res, ut distrahi nequeat, tùm demũ erit periculum actoris, quippe cui nihil absit, utpote re eodem modo apud eum peritura. Vt non sit illi querendi occasio, veluti quia pupillaris erat, quæ sine caussa & decreto nequit alienari, *l. 1 inf. De reb. eor.* Idem erit, si res talis fuerit, quæ publico decreto erat distrahenda. Sic etsi pater filium à se manumissum tamquam servum repetat, qui post moram mortuus est, interitus cedit patri. Moriturus enim eo dem modo erat apud patrem, qui eum non erat distracturus, quem cupiebat manumissum. Idem in re alienari prohibita: & breviter, quod actor restituta re habere potuit, id ea amissa ei præstari æquum est: quod verò restituta re non esset consecuturus, id nec ea perempta æquũ est ab eo exigi Cujac. *ad d. l. 40. lib. 20. Pauli ad Edictum & ad l. si ex legati 23 inf. De V. O. Don. Tract. De mora circa finem.* Quæ distinctio non tantùm obtinet in casu, quo reddenda res est in reali actione, sed & quo danda est in personali, cùm ista duo compatentur in *l. si in Asia 12. §. fin inf. Depositi*, & ratio allata in utroque obtineat, Cujac. *ad l. si servus § si servus inf. De legat. 1.*

58 Alia Quæstio est, Quid in fure obtineat: Posset videri, eum simpliciter teneri, sive rem distracturus erat actor, sive non, ex eo, quòd semper sit in mora. *l. pen. inf. de vi & vi arm.* Quæ ad se trahit periculum, & facit teneri morosum de interitu, licet sine ejus culpa, *l. 1. §. rectissimè d. tit.* Dicendum tamen, & hoc casu habere locum supradictam distinctionem, ut ita demum teneatur fur, si dominus rem erat distracturus, id est, distrahere potuerit, vendendo, donando, aut aliàs; secus, si non erat distracturus. Ratio est, quia illo casu damnũ intulit domino, non hoc. Cum non teneatur fur, nisi quatenus per justam ablationem damnum intulit; neque enim injusta ablatio sola est sufficiens caussa restitutionis. Et probatur ista distinctio, *l. Item cum 14. §. quod si homo circ. fin. sup. Quod metus caussa*, ubi dicitur teneri de re perempta is, qui eam per metum abstulit, si peritura non fuisset, metu non adhibito: tum contra dicendum sit, si peritura fuisset apud dominum, secundum dicta. Ita tradit Covarr. *ad cap. Peccatum p. 2. §. 6. n. 1.* Navarra *de Restit. lib. 4 cap. 1. n. 15.* Less. *2. De Iure & Iust. c. 12 n. 92.*

59 Venit, & in hanc actionem rei omnis caussa, *l. Iudicium 17. §. 1. h. t.* id est, omnis utilitas, quæ ex re caussata vel proveuit, quam lucro cedere possessori, cùm jactura domini, minùs æquum; item omne id, quod habiturus erat actor, si tempore litis motæ restituta fuisset res, sive ex ipsa re processerit, cujus ordinis sunt partus, & partuum partus, *d. l. 17. & l. Præterea 20. h. t.* aliique fructus. Partus quoque ancillæ, etsi in fructu non non sit, *l. Vetus 68 inf. de usufr.* proveniat tamen ex re nostra. Lucra itidem extrinsecus occasione rei obvenientia, uti hæreditas, legatum, donatum servo possesso. Quòd autem hæc venire dicantur percepta post judicium acceptum, est, quod judicis officio ea omnia incũbant, quæ in judicio versantur usq; ad tempus judicati, *l. Ædile 28. §. item sciendum inf. de ædilit edicto.* Unde posset videri, illa, quę postea accedunt, non venire, cùm officium judicis ad ea, quæ post rem judicatam adveniunt, non pertineat, quia per eam judex esse desinit, *l. Iudex 55. inf. de re judic* Quò facit *l. 3. §. 1 inf. de usur.* ubi dicitur, post rem judicatam tempus legitimum immune esse à fructibus dependendis. Verùm hoc accipiendum de fructib9 non perceptis: quia in mora esse dici nequit, nec diligentia & cura ab eo exigenda, cui propter dilationem legitimi temporis, scilicet quadrimestris, restituendi necessitas, ut ante, non imponitur. Si tamen interea quid perceptum fuerit, æquum est & hoc peti atque restitui: nam, ut habet *d. l. 3 in princ.* ea temporis intercapedo dilationem dare, non etiam lucrum adferre debet. Ante litem contestatam fructus percepti, aliaque accessoria ad judicis officium non pertinent, nisi nominatim petantur, *l. Partum 10. inf. de usur.* tunc enim judicis erit, jubere etiam eos restitui. De qua quidem restitutionis materia, & quos fructus bonæ malæve fidei possessor revocabiliter aut irrevocabiliter suos faciat, deque impensis fructuum caussa atque etiam in rem alienam factis, agetur commodiùs infrà *ad Tit. de acquir. rer. dominio.*

61 Restituenda itaque res cum fructibus integra. Si deterior facta fuerit, ratio per judicem habenda, quanto deterior facta. Quo casu & legi Aquiliæ loc9 est ad electionem actoris, qui una electa alia non utetur, *l. Non solum 13 cum seq h. t.* Et hoc ita in malæ fidei possessore; nam bonæ fidei possessor ut non præstat interitum, ita nec deteriorationem.

62 Restitutio autem ibi facienda, ubi res est, aut ubi agitur: si alibi sit, sumptibus petitoris in iter vel navigationem, exceptis cibariis, nisi malit petitor suis expẽsis & periculo rem, ubi judicatur, restitui, *l. si res 10 & 11. h. t.* Si ab eo loco, ubi tempore litis contestatæ res erat, dolo malo sub-

subtractam aliò transtulerit reus, ut actori sit difficilior recuperatio, illam, unde subtraxit, restituere suis sumptibus, *l. si verò* 12. *h. t.*

63 Porro ut vindicatio procedat, oportet Primò, actor probet dominium, *l.* 9. *h. t.* Secundò, reum possidere, *d. l.* 9. aut saltem dolo malo possidere

64 desiisse, *l. Iulianus* 17. *h. t.* Audiendus tamen reus in suis exceptionibus, si quas habet: ut si cum actore transegerit; si actore deferente juraverit se dominum esse, aut illum non esse: cum juramenti delatio habeat transactionem hanc, ut, si juraverit, res penes possessorem maneat, unde exceptio possessori proficit, qua de re infra, *ad tit. de jure.* Quæ & proficiet, si cum eo judicio ageretur, absolutus fuerit: nam judicio agens convenire cum reo videtur, ut, quod judicatum fuerit, sequatur.

65 Petitori autem ista exceptio nocebit, non etiam Advocato, qui illi adfuit: nam, ut habet *l. Inter* 54. *h. t.* inter officium advocationis & rei suæ defensionem multum interest: nec propterea quis, si postea cognoverit rem ad se pertinere, quòd alii eam vindicanti, tunc ignorans suam esse, adstiterit, dominium suum amisit. Denique rejicit actorem, si rem ante motam litem usuceperit, quia per legem jam ei adjectum dominium, *inf. De usucap.* ut frustra agat actor, quia unius rei in solidum duo domini esse nequeunt. Post acceptum judicium usucapionis quidem cursus olim non impediebatur, atque ita ea etiam perficiebatur, *l. Iulianus* 17. § *fin. h. t.* tenebatur tamen possessor nihilominus rem tradere, *l. si post* 18. *h. t.* quia verum est, litis contestatæ tempore rem actoris fuisse. Si servus à possessore fugerit, sine facto rei, actiones is præstabit domino, & cavebit, se eum, ubi nactus fuerit, domino restituturum, *l. si à bona* 21. *h. t.* Hodie cursus usucapionis interrumpitur per litis contestationem, & per appellationem *l. pen. & fin. De annali except.*

66 Si nulla exceptio petitionem removeat, rem restituere jubendus reus, cum fructibus & omni caussa. Si nolit, aut dolo faciat, quo minus restituat, siquidem habeat rem, manu militari officio judicis possessio ab eo auferetur. Si verò restituere non possit, siquidem dolo fecit, quo minus possit, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione juraverit, damnandus est. Si nec potest restituere, nec dolo fecit, quo minùs possit, non pluris, quàm quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est, *l. Qui restituere* 68. *h. t.*

ADDITAMENTA.

Ad lib. 6. ff. tit. 1. De Rei vindicatione.

AD n. LXIII. In hac actione duo sunt probanda & deducenda, Dominium ex parte Actoris, & Possessio ex parte Rei: Nec sufficit probari dominium de præterito, sed de præsenti illud probandum est. Carpzov. Jurispr. forens. *part.* 1, *constit.* 16. *def.* 24. Dominium autem quomodo probetur. vid. *l.* 10. *in fin. l.* 19. *C. h. t. & ibi* Sich. & Godofr. Marant. *part.* 4. *dist.* 9. *n* 50. *& mult. seqq.* Mascard. *vol.* 1. *de probat.* 9. *cl* 531. *& mult seqq.*

Si Possessor in rem sumptus fecit, agens rei vindicatione, hos possessori tenetur restituere. Exceptiones & Replicationes ad hanc Regulam vid. eleg. apud Vigel. *in M. I R. lib.* 3. *c* 11. *Reg.* 13. Schot. in *Exam. Iurid. pag.* 264. 265.

In arbitrio Actoris est, utrum in loco, ubi res est, an in domicilio rei conventi, rei vindicationem instituere velit. *l.* 1. *& l. fin. ubi gl.* Bart. Castr. Sich. *C. ubi in rem actio. & c.* Host. *in summ. de foro compet. n.* 5. *c. ex parte* 15. *& ibi gl. de for. compet.* neque distinguendum, mobilis an immobilis res petatur. Treutl. *vol.* 1. *disp.* 15. *th.* 9. *lit c. ibiq. alleg.* adde Donell. 17. *com.* 17.

Rei vindicatio si intentatur, potest judex ex officio, post litem contestatam, cogere Reum ad cavendum, de re non alienanda. In spec. de offic. omnium Judic. § 10. *in princ.* Si tamen Reus alienat rem ex causa, subvenitur ei, *eod* §. *vers. officium.*

De Vindicatione Castri cum fructibus vid. Ucan. *vol.* 1. *consil.* 15.

TITV-

TITULUS II.

De Publiciana in Rem actione.

SUMMARIUM.

1. *Origo & caussa hujus actionis.*
2. *Datur bonæ fidei possessori ejusque hæredi.*
3. *Non datur vero domino.*
4. *Datur contra possessorem destitutum titulo.*
5. *Non etiam contra ipsum dominum.*
6. *Requisita hujus actionis.*
7. *An detur ei qui furioso rem emit, quem putabat sanæ mentis: conciliatio* l. 7. §. 2. h. t. cum *l. 2. §. si à furioso ff. Pro emptore.*

1 Vindicationi civili, de qua proximè, vicina est prætoria Publiciana, à Publicio prætore inducta & dicta, earum rerum persequendarum caussa, quas à non domino justa ex caussa sibi traditas, necdum usucaptas, quis amisisset, *l. 1. & 2. h. t.* Qualis cùm vindicatione uti nō possit, quòd dominus non sit factus, ut qui à non domino rem proponatur accepisse, & ante usucapionem impletam ejus possessionem amisisse; quia tamen isto casu durum erat deficere actionem justo possessori, sive per veram traditionem, sive per fictam, *l. sive 9. h. tit.* inducta est hæc à Prætore actio, quà rem talem vindicet, quasi se usucapisset, *§ sed ista 4. Inst. De actionib.* 2 Ubi quidam ridiculè sunt solliciti, quasi Prætor foveat mentientes. Ut ista actio sit utilis, sive prætoria vindicatio, quæ amissâ possessione datur ei, qui à non domino bona fide & justa de caussa rem traditâ accepit, & nōdum usucepit. Datur & hæredi ejus, & ei, cui est restituta hæreditas, etiam necdum apprehensa possessione, *l. cū sponsus 12. §. is cui h. t.*

3 Quæritur autem, An etiam possit competere vero domino? Posset hoc videri, propterea quòd ei competat actio civilis major, ut non debeat denegari hæc prætoria minor, *arg. § item ab intestato Instit. de bonor. possess.* Ubi bonorum possessio inducta à Prætore ad consulendum emancipatis, quos lex civilis excludebat à parentum successione, accomodatur etiam suis, quibus tamen provisum per jus civile. Verior tamen & receptior est negantium sententia, nixa *l. 3. h. t.* quæ dicit competere ei, qui necdū usucaptam rem amisit; cum ratione subjuncta, quòd si usucapta esset, salvam haberet actionem civilem, nec desideraret hanc prætoriam. Facit eo *l. si ab eo 18. inf. de pign.* ubi Publiciana uti quis dicitur, qui dominium non habuit. Nihil facit argumentum supra positum: cum Prætor induxit quidem primariò bonorum possessionem caussa emancipatorum, voluit tamen & consultum suis, cùm generaliter illam liberis defert, ut videre est ex *tit. ff. de bon. possess. secun. tab.* Hæc autem actio specialiter est inducta caussâ ejus, qui possessionem rei ante usucapionem completam amisit; quæ ratio non obtinet in domino. Si tamen hic dominium suum probare nequeat, probet autem possessionem justam, succurrendum & illi erit hac actione, *l. si minor 39 §. si servus inf. de evict.*

4 Datur non contra quemvis possessorem, sed eum, qui titulum non habet. In eo enim consistit ratio hujus actionis concessæ, quòd æquius sit, illi subvenire, qui justo titulo possidet, præ eo, qui rem nactus nullo jure, *l. fin. ubi Gloss. h. t.* Aliàs cessabit æquitas. Ut contra justum possessorem non habeat effectum: in pari enim caussa potior est possessor. Quod ita quidam accipiunt, si possessor posterior habeat rem titulo oneroso, non etiam si lucrativo, quia non est par utriusq; caussa. 5 Contra dominum, ad quem res redit, non dari est expeditum; cum non ideo comparata sit Publiciana, ut res domino auferatur, sed ut possessor bonæ fidei potior esset eo, qui justè non possidet, *l. fin. h. t.* Unde domino est exceptio contra agentem hac actione. potior enim semper domini caussa, quàm possessoris, potior est vindicatio civilis, quàm prætoria, & cùm possit dominus rem possidenti auferre, multò magis eam petentem exceptione repellere. Sunt tamen casus, quos tradit Accurs. *l. fin. in Gloss. fin. h. t.* scilicet si ex caussa damni infecti possidebatur, vel ex noxæ deditione, vel si possessor agente domino antea fuisset absolutus.

6 Hujus itaque actionis requisita sunt possessionem bona fide ex justa caussa fuisse traditam à non domino, & possessam, etiam momento temporis, *l. Cùm sponsus 12. h. t.* [pretium an sit solutum, hic non quæritur, *l. 8. h. t.* cùm tantùm agatur de possessione bona fide & justa de caussa habita, quę facit potiorem actorem eo, qui simili titulo rem non habet:] ante usucapionem impletam amissam esse, & apud alium sine caussa existere: rem esse talem, quæ usucapi possit, nam aliàs huic actioni locus non est. Quomodo non obtinet in re furtiva, *l. sive 9. §. hæc autem hoc tit.* quia frustra agitur ex vi usucapionis ad rem usucapionis non capacem. Cui non obstat, quòd in vecti-

vectigalibus & similibus fundis actio hæc procedat, *d. l. 1.* qui tamen non usucapiuntur: nam longa possessione acquiri possunt, *l. Si finita 15. §. sed in vectigali inf. De damno infect.* ut obtineat Publiciana. Non obtinet etiam in re alienari prohibita, *d. l. 12. §. si res* nequ enim Prætor adversus leges quemquam tuetur.

7 Ex his resolvendum venit dubium, An qui à furioso, quem sanæ mentis putabat, rem emerit, utatur Publiciana? Adsent hoc Vlpian. *in l. 7. § Marcellus hoc tit.* ex ratione, quod eam usucapere possit. Idem obtinet in emente à minore ignoranter. Paulus admittit quidem usucapionem, ratione bonæ fidei, caussa utilitatis: videtur tamen negare Publicianam competere, *l. 2. § si à furioso inf. Pro emptore*; cujus verba sunt, *usucapere posse, utilitatis caussa; quamvis nulla sit emptio, nec Publiciana competat*, Ant. Faber, *1. Conject. cap. 18.* admittit contradictionem, putans Ulpianum a Paulo corrigi. Verùm cum Justiniano evitanda est, quantum fieri potest, contradictio, & dicendum, Paulum ab Ulpiano non dissentire, sed potiùs consentire. Nam sensus Pauli est, utilitatis quidem caussa procedere usucapionem, ne cuiquam justus error noceat, quamvis nulla sit emptio stricto jure, & ideo nec Publiciana competat, stricto scilicet jure. Quæ tamen & utilitatis caussa competet, uti ea de caussa emptio sustinetur, & procedit usucapio. Ut rectè ista clausula sit referenda etiam ad posteriora, ut & rectè tradit Gujac, *ad d. §. si à furioso l. 54. Pauli ad Edictum.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 2. De Publiciana in rem actione.

AD n. V. In hac actione Actor non tenetur probare, auctorem suum non fuisse Dominum, sed sufficit probare titulum & rem sibi esse traditam: Item allegare bonam fidem, *Vigel. in M. l. R. l. 3 c. 13. Reg. 58.*

Ad n. VII. De harum LL. Antinomia eleganter differit Arum. *disp. 8. ad Pandect. th. 19.* adde Godofr. *ad dd. LL.* Besold *in delib. ad lib. 6. Pand. q. 6.*

De libello formando in hac actione differit Viv. *lib. 1. action. §. in actione Publiciana.*

TITULUS III.

Si ager vectigalis vel emphyteuticus petatur.

SUMMARIUM.

1. *Conductoribus agrorum vectigalium datur utilis in rem actio.*
2. *Ager Vectigalis quis dicatur.*
3. *Idem & Emphyteuticus.*

1 Competit in rem actio, si non directa, saltem utilis, iis, qui à municipibus fundum fruendum in perpetuum acceperunt, ut & eorum successoribus: non tantùm contra quemcumque possessorem, sed & contra ipsos municipes, quamdiu tamen vectigal solvunt *l. 1. & 2. h. t.* Quod & idem obtinere dicitur in iis, qui ad tempus fundum talem conductum habent, tempore conductionis nondum finito, *l. 3. h. t.* Et hoc, si non ad modicum tempus, *arg. l. 1. §. 1. quod ait inf. De superficieb.* secundum Cujac. *Instit. De locat.* Superficiario enim similis est habens agrum vectigalem * qualis est, ex quo vectigal annuum 2 pendendum civitatibus, aut municipibus, ad quos spectat jure dominii. Videtur autem hujus origo inde cœpisse, quod vel dominis agros suos, propter distantiam aut aliam caussam, colere non esset integrum, vel etiam quia inculti aut deserti. * Unde & vocatur ager Emphyteuticarius, *hic in* 3 *Rubrica*, nomine deducto à Græco verbo, *ἐμφυτεύω*, quod idem est atque inserere aut implantare: unde contractus emphyteuticus est ortus, similis in quibusdam emptioni, in quibusdam locationi, nisi quòd Zeno Imperator distinctam ab illis naturâ emphyteutico contractui dederit, *l. 1. Cod. De jure emphyteut.* qua de re commodiùs agemus inferius, *ad tit. Locati.* secuti Codicẽ & Institutiones.

FINIS LIBRI SEXTI.

HENRICI ZOESII I. C.

IN LIBRUM VII.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De Usufructu, & quemadmodum quis utatur, fruatur.

SUMMARIUM.

1. 3. *Servitus duplex, alia Personalis, alia Realis.*
2. *Servitus quid?*
4. *Vsusfructûs definitio explicata.*
5. *Vsusfructus alius Formalis, alius Caussalis.*
6. *Vsusfructus quomodo dicatur pars dominii.*
7. *A proprietate quibus modis separetur.*
8. *Constituitur super rebus, quæ usu non consumuntur.*
9. *Item super rebus utilibus.*
10. *Super bonis omnibus, vel parte eorum.*
11. *Purè, vel sub conditione, vel ex die.*
12. *Vsusfructus in fruendo consistit.*
13. *Vsusfructus effectus & utilitas.*
14. *Vsufructuario cedunt fructus & naturales & civiles.*
15. *Non etiam partus ancillæ.*
16. 18. *Neque arbores grandes, non caduæ.*
17. *Conciliatio* l. Item 9. §. fin. cum l. Sylva 10. h. t.
19. *Arbores demortuas cædere fructuario licet.*
20. *Venatio non est in fructu*
21. *Fructuarius usumfructum alteri cedere potest, item pignori dare.*
22. *An ipsum jus ususfructus cedi possit.*
23. *Vsusfructus extinguitur morte vendentis.*
24. *Fructuario venas metalli inquirere, & fodinas instituere quatenus liceat.*
25. *Rem meliorare quatenus possit.*
26. *Dominus alveus ædificando conditionem fructuarii deteriorem facere non potest.*
27. *Fit deterior conditio fructus immaturos decerpendo.*
28. *Ante fructus maturos neque civiles rectè percipi.*
29. *Vsufructuario an debeantur laudimia.*
30. *Vsufructuarius quæ onera ferre debeat.*
31. *Ad quæ damna teneatur.*
32. *An teneatur ad æs alienum.*

ACtio in rem non obtinet tantùm in corporalibus, verùm & in incorporalibus, uti servitutibus semel constitutis: quod dico, nam ad eas constituendas non reali, sed personali agendum. [1] Servitus est duplex: una, qua persona personæ servit, inducta aut jure gentium, contra naturam, aut etiam à jure civili, qua de re supra, *lib.* 1. alia, quæ ad hominum imitationem in rebus, amissa quasi libertate, constituitur. Servitus apud Jurisconsultos nostros non tam definita invenitur, quàm divisa, eo quòd non tam facilè per definitionem, propter diversas ejus species earumque diversam naturam, quam per divisionem percipiatur. [2] Definierunt autem posteriores servitutem esse jus quoddam habendi, agendi aliquid in alieno, contra quam jure communi permissum, quo omnibus rei suæ est liber usus. Hoc nomine simpliciter

pliciter & in usu juris etsi veniat ea, quæ est prædiorum, venit tamen & ea, quæ personæ 3 debetur. * Unde faciunt aliam Realem, de qua libro sequenti, aliam personalem, *leg. infra De ser vit.* Illa tantum locum habet in immobilibus de eaque agitur primò, quia dignior persona est re. Personalis servitus est ea, qua res servit personæ, sumpta denominatione ab eo, quod dominatur. Ut non rectè aliqui hanc mixtam faciant, quod à re debeatur homini, cum tantum inspiciendum veniat, cui debeatur servitus, homini, an rei. Ad personalem spectat Ususfructus, Usus: referuntur & eò Habitatio & Operæ servorum.

4 Ususfructus, de quo hic, est jus utendi fruendi rebus alienis, salva earum substantia. Jus interpretamur legitimam facultatem & potestatem, non etiam servitutem. Nam etsi servitus sit jus, non tamen omne jus est servitus, cum multa sint alia jura, non tamen servitutes; & nomen generis sic accipiatur, ut unam certam speciem significet ex eo genere. Verba, *utendi fruendi*, distinguunt Usumfructum ab Usu, qui tantum est jus utendi, quod est minus, ut suo loco dicetur. Verba, *Alie-5 nis rebus*, rectè adduntur, * quia hic accipimus usumfructum, ut est separatus à proprietate, quem aliqui vocant formalem: nam ei conjunctus non est servitus, cum res sua nemini serviat, *leg. 5 infra titul. 6 Si Ususfructus pet.* Non obstante, quod dominus dicatur uti frui, re sua, jure scilicet dominii, non servituris. Et hunc Caussalem vocant, quod caussæ suę, id est rei cohæreat. Unde & pars fundi dicitur, *l. 4 hoc titul.* non quod pars sit proprietatis eû in *leg. Rectè 25. infra De V O* dicatur fundus sine usufructu totus esse, distetque portio ususfructus à portione fundi, ne, pars ejus 6 deficiens tam accrescat portioni fundi, quam potius ususfructus, *leg. Si Titio 33. §. 1. hoc titul.* * Ideo autem dicitur esse pars dominii, quia est instar partis sive portionis, ut habet, *leg. Cum filius 76. §. dominus De leg. 2.* cum totum ejus emolumentum contineatur: ut eo detracto fundus non intelligatur, *leg. Qui usumfructum 58 infra De V. O.* Divisionem hanc in Caussalem & formalem aliqui neoterici improbant, quod in jure non inveniatur: minus rectè, cum verba ista sint methodica artis, adinventa ad faciliorem traditionem disciplinæ, ut pulchrè declarat Dom. E b. Leoninus, quondam Scholæ hujus Antecessor *in tract. De Usufr c. 1.* ubi etiam disputat *c. 5.* an & quatenus ususfructus dicatur esse pars dominii.

Separatur autem Ususfructus à Proprietate, 7 vel per legem, quæ dat patri usumfructum adventitiorum bonorum filiifamilias, *l. 1. 6. C. De bon. qua lib.* vel per judicem, in judiciis divisoriis, fructibus uni, alteri proprietate adsignata, *leg. 6. §. 1. hoc titul.* vel per Dominum, cui est liberum arbitrium de re sua disponendi, sive actu inter vivos sive ultima voluntate, *l. 4 hoc titul.* Idem dandum longi temporis præscriptioni, per quam etiam acquiri usumfructum, remanente proprietate penes dominum habet *l. fin. in fine C. de præsc. longi t.*

Postrema verba definitionis, *salva rerum sub-8 stantia*, indicant usumfructum non constitui nisi super rebus, quæ usu non consumuntur, quia ut habet, *l. 2. h. t.* ususfructus est jus circa corpus, quo sublato & ipsum tolli necesse est, quamvis utilitatis gratia etiam circa res fungibiles Senatus usumfructum induxerit, qua de re *inf. Tit. 5.*

Acquiritur non tantum per nos, sed & per 9 alios, nostro juri subjectos, *l. 6. § pen. h. t.*

Constituitur vero super omnibus rebus fruitioni accommodis, licet pro tempore nō tam utilibus, quam damnosis, *leg. Statua 41. in fine hoc titul* quæ tamen utiles futuræ, ut ibi interpretatur Glossa tam mobilibus aut se moventibus, ut servis jumentis, *dict. l. 1. §. 1.* aut non moventibus, ut statuis, imaginibus, quia & harum aliqua utilitas esse potest, *dict. l. 41* quam immobilibus, ut ædibus, fundis *l. 7. h. t.* Nec tantum rei corporalis, ususfructus esse potest, sed & incorporalis, uti nominis; quamvis hoc olim controversum fuisse habeat *d. l 3. inf t. 5. De usufr. ear. rer.* * Con-10 stituitur & super parte bonorum, & super omnibus bonis, *l. Omnium 29 & l. Etiam 43. h. t.* Simpliciter relictus ad omnia bona spectat, & prædia rustica, & urbana, omnemque suppellectilem, & mancipia, & calendarium, *l. Uxori 37. inf. de usufr. leg.* dum tamen non excedat æstimationem dodrantis *d. l. 29.* Nam quartam partem hæredi detrahere licebat jure pristino: hodie & ea prohiberi potest, *Nov. 1 c. 2. § si verò.* Quæ prohibitio non extenditur ad legitimam aliquibus personis debitam, quæ ususfructu non oneratur, sed ex eo libera deducitur secundum dicta suprà *De inoffic. testam.* Cessabit autem deductio hujusmodi, si mulieri cum liberis legetur ususfructus, *l. 8. inf t. 2.* Quia ideo liberis quarta ususfructus debetur, ut alimenta habeant, habent autē isto in casu * Con-11 stituitur item sive purè, sive sub conditione, sive ex die, *l. 4. h. t.* pro parte etiam indivisa, vel divisa, *l 5. h t* in quo distinguitur ab aliis servitutibus. *Ratio differentiæ est, quia ususfructus in fruen-12 do

do consistit Frui autem est fructus percipere, quæ res divisionem recipit: possum enim partem fructuum capere, partem omittere. Reliquæ autem servitutes sunt individuæ, quia consistunt in utendo. Usus autem sui natura est individuus, quia non possum ullius rei parte uti, quin totâ utar, *in leg. Usus 19. infra De usu*, & ut tradit Pomponius, *leg. Via 17. infra De servitutibus*, usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam ejus corrumpat. Quod autem ususfructus potiùs ex die dari possit, vel ad diem, quam servitus prædialis, dicetur inferiùs, *ad tit. de servit.*

13. Ususfructus effectus est, ut omne, quod res fert (unde fructus dictus) id est, quidquid ex re percipi potest, sive omnis reditus, obventio, commodum, quod ex renascitur vel per caussam rei percipitur, ad fructuarium pertineat, *leg. 7 & 9. hoc tit.* Hinc ex agris poma, segetes, ex pecudibus, lana, lac, pilus, fœtus, apium favi, fructuario cedunt. Lapidicinas aut cretifodinas si fundus habeat, lapidem cedere, cretam extrahere licet. metalla illi quoque cedunt, & marmora: sunt enim hæc in fructu, si nascantur, *leg. Fructus 7. §. si vir infra Soluto matrim.* Qua de caussa thesaurus inventus in fundo fructuario non est fructuarii, quia non renascitur: nisi pro dimidia parte, jure inventionis, secundum §. *thesauros. Inst. De rerum divis. d. l. 7. §. si fundum.*

14. Nec naturales tantum, sed & civiles fructus, qui occasione rei percipiuntur, fructuario cedunt uti pensiones redituum ædium navium, aliarumque rerum locatarum, *l. Arboribus 12. § 1. hoc tit.* ubi navis usufructu legato, eam navigatum mittendam putat Sabinus, licet naufragii periculum immineat, quia parata, ut naviget.

15. Et hoc ita, quatenus conditio rerum admittit. Hinc primò partus ancillæ non cedit fructuario, quia non est in fructu, *leg. Vetus 68. h. t.* propterea quod dignitas hominis non patiatur, ut in fructu sit hominis cujus gratia omnes fructus comparati. *l. In pecudum 28. inf de usur.* nec temerè ancillæ ejus rei caussa, ut pariant, comparentur, *l. Ancillarum 27. sup. De hæred. petit.* Si tamen partus ususfructus relictus fuerit, cedet is fructuario, *d. l. 68.*

16. Deinde arbores grandes usufructu fundi legato placuit non contineri, ut cædere eas fructuario non liceat, *l. sed si 11 hoc tit.* Contra obtinet in sylva cædua, qualis est, quæ in hoc habetur, ut cædatur, & quæ succisa rursus ex stirpibus aut radicibus renascitur, *leg. Sylva 30. infra De V. S.* quam cædere licet fructuario, & vendere ligna, *leg. Item 9. §. fin. hoc titul.*

17. Cui videtur contradicere *l. Ex sylva 10. hoc tit.* quæ ex sylva cædua tantum permittit fructuario cædere ramos, qui impediunt sylvam crescere, & pedamenta, id est palos ad usum vineæ. Ad conciliationem distinctione est opus, quæ colligitur ex *dict. §. fin.* cum quo continuatur *dict l. 10.* an scilicet ususfructus sylvæ sit legatus, an verò fundi, cui accedit sylva. Illo casu indistinctè licet fructuario cædere sylvam in suum usum, etiam vendere, *dict. § fin versic. nisi fortè*; non habito respectu consuetudinis domini, *l. Divus inf de usu*, nec etiam observato tempore, quo testator cædere solebat, *leg. Si absente 48. §. fin. hoc tit.* Hic verò regulariter inspiciendus modus, tam ratione quantitatis, quam temporis ipsius domini, ut qui singulis trienniis aut quinquenniis tantum cædebat, *dict. leg. 9. §. fin. & d. l. 10.* Qualitatem utendi patris familias non tenetur observare fructuarius: nam licet ille non solebat vendere, sed ipse uti, poterit tamen etiam hic vendere, *dict. §. fin.* Quod si testator non solebat cędere nec fructuario hoc licebit, nisi ramos & pedamenta secundum *dict l. 10.* ne usus fructus illi sit inutilis. Ut intersit an ususfructus sylvæ debeatur an verò fundi, cui accedit sylva: illo enim casu ususfructus est pinguior. Quæ distinctio in marito non obtinet, cui indistinctè licet cædere arbores quia cum sit loco domini, plus illi juris est, quam fructuario.

18. Arbores itaque grandes, quas vocamus non cæduas, non cedit fructuarius, nec maritus, quia non tam uteretur sylva, quam destrueret, *dict. l. 7. si fundum* nisi quatenus necessitas villæ exigit, Cæduas verò sive gremiales arbores, quæ & gremia vocantur id est tenuia ligna, quod gremio colligantur, fructuario cædere licet, secundum dicta, *d. §. si fundum* alii *cremiales* legunt, quod crementur

19. Demortuas arbores excidere fructuario datum, *l. Agri 18 hoc titul.* quia ad nullam rem sunt utiles, quam ut excidantur, ne fundum onerent. Aliud juris est in evulsis & fundo dejectis cedunt enim proprietario *dict. l. 7. §. si fundum* cui sunt utiles. Permissum tamen fructuario iis uti ad villæ refectionem, & ad comburendum, non simpliciter sed in casum necessitatis, si abunde ligna nō suppetant *l. arborib. 12. in pr. h. t.*

20. Quantum ad venationem, eam non esse in fructu habet *l. Venationem 26. infra De usur.* nisi fructus fundi venatione constet; quo modo & accipienda *l. Item si fundi 9 §. aucupiorum hoc tit.* ubi aucupiorum, venationum reditus ad fructuarium pertinere dicitur, uti & piscationum. Præcipuè

liberum

liberum illi est, feras in saltibus & montibus suæ possessionis venari, & sibi habere; inclusas etiam vivariis, modò eumdem numerum finito usufructu adsignet domino, qui fuit ususfructus cœpti tempore, *l. Vsufructuarium 62. h. t.* Denique etiam commoda ex re provenientia fructuarium sequuntur, sive per se, sive per servum fructuarium quæsita; qui stipulari & fructuario potest, ejusque etiam operæ fructuario cedunt.

21 Fructibus autem non tantùm ipse utetur fructuarius, sed & alii concedere poterit, eos locando, vendendo, donando, cùm qui per alium fruitur, ipse frui videatur, *l. Arboribus 12. §. usufructuarius 2. h. t.* Item pignori dando ipsum usumfructum, non etiam proprietatem, vel rem fructuariam, quatenus talis est, *l. Interest C. h. t.* Non ultra tamen, quàm quatenus ususfructus durat: nam eo cessante cessat & onus impositum, uti mox dicetur. Ideo autem usumfructum pignori dari posse placuit, quia fructus rei est pignori dare licere *l. fin. inf. de usur.* cùm per hoc consequamur mutuam pecuniam, aliàs non consecuturi.

22 Vbi in dubium vocatur, An quod *d. §. 2.* dicitur fructuarius alii fruendum fundum concedere posse, vendendo, locando, aut aliàs, accipiendum sit de ipso jure ususfructus? Vult hoc Pinell. *ad l. 1. p. 3. nu. 49. C. De bon. matern.* Primò, per *d. §. 2.* in verbis, *concedere alii.* Secundò, per *Instit. De usufr. in fine princ.* ubi usufructuarius dicitur jus suum alii cedere. Tertiò, per *l. Cui ususfructus 67. eod.* ubi invito hærede ususfructus extraneo cedi potest. Verùm Gloss. *in d. §. 1. V. donet*, & communiter Doct. tradunt, ipsum jus minimè cedi, quòd personæ cohæreat, à qua non separatur. Quò facit *§. finitur Instit. eod. tit.* ubi dicitur usumfructus extraneo cedi non posse; quod intelligendum quoad ipsum jus. Quam sententiam temerè improbat Pinell. *d. loco.* Nam si jus cedi posset, vel idem esset, vel novum. Idem manere nequit, quia transit ad aliam personam. Novus constitui per fructuarium non potest, quia non est dominus.

Nec faciunt pro Pinello loca allegata, quæ non tam intelligenda de ipso jure [nam repugnat *d. §. finitur*, & regula, quòd personæ cohærentia ob ea non separentur] quam de commoditate rei, quæ alteri cedi potest, vendendo, donando, aut aliàs, per fructuarium, qui per alium fruens ipse frui videtur, ut adserit J. C. *in d. §. 2.* cùm per alium agens ipse agere videatur, ut est frequens in iis, quæ sunt facti, uti fructuum collectio. Quod ineptè certè adsereret JC, nisi intelligeret, non obstante cessione, nihilominus quoad jus usumfructum remanere in persona cedentis, à qua non potuit separari quoad jus in alterius persona constituendum, sine consensu domini: cui fieret injuria in eo, quòd res seriùs ad eum reverteretur, non per mortem cedentis fructuarii, sed cessionarii.

23 Facit textus in *l. Necessariò 8. § fin. inf. de peric. & commodo rei vend.* qui vult, in casum venditi ususfructus, eum extingui morte vendentis, ita ut emptor non possit agere de evictione, quia sciverit rei conditionem. Quòd cùm & Pinellus admittat, equidem non video, quo modo jure teneat, jus ipsum transire in cessionarium: cùm si transiret, ex ejus, cui concessum, persona deberet dependere, & cum ea extingui, juxta *l. 4. & l. Pomponius 12. inf. tit. 4.* cùm tamen illo defuncto jus suum sit salvum cedenti. Nec justa ratione istam acceptionem verbi, *juris*, pro commoditate vellicat Pinell. Nam cùm jus istud sit inseparabile à persona, quando dicitur vendi aut cedi alteri, ut actus valeat, interpretamur fructuum collectionem tantùm esse cessam, quæ dependet à jure ususfructus. Quo extincto per mortem cedentis, aut aliàs, in necessariam consequentiam extinguitur & facultas inde dependens. Extincto enim jure dantis, extinguitur & jus, accipientis, cùm nemo plus juris in alium transferat, quam habet, *c. Nuper* ☧ *De donat. int. vir. & uxor.*

Non rectè objicitur *l. 4. inf. De novat.* ubi dicitur ususfructus alteri cessus, morte vel facto demum cessionarii extingui: nam hoc non mirum, ex eo, quòd ibi ususfructus tantùm esset debitus, ejusque debitor per creditorem delegatus alteri, cui & constitutus per debitorem, ut constat ex *d. l. 4.* ut ususfructus eo casu dependeat omnino ex persona ejus, cui delegatus. Latè Garsias *De expens. cap. 10. nu. 34. & seqq.* Sarmient. *3. Select. Interp. c. 9.*

24 Concessa itaque omnia fructuario, quæ vel ex ipsa re proveniunt, vel ejus occasione acquiruntur. Vbi etiam licet fructuario venas metallorum inquirere, fodinas instituere, & removere ea, quæ rem istam impediunt: ne tamen exinde oriatur quid corruptionis, *l. Si cujus 13 §. inde 5. cum §. seq. hoc tit.* ne etiam deteriorem faciat rem domini, *d. §. inde:* quā meliorem facere potest, *d. l. 13. §. fructuarius.* Sic luminas immittit, coloribus, picturis, marmoribus, sigillis ornat parietem, non tamen immutat rei statum, de quo *d. l. 11. §. penult. & fin.* Vtne quidem amplare illi aut inutile

utile detrahere liceat, *leg. usufructu legato* 7. §. *fin. hoc titul.* quamvis melius sit repositurus, *l.* 8. *hoc titul.* quia posset domino displicere. Qua de caussa nec novum quid facere potest, licet rem meliorando, ut imponendo tectorium nudo parieti, id est incrustando parietem calce aut simili materia, *leg. Vsufructuarius* 44 *hoc titul.* Cui non repugnat *dict. l.* 7. *in fine eod.* hoc permittens, quia loquitur de refectione. Non potest etiam inchoata perficere, etiamsi rei non sit aliàs usus, *dict. l.* 44. nisi caussâ fructuum colligendorum & recondendorum. * Quibus non obstat, quod dictum supra, fructuarium rem meliorare posse: nam hoc accipiendum, accedente proprietarii expresso aut tacito consensu, per *dictam leg.* 44. in verbis, *non tamen id suo jure facere potest*, ne rei suæ mutatio contingat domino invito. * Liberè quò minus utatur fruatur re fructuarius, non impediet eum dominus, altiùs tollendo ædes, aut rei fructuariæ formam mutando, *dict. leg.* 7. §. 1. servitutem imponendo, nisi qua deterior conditio fructuarii non fiat, aut amittendo, ant aliàs, *leg sed si quid* 15. §. *penult.* & *final. leg. Nisi* 17. *hoc tit.* cum illi non liceat conditionem fructuarii facere deteriorem, *dict leg.* 15. §. *proprietatis*. Quod accipiendum de re principaliter in usumfructum data, non etiam de ea quæ in consequentiam tantùm venit. * Faceret etiam deteriorem conditionem, fructus immaturos decerpendo: abuteretur enim re, tenebiturque domino de damno, si fortè ante tempus maturitatis jus ejus extinctum fuerit, nam aliàs sibi potius, quàm domino obfuerit. Ubi maturitas non attendenda præcisè naturalis, sed judicanda ex usu & communi rerum conditione; sunt namque fructus qui usum sui potiorem præstant immaturi, quàm maturi ut olivæ, fœnum *l si absenti* 48. *h. t. l fin inf. de usufr. legat.* Et Sylva cædua licet intempestivè cæsa in fructu esse dicitur *d. l.* 48.

25

26

27

28 Ex dictis ante sequitur, pensiones ratione conductionis non rectè percipi ante fructus naturales maturos, cùm habeantur eodem, quo ipsi fructus, loco *leg. Mercedes* 25. *supra de hared. petit.* ex regula, quod surrogatum sapiat naturam ejus in cujus locum surrogatur. In pensione civili inspicitur rata temporis, quo quisque possedit, *l. si operas* 16. *hoc tit.* ubi fructuario mortuo ante tempus operarum servi elocati, quod reliquum est ad proprietatem spectare dicitur. Ratio differentiæ est, quod fructus naturales semel suo tempore percipiantur: ut proinde, si illo tempore non superfit fructuarius, aut jus illi sit extinctū, nihil eidem debeantur, cum non nisi perceptione fructus suos faciat, per se aut per alium *dict. leg. Arboribus* 12. §. *fin. hoc tit.* civiles verò singulis momentis.

29 Quæri hic posset, An & Laudimia rei alicujus venditæ dependentis à re fructuaria, debeantur fructuario Feudi? Videtur ea res attinere utilitatem occasione rei provenientem, quæ cedit fructuario, ut tradit Julianus Clar. §. *Emphyteusis quæstion.* 13. *in fine.* Aliud juris est in re, quæ in commissum cadit, quę proprietario cedit: ex optima ratione, quod jus commissionis non sit in fructu. Et facit in simili, *cap. Felicis* §. *si qui De pœnis. in* 6. ubi propter culpam vasalli feudum commissum non cedit Ecclesiæ Rectori, sed ipsi Ecclesiæ Oldrad. *consil.* 240. Chass. *ad consuet. Burg rubr.* 4. §. 6. *V. pour jouir* Leonin. *tract. de Vsufr. c.* 13. *num.* 14.

30 Ut autem commoda fructuarium sequuntur, ita & onera, secundùm naturam. Quo modo, rei substantiam salvam servare debet, nec in ullo caussam proprietatis deteriorem facere, *leg. Si cujus* 13. §. *Fructuarius hoc titul.* Sarta tecta omnia præstat, suis sumptibus, iisque modicis, qui ad refectionem ita necessarii, ut ad utilitatem usus præsentis, fructuumque perceptionem spectent: ad quam & cogi potest, *l.* 7. §. *fin. hoc tit.* nisi malit cedere, *leg. Cum fructuarius* 94. *hoc tit.* Stipendia quoque cibariorum in servos & impendia valetudinis ad eum spectant, *l. sicut* 45. *h. t.* Nec tantùm necessariorum refectio illi incumbit, sed & eorum, quæ voluptatis caussam concernunt, *d. l* 7. *in fine.* Ea quæ vetustate corruêre, reficere non tenetur, *d. l.* 7. § 2. ut nec ad eos sumptus, qui perpetuam rei utilitatem concernunt: quos si fecerit, actione negotiorum gestorum repetit, *l* 7. *C h t.* Hinc in locum demortuarum arborum; quæ ad fructuariū pertinent, substituit ex seminario, si quod sit, *l. Agri* 18. *h. t.* non etiam in locum evulsarum vel dejectarum vento, *l. Arboris* 59. *h. t.* quia cedunt domino, *l. Fructus* 7. §. *si fundum inf Soluto matrim.* Uti & gregem per modum universitatis relictum supplet ex adgnatis, in locum capitum defunctorum, *l Vetus in fine h. t.* Hoc enim est boni patrisfamilias, ad cujus modum uti frui debet fructuarius, §. *In pecudum Instit. de rer divis.* Pendit etiam tributa, modica scilicet, non etiam quæ absorbent usumfructum, ut tradit Bar. *ad l quatuor* 30. §. 1. *de leg.* 3. Salaria item & alimēta, quibus gravatur usufructꝰ *d. l.* 7. § *Quoniā* * Tenetur & ad dāna, si quæ dedit culpa sua, & quidē levissima, etiam in omittendo

31

ut

ut usucapionem non interpellando aut alias, *l.1. § fin.inf. tit. 9. Vsufr. quemadmodum cav.* cum usufructus totus sit in gratiam fructuarii. Unde & tenetur lege Aquilia, interdicto item Quod vi aut clam, furti etiam, *leg.si cujus 13. §. de prateritis h. t.* Quod attinet ad æs alienum & legata, ea non gravant eum, cui legatus usufructus certarum rerum, quia ista non sequuntur fundum, sed hæredem, *l.1. § si hares inf. Ad S.C. Treb.*

32 Quæstio est, An fructuarius omnium bonorum ad æs alienum solvendum, legatorumque præstationem teneatur? Bart. *in l fin. num. 5. inf. De usufr. legato.* distinguit inter legata & æs alienum: illa præstari vult ab hærede, hoc à fructuario. Quantùm ad legatorum præstationem, satis expeditum est, onus eorum solvendorum ad hæredem pertinere, non ad fructuarium; cùm onera legatorum ad eum spectent, qui adiit hæreditatem, qualis est hæres, non etiam fructuarius. Deinde legata debentur ratione quasi contractus, quem adeundo cum legatarariis init hæres, *l. Ex maleficiis §. hares inf. De oblig. & act.* Quæ solutio legatorum non differenda in tempus, quo usufructus finietur, sed continuò facienda. Et legata quidem in quantitate solventur, per venditionem bonorum, secundùm ordinem in *l. A divo Pio §. in venditione inf. De re judic.* ita ut id, quod legati nomine solvitur, tam de proprietate quam de usufructu decedat. Quantùm ad rem singularem, illa continuò præstanda. In legato speciei, cujus uni proprietas, alteri usufructus est legatus, id juris est, ut uterque utatur, fruatur ne proprietas uni sit inutilis, nisi alia mens appareat, *l. si alii 19. inf. De usufr. leg.* Quod & dicendum, si uni omnium bonorum relictus sit usufructus, alteri verò res particulares. Excipiuntur à dictis legata annuè solvenda, ad quæ fructuarius tenetur, si reditus sint, qui sufficiant ad ea persolvenda, aliàs bona vendenda, *l fin. §. fin autem C. De bon. qua liber.* De ære alieno idem dicendum, ut luat hæres, non fructuarius, per *d. §. fin autem as & l. fin. De usufr. leg.* ubi dicitur ex bonis deducendum. Facit ratio, quòd onera hæreditaria sint ab eo præstanda, qui contraxit cum creditoribus, qualis est hæres, *l.1. C. si cert pet.* ut non sit facienda cum aliquibus distinctio inter æs alienum & legata. Videatur Covarr. 2, *Var. Resol. c. 2 in fine* Gail. 2. *obs.* 146. Fachin. *contr. cap.* 19. Pistor. 1. *Quastion. decis.* 10. Barbosa *ad l. Maritum num. 22. inf. Soluto matrim.* Koop. *decis.* 24.

ADDITAMENTA.

Ad lib. 7 tit. 1 ff. de usufructu, & quemadmodum quis utatur, fruatur. &c.

AD XIII. FRUCTUS propriè accipitur, pro omnibus iis rerum utilitatibus, quas natura, hominum gratiâ produxit *l. 28. §. 1. de usur.* Veluti cum ex pecudibus fœtus nascitur agni nempe, hœdi, vituli, equuli & suculi § 37. *Inst. de R. D.* item lac, pilus, lana *d. §. 7.* oleta, segetes, olivæ, uvæ, poma & alia *l. 78. De R. V. l. 68. §. 1.* de usuf. *l. 12. in fin.* de usu & habit. *l. 13.* quib. mod. usufr. amitt. *l. 43,* de Evict. *l. 45.* de usuf. *l 7 § 12. ff. de solut. matrim. l. 48. §. fin de acquir. rer. Domin.* Nec tantùm, quæ in superficie fundi nascuntur: ut vinum, frumentum, legumina, fœnum, arundo, cædua, lignum 77 *de V. S. l. 40. §. 4 de contr. Empt, l. 48. §. 1. de usufr.* Verùm etiam quæ intra fundum, ut lapides, creta, arena, varia metallorum genera, si modo hæc omnia renascantur *l. 32. de Iur. dot. l. 7. §. 13.* cum *LL. s. qq. ff. solulut. matrim. l. 9 §. 2. de usufr.*

Ad n XXV. Sæpè controversiæ oriuntur, wegen Beßerung so auff ein Gut gewent / Als auff ein Underpfandt / Leibgeding / usum fructum &c. Ubi singulariter observandum, melioramenta immodicè facta, unnötige übermässige Besserung / restituenda non esse, quia non dicuntur utiles impensæ, quæ tam magnæ sunt, ut dominus cogatur habere rem pro derelicto, atque ita in fraudem Domini factæ esse intelliguntur *l. si servos de pignor. action. l sed an ultro §. 1. de N G. l. Impensa §. utiles V. S ubi Dd.* Menoch. *de recup. possess. remed. 15. num. 553.* Tiraq. *de retract. convent. § 7. gl. 1. num. 5.* Quod diligenter notandum, contra potentes hypothecarios, qui dominia possident, sub pacto de reluendo (Pfandt gehabene der Pfandtschilling /) & rem hypothecatā, novis preciosis ac non necessariis ædificiis ita exornant atq; muniunt, ut sumptuum magnitudine, dominum à reluitione excludere, sibiq;

pro-

proprietatem dominii retinere satagant Gail. 2. *obs.* 12. *in fin.* Utilis tamen ac necessaria melioratio restituenda, res si quidem deterior reddi non debet. Gail. *de pignorat. cap.* 6. *num.* 1. *& seqq.*

Melioramentorum æstimatio, qualiter facienda sit, & quale tempus inspici debeat? vid. ap. Tes. *saur. decis.* 251. ubi Menoch. *Cas.* 258. Gail. & alii quam plurimi allegantur: adde Berlich *pars.* 1. *concl.* 83.

Ad n. XXXI. Uxor relicta usufructuaria omnium bonorum, liberis vel extraneis scriptis heredibus, quid consequatur? vid. Gail. 2. *obs.* 144. *per tot.* Mynf. *cent.* 5. *obs.* 37. Menoch. *lib.* 4. *præs.* 139. *cum seq.*

Legatum Ususfructus omnium bonorum uxori relictum, alio hærede, post ejus mortem instituta, an valeat. vid. Gail. 2. *obs.* 143. *per tot.*

Proprietarius, an possit proprietatem vendere, usufructu penes alium existente? vid. Mynf. *Dec.* 1. *n.* 12. *n.* 17.

De usufructu patris, in bonis liberorum præmortuorum & aliis adventitiis: Quid item hic ususfructus ab aliis differat & plurima eleg. congessit Forster. *de success. lib.* 7. *c.* 20. *& seq. usque ad fin. libr.* Pinell. *de bonis matern.* Hic Autor ad tit. de suis & legit. n. 28.

Ususfructus quomodo constituatur à lege, Judice & Domino vid. eleg. Treutl. *vol.* 1. *disp.* 6. *th.* 1. *ibique alleg.*

Durante usufructu omnium bonorum, si Emphyteusis aperiatur, vel in commissum cedat, an domino directo, an verò Vsufructuario acquiratur. vid. *apud Dan. Moll. lib.* 4. *semestr. c.* 25.

TITVLVS II.

De Vsufructu accrescendo.

SVMMARIVM.

1. *Ius accrescendi quid?*
2. *Conjunctio est triplex.*
3. *Verbis tantùm conjuncti an habeant jus accrescendi.*
4. *Conjunctio fit etiam sine conjunctionis articulis.*
5. *Effectus hujusmodi conjunctionis.*
6. *Differentia inter proprietatem & usumfructum.*
7. *Proprietas accrescit rei, ususfructus personæ.*

De modis, quibus acquiritur ususfructus, actum Tit. 1. hic subjungitur alius, scilicet per jus accrescendi, quod habet locum interfructuarios conjunctos per ultimam voluntatem. * 1 Estque jus retinendæ partis ejus, qui non concurrit vel concurrere desiit. Quæ posterior pars propriè spectat ad usumfructum, cùm alias in genere sit jus retinendæ partis ejus, qui non concurrit. * 2 Non habet locum hoc jus nisi inter conjunctos: quorum triplex species, *l. Re conjuncti* 89. *inf. de leg.* 3. *l. Triplici* 142. *de V. S.* Alii enim sunt conjuncti Verbis tantùm, quos idem orationis nexus jungit, datis partibus: veluti, *Titio & Mævio fundi usumfructum æquis partibus do, lego*, alii Re tantùm, quibus separata oratione eadem res legatur, hoc modo, *Titio fundi usumfructum do, lego, Mævio ejusdem fundi usumfructum do, lego*: alii Re & Verbis, quibus eadem oratione eadem res legatur; ut, *Titio & Mævio fundi usumfructum do, lego*.

Ex his modis duo posteriores juris accrescendi 3 capaces, non etiam primus, cùm jus accrescendi non alibi reperiatur, quam ubi ab initio non habentur partes datæ per testatorem, *l.* 1. *in princ. h. t.* ubi inter fructuarios dicitur esse jus accrescendi, si conjunctim sit illis ususfructus relictus, non etiam si separatim partes; ut in primo modo. Quò facit, quòd in *l.* 3 *in princ. hoc tit.* dicatur, Toties jus accrescendi esse, quoties in duobus, qui solidum habuerant usumfructum, concursu divisus est. Non potest autem dici dividi inter eos concursu, quibus legatur æquis partibus. Unde etiam *Instit. De legat.* §. *si eadem res*, sit tantùm mentio conjunctorum re & verbis, & disjunctorum, qui sunt conjuncti re tantùm. Et breviter omnem difficultatem tollit *l. penultim. hoc tit.* cujus verba sunt: *Cùm singulis ab hæredibus singulis ejusdem rei ususfructus legatur, fructuarii separati videntur, non minus quam si æquis portionibus, duobus ejusdem rei fructus legatus fuisset: unde fit, ut inter eos jus accrescendi non fit.* Quid clarius dici potuisset? Vt mirer insulsam interpretationem alicujus, qui adserit in ista *l. penult.* non agi de modo conjunctionis verbalis, *Titio & Mævio do, lego æquis partibus*, sed sine conjunctione, *Titio Mævio do, lego.* Quod ipsum certè est divinare, cùm lex indistinctè dicat, illos, quibus æquis partibus relinquitur ususfructus, esse separatos, nec inter eos esse jus accrescendi. Et posito, istam legem habere casum, quo ususfructus

esse jus accrescendi. Et posito, istam legem habere casum, quo ususfructus Titio Mævio æquis portionibus relinquitur, minimè tamen aliud juris in ea formula ponendum, quàm si conjunctio intervenisset. * cum conjuncti etiam intelligantur, quibus aliquid sine articulis, *& qua cum*, sive verbis, sive re & verbis, relinquitur, *l. Tripliri 41. inf. De V.S.* Ut in eo non sit ponenda vis, quòd sine conjunctionis articulis dicatur ususfructus relictus, sed quòd æquis portionibus, quæ faciunt separatim relictum, non etiam conjunctim, nisi verbis tantùm. Ut rectè tradat Vasq. *De success. tomo 2. §. 11 num. 42.* conjunctionem verbalem non facere copulam, & sed unitatem orationis plures honoratos complectentem. Quæ tamen non semper sufficit ad effectum juris accrescendi, per *d. l. penult.* cujus sensus est, nihil interesse, fundi ususfructus legetur æquis portionibus, an verò singulis à singulis hæredibus, quòd & hi & illi sint disjuncti, nec concursu partes faciant, cùm ab initio eas habeant ex judicio testatoris Cujac. *ad d. l. penult.* & latiùs Vasq. *d. tomo 2 §. 12. n 3.*

5 Effectus istius conjunctionis est, quod conjuncti concurrentes inter se partiantur rem, sive usumfructum, *l. 1. §. interdum, l 4. & passim hoc tit.* uno autem partem suam repudiante, totum jus penes alterum maneat. Quæ eodem ordine se habent in usufructu, sicut in proprietate, *d. §. interdum.* * In hoc differentia est, quod per concursum conjunctorum divisa proprietate, omne jus accrescendi extinguatur, & nihilo magis revivisçat, parte fortè per alterum postea amissa: in usufructu verò hoc amplius fit, ut etiam facta divisione per concursum postea deficiens pars alteri accrescat, *d. §. interdum.* Quamvis contra videtur in *l. Mulieri 47. De condit. & demonst.* ubi pars ususfructus deficiens non accedit mulieri. Verùm hoc ideo, quia contra legem, partem suam accepit. Ratio autem diversitatis in eo ponitur, quod proprietas constituatur momento, eo scil. tempore, quo vindicatur; quo non concurrens alteri partem non facit, concurrens autem partem facit, etiamsi postea parte amissa concurrere desinat: ususfructus verò quotidie constituatur & legetur, ex eo, quod in quotidiana perceptione consistat, & in facto fruendi. Unde quandocunque non invenitur, qui mecum utatur fruatur, in solidum solus utar fruar, sive conjunctim sit relictus sive disjunctim, *d. §. interdum.* * Est & differentia in eo, quod proprietas accrescat rei, id est, portioni, non etiam personæ, si portionem amiserit; ususfructus verò non rei, sed personæ, *l. Si Titio 33. sup. t. 1.* etiam non habenti partem, modo habuerit, *l. Interdum, 10. h. t.* Personam enim respicit, cui videtur totus concessus, etiamsi servum conjunctum habeat. Ex qua ratione servo communi relictus facit inter dominos esse jus accrescendi, etiam altero postea partem suam amittente, *l. 1 §. 1 hoc tit.* Aliud est in proprietate, quæ servo communi relicta censetur æquis partibus, *l. Et à Proculo 20. inf. De leg. 2.* Plura hic Leonin. *c. 18.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 2. De usufructu accrescendo.

AD n. II. Quid de onere statuendum in jure accrescendi? Resp. Conjunctis Re & verbis, vel verbis tantùm, accrescit pars vacans cum onere adjuncto: Conjunctis vero Re tantùm, accrescit sine onere. *L. unic. de Caduc. toll.* quia in Re Conjunctis, non tam accrescit, quàm non imminuitur legatum & conjunctum: consequenter magis retinent sibi integrum legatum, quàm partem allorum acquirunt. E diverso, quia conjuncti mixtim & verbis tantùm, magis ex personis deficientium, quam proponi partes deficientium capiunt, non possunt Commodum acceptando respuere onus impositum, *d. l. unic. §. 11. vers. & ideo, junct. l. 177. ff. R. I.*

Quod hodie Conjuncti tantum intelligantur Re & Verbis simul, statuit Treutl. *volum. 1. disput. 16. th. 4. lit. B.*

TITVLVS III.

Quando dies ususfructus legati cedat.

SUMMARIUM.

1. *Dies in proprietate cedit à morte testatoris, in usufructu ab adita hæreditate.*
2. *Vsusfructus in diem relictus quando cedat.*
3. *Cedere dies quando dicatur.*

[1] EST & differentia inter proprietatem & usumfructum quoad diei cessionem: qui in proprietate cedit à morte testatoris, sive purè sive in diem sit relicta, non expectatâ apertura tabularum, neque aditione, *l. 5. in princip. §. 1. inf. Quando dies leg. ced.* Ratio est in commodo transmissionis in hæredem, cui facto vel mora hæredis non est præjudicandum. In usufructu verò cedit demum ab adita hæreditate, *l. 2. d. t. l. 1. §. dies h. t.* tum quod legatarii personæ cohæreat, & cum ea extinguatur, ut non sit habenda ratio commodi transmissionis: tum quod sit constituendus ususfructus per hæredem, *l. 3. sup. tit. 1.* hæres autem ante aditam hæreditatem nullus existat. [2] In diem quoque relicti ususfructus dies non cedit, nisi cum dies venerit, *d. l. 1. §. pen.* adeo ut ante eum actio nulla sit, *d. l. 1. in fine*, ex ratione jam dicta. In quo & differt à proprietate legata in diem, cujus dies cedit continuò à morte testatoris, nisi id sit legatum, quod ad hæredem non transit, *d. l. 2. §. 1.* Relicti in menses, dies, vel annos, per singulos menses, dies, annos cedit, *d. l. 1. in pr.* Dicta de cessione diei relicti ususfructus obtinent etiam in usus legati die *d. § dies.* [3] Dicitur cedere dies, quando legatum deberi incipit, licet necdum peti possit. Venire verò dicitur dies, quando debetur & peti potest, *l. Cedere 213. inf. De verb. signif.*

TITVLVS IV.

Quibus modis Vsusfructus vel Vsus amittitur.

SUMMARIUM.

1. *Vsusfructus extinguitur morte naturali fructuarii.*
2. *Hæredis appellatione venit & hæredis hæres.*
3. *In conductore quid juris.*
4. *Intellectus* l. Si domina 10. C. De usufructu.
5. *Morte filiifam. non perit ususfructus quæsitus patri.*
6. *Corpori alicui relictus quando extinguatur.*
7. *Hæredi quoad fructus non datur actio realis.*
8. *An detur actio personalis.*
9. *Satis fit argumentis partis adfirmantis.*
10. *Intellectus* l. Uti frui 5. §. si post litem D. Si ususfr. per.
11. *Marito pro rata temporis, quo stetit matrimonium, fructus debentur.*
12. *Fructuario debentur sumptus impensi in culturam.*
13. *Intellectus* l. Si quis 9. §. 1. ff. Locati.
14. *Fructus quando censeantur percepti.*
15. *Vsusfructus extinguitur & morte civilli.*
16. *Item non utendo, idque non uno modo.*
17. *An & amittatur, si cessionarius non utatur.*
18. *Quando tempore per non usum amittatur.*
19. *Amittitur & pars ususfructus.*
20. *Extinguitur & ususfructus rei interitu.*
21. *Item mutatione formæ.*
22. *An restitutâ re redintegretur ususfructus.*
23. *In navo dissoluta quid juris.*
24. *Extinguitur item ususfructus lapso tempore, aut cessante conditione appositâ.*
25. *Item cessione factâ domino proprietatis.*
26. *An & cessione factâ extraneo.*
27. *Conciliatio* l. si me in vacuam 59. & l. 1. §. si vir & l. Quod meo 18. §. 1 ff. De acquir. poss.
28. *Intellectus* l. Si ususfructus 66. ff. De jure dot.
29. *Vsusfructus non amittitur morte aut facto proprietarii rem fructuariam alienantis.*

NE in universum inutilis reddatur proprietas, semper abscedente usufructu, placuit eum certis modis extingui,

1 Et Primò quidem Morte naturali fructuarii, *l.3.C.h.t.§.finitur Inst.eod.* Nam personæ cohærens jus à persona dependet, & cum ea extinguitur, etiam factâ ejus cessione alteri secundum dicta supra Tit. 1. Ut ad hæredem nihil transeat; nisi & ejus persona fuerit comprehensa, quod scilicet testator & hæredi legatarii voluerit deberi usumfructum, *l 5.in princ. h. t.* 2 Quo casu, licet hæredis appellatione non tantum veniat proximus hæres, sed & deinceps hæredis hæres, *l. Hæredis 170.inf. De V.signif.* decidit tamen Imp. in *l. Antiquitas C. De usufr.* tantum venire proximum: quia aliàs contingeret usumfructum esse perpetuum, & transire personam, contra ejus naturam.

3 In conductore usufructus distinguendum est an à fructuario eum habeat, an à domino. Illo casu fructuarii morte extinguitur, eo quod nemo plus juris in alterum transferat, quam ipse habeat, & extincto jure concedentis extinguatur & jus accipientis. Adeo ut ne quidem ejus hæres teneatur, *l.Si quis §.1.inf.Locati*, quia res non est locata, nisi pro tempore durantis juris locatoris, quod ejus morte extinguitur. Hoc verò conductio durat, cùm jus habeatur ab eo, qui potuit liberè super re sua disponere, cujus dispositionem etiam servat hæres, *l. 8. §.fin.inf. De peric. & com.rei vend.d.l.3.C.h.t.* Morte conductoris certum est priori casu non extingui usumfructum, cùm hæres succedat in jus defuncti, & continuet conductionem ad tempus conventum, *l.Viam* 4 *10. C. De locato* 4 Posteriori casu res est controversa, propter *l.Si domina 10.C.h.t.* cujus verba videntur obscura Aliqui ea transposita putant, ac legendum, *morte ejus, qui locavit conductrici*. Alii nomen *conductricis* impropriè volunt positum pro *locatricis*. Dicendum tamen, retentâ lectione recepta, & proprietate verborum, finiri usumfructum, quòd dominus non censeatur elocasse nisi ad tempus vitæ conductoris, secundùm naturam ususfructus. Gloss. Bart.Castrens. *ad d l.10.* Secus est in proprietate locata, quæ transit ad hæredem, *d l.Viam.* Equidem verba istius *l.10.* videntur agere de conductrice, quia dicitur etiam utendi fruendi caussa non deneganda. Quod non potest accipi nisi de fructuario, quia domino jus utendi fruendi non est, *l.5. in pr. sup. tit.5.* Possemus tamen illa verba accipere de caussali usufructu; & sic omnia sunt salva.

5 Singulare est in patre, cui quæsitus ususfructus per filiumfam aut servum, eo mortuo non perit, *l. Inter 15, Cod,eod.* ex ratione, quod semel in persona ejus fit fixus, atque ita conservetur, ne illi casus filii aut servi noceat. E contra nec mors patris, cui per filium accessit ususfructus, filio obest, cui ususfructus salvus est, *l fin.Cod h t.* In cujus fine redditur ejus ratio, quòd plerumque verosimile sit, testatorem magis filii contemplatione, quàm patris, usumfructum ei reliquisse.

Corpori, uti Ecclesiæ, civitati, municipibus, 6 quod non moritur, relictus ususfructus, etsi posset videri aut non extingui, aut potius non deberi, quod periculum sit, ne perpetuus fiat, eaque ratione proprietas inutilis reddatur, placuit tamen validè constitui, &, ne sit perpetuus, centum annos durare, qui est finis vitæ longævi hominis, *l. An ususfructus 56.sup tit.1.* Nisi ante contigerit civitatem aratrum pati, id est, solo æquari, aut Ecclesiam destrui: habetur enim pro mortua, *l.Si ususfructus 21.h t.* Non obstat *l. Hæreditatum 68. inf. Ad leg.Falcid.* ubi dicitur usumfructum Reip. Relictum æstimari ad triginta annos: cùm ibi agatur de æstimatione ususfructus, ratione legis Falcidiæ, cujus nomine Reip. relictus tanti æstimatur, quanti est in reditu triginta annorum. Cujac. *ad Novell.col.2.in fine* & de *Prascript. cap.pen.*

Quæstio est, moriente fructuario ante colle- 7 ctionem fructuum, qui maturi, an actio aliqua ad hæredem ejus transeat? Quod ad realem attinet, illam non transire certum est: cùm non nisi perceptione fructus suos faciat fructuarius, & quidem per se, vel per alium eos percipiendo. Consistunt enim fructus in facto fruendi, *l. Arboribus 12.§.fin.sup.t.1.* ubi si fur decerpserit, non est vindicatio fructuario, neque etiam condictio furtiva, sed domino ea datur, *d. §.fin.* Cujus ut est fundus, ita & fructus pendentes, ejusque & est condictio furtiva *l. Si servus 61, §. pen inf. De furt.* Competit tamen fructuario actio furti: quæ etiam non domino datur, quatenus ejus interest: ut in casu præsenti interest fructuarii, fructus non esse ablatos, quos ipse colligere potuisset. Si tamen postea fructus ad eum pervenerint, ejus erunt, secundum Marcellum *d.§.fin.* Hac in re distinguitur fructuarius à bonæ fidei possessore, cujus fiunt fructus etiam à quocumque solo separati, quod fit loco domini, *l Si fructuarius 12.in fine hoc tit.* Sic nec colonus, nisi ipse fructus perceperit, vindicationem eorum habet, *§.is verò Instit. De rerum divis.* licet furti agere possit contra decerpentem, *l Si apes 26.in fine De furt.* Est tamen pinguius jus coloni in eo, quod ad hæredem transferat

jus fructuum dependentium, ex contractu, qui etiam hæredi censetur initus.

8. Tantùm est Quæstio de personali: quam Cujac. 4. *Feud. titul.* 30. tribuit hæredi, pro rata temporis. Præcipuè movetur; Primò, per *leg. Si operas* 26. *hoc titul.* ubi fit distributio fructuum pro rata temporis, quo duravit usufructus. Secundò, per *l. Usufruct.* 5. §. *post litem infra Si ususfr. pet.* ubi usufructu finito per mortem fructuarii, datur ejus hæredi, actio præteritorum fructuum. Tertiò, per *l. cum in fundo* 78. §. *divortio inf. De jure dot.* & *l. Fructus* 7. §. *divortio Soluto matrim.* ubi distributio fructuum fit pro rata durantis matrimonii. Contraria tamen sententia receptior est, & verior, scilicet ne quidem actionem personalem esse hæredi ad ratam fructuum. Pro qua facit quòd decedente fructuario, fructibus etiam maturis; necdum tamen perceptis, illi cedant domino proprietatis *dict.* §. *is vero ad quem instit. De rerum. divis.* Quod non rectè diceretur, si à domino proprietatis pro rata avocari possent, *l. Non videtur infra De R.I.* Huc faciunt leges, quæ tantùm concedunt fructuario jus in fructus, quatenus ab illo percepti, non aliàs *d. l.* 13. *h. t.* ubi spica quæ terrâ tenetur est domini. *l. Fundi h. t.* & *l. In singulos* 8. *in fine, inf. de Ann. l.* ubi pendentibus fructibus etiam maturis, decedente fructuario, cohæredi suo fructus non relinquet, ne quidem personali actione illi competente: quâ ad fructus nihil juris consequitur nisi percipiendo. *l. Qui scit.* 25. §. 1. *in fine ff. De usur.* facit, quod fructuum jus sit tantùm personale, in facto fruendi consistens: frui autem nequit, qui non extat. Nec debet hæres videri gravis, cum fructuarius, si die legati cedente fructus pendentes maturos in fundo deprehenderit, eos percipiat suosque faciat, *l. Si pendentes* 27. *sup. titul.* 1.

9. Nihil obstat *dict. l.* 26. cum ibi ideo consideretur tempus, quo duravit ususfructus, quia de fructibus agitur civilibus, qui in singulis momentis percipi censentur, ita pro iis debetur rata pensionis hæredi quod & responsum in *l. Si quis* 9. §. 1. *inf. Locati.* Aliud juris est in naturalibus, qui semel in anno percipiuntur, & proinde ante perceptionem nihil juris accessit fructuario.

10. Nihil quoque obstat *dict. l.* 5. quia loquitur in casu, quo fructuarius impeditus fuit uti re, & fructus ex ea percipere, facto aut morâ alterius. Ut juris interpretatione habeatur, ac si fructus percepisset; & mirum non sit, prioris temporis haberi rationem, ipsumque impedientem damnari fructus præteriti temporis fructuario ejusve hæredi restituere; quod & traditur *l. Qui usumfructum* 36. §. *fin. cum l. seq. sup. tit.* 1.

11. Non obstat denique argumentum tertium; nam in eo agitur de marito, cui pro rata temporis, quo stetit matrimonium, fructus debentur, idque ratione oneris, quod sustinuit tempore matrimonii stantis. Quod facit etiam ante maturitatem ad fructus pro rata jus quæri: postulat enim ratio, ut oneri respondeat commodum.

12. Non est autem in casu hoc nostro aliquod onus fructuarii, nisi quod impenderit sumptus in culturam agri, quos, etsi ad fructus nihil detur illi juris, restitui vult æquitas, quæ non patitur aliena jactura aliquem ditescere. Facit eò argumentum *l. Quod si* 27 *sup. De hæred. petit.* ubi possessor, qui fructus non percepit, sumptus, quos fecit, repetit; item *l.* 7. *Cod. hoc tit.* quæ id, quod ultrà quàm oportuit erogatum, reposci permittit: & firmat hanc sententiam *l.* 7. *in princ. inf. Soluto matrimon.*

13. Videtur obstare dictis *d. l.* 9. §. 1. ubi sumptus, quos habens fructuarium fundum ad quinquennium conductum, fecit pro quinquennio, si ante illud moriatur, non repetit: subjuncta ratione, quod evenire posset, prospicere debuisset. Verum dicendum, ibi tantùm agi de locatore fructuario, à quo sumptus repeti nequeunt quod ille nihil ex istis impensis sentiat. De domino autem proprietatis, nihil ibi quæritur, qui cum commodum sentiat ex talibus sumptibus, æquitas postulat, ut eos restituat, secundum alios textus, qui nolunt quemquam locupletari aliena jactura.

14. Itaque fructus percepti cedunt fructuario, pendentes autem domino proprietatis. Ubi ut sciatur, à quo tempore ad fructuarium pertineant, videndum, quando censeantur percepti. Labeo in *l.* 13. *hoc. tit.* distinguit inter bonæ fidei possessorem & fructuarium, quod scilicet ille suos continuo faciat, ut solo sunt separati, hic vero cum eos perceperit: ut videatur innuere, non sufficere solo separatos esse, sed etiam in horreum reconditos. Quam differentiam etiam videtur innuere, *d. l. Qui scit* 25. §. *in alieno in fine inf. De usur.* Dicendum tamen, fructuario fructus cedere hoc ipso, quo à solo per eum sunt separati, etsi adhuc in messe jaceant, quod tum desierint esse pars fundi, *d. l.* 13 *in princ.* In eo autem esse differentiam inter fructuarium & bonæ fidei possessorem quod hic fructus suos faciat separatos a solo per quemcumque, cum sit loco domini; ille verò non aliàs, quàm si aut ipse aut alius ejus nomine perceperit, uti antè dictum: & de hac diffe-

differentia accipienda *dict. l. 13. in fin. & d. §. in alten.*

Morte itaque naturali extinguitur usufructus uni relictus; nam si pluribus, unius morte non extinguitur, sed alteri conjuncto accrescit, secundum dicta supra Tit. 2.

Secundò, Extinguitur Morte civili, quam inducit media & maxima capitis diminutio, quæ ut tollit civitatem, ita & jura inde dependentia, *l. pen. §. fin. C. De usufr.* Minima non facit hodie extingui usum fructũ, quòd per eam non perdatur civitas, nec jura ejus, ut penes adrogatum maneat usufructus, *d. §. fin.* licet adrogatori cedat quoad commoditatem, ratione potestatis.

16 Tertiò, Non utendo. Et hoc Primò, Non utendo omnino, *d. l. penult. in princ.* Quod accipiendum, si nec ipse utatur, nec alius ejus nomine, *l. Non utitur 38. sup. tit. 1.* Nam & per alium utimur, cui scilicet vendidimus, locavimus, donavimus usumfructum, *l. Arboribus 12. §. 2. sup. titul. 1.* Nec tantum si nos vendidimus; sed etsi alius, nostrum negotium gerens, vendiderit, aut ipse usus sit, *d. §. 2.* quia satis est fundum coli nomine nostro, ad retinendum usumfructum, *arg. l. 5. & 6. inf. Quemad. servit. amitt.*

17 Sed quid si ille, cui cessus usufructꝰ, nõ utatur? Posset videri amitti, quòd nec ipse fructuarius, nec alius ejus nomine utatur. Distinguit tamen J.C. in *l. 38. 39. 40. sup. tit. 1.* an vendiderit, an donaverit alii usumfructum: ut hoc casu amittatur; quia nihil subest, propter quod possit dici fructuarius uti re sua, non etiam illo, quia cum pretium fructuario cedat; nonminus habere intelligitur, quàm si ipse re frueretur. Quod idem dicendum, si locaverit, propter mercedem, quam capit. Si item ille, cui venditus, locatus usufructus, eum alii vendiderit, elocaverit, *l. Quæ universas 10. §. fin. inf. De acquir. possess.* Et hoc ita in extraneo; secus, si proprietario sit venditus aut locatus, qui eum alteri cessit: nã eo casu, licet proprietarius pensionem solvat fructuario, amitti nihilominus usumfructum, responsum in *l. Pomponius 29. h. t.* si proprietarius eum alteri vendiderit, locaverit. Ratio differentiæ insinuatur in ista lege, quòd proprietarius, cui cessus usufructus, rem verè possideat, non fructuarius, *l. penult. §. 1. sup. Qui satisdare cog.* Ideoque eam retinet non mutatâ caussâ suæ possessionis, transferat in alium, sive emptorem, qui suo nomine eam possidet, sive conductorem, qui nomine proprietarii, qui eam suo nomine elocavit; tenet. Ut nemo utatur fruatur nomine fructuarii; quamvis hic habeat obligatum proprietarium qui eam suo nomine elocavit, cujus interest hoc ita factum non esse. Extraneus autem non potest non tenere rem nomine fructuarii, quo ab initio accepit: ut propterea suo nomine non possit alteri cedere, nisi mutatâ caussâ suæ possessionis quod non licet, *leg. Non solum 33. §. 1. infra De usucapione.* Secundò, Non utitur, qui non utitur per modum & tempus præstitutum ab initio constituti usufructus, *§ finitur Institut. eod.* Nam ex præscripto non utens habetur quasi nullo modo usus esset, cum paria sint, non uti, & non uti modo debito, ut servitus amittatur, *l. si communem 10. infra. Quemadmodum servitus amit.* Tertiò, Non utitur, si habens relictum usumfructum, tantum utatur, putans sibi solum relictum usum: ut opinio noceat, quia facit deesse animum fruendi. Secus est, si sciens usumfructum sibi deberi, tantum utatur, quia nihilominus & frui videtur, *l. Is qui 20. hoc tit.* Facit enim scientia parte utendo, totum retineri.

18 Non sufficit autem non usus, ad hoc ut extinguatur usufructꝰ, sed certo tempore negligi debet: quod olim erat annus, aut biennium, mutatum postea *l. pen. Cod. h. t.* quâ statutum non aliam exceptionem temporis fructuario opponi posse, quam quæ, si dominium vindicaretur, posset præsentem vel absentem excludere, decennii scil. vel vicennii *l. sicut C. De servit.* * Amittitur 19 non tantum totus usufructus non utendo, sed & certa ejus pars, vel incerta, *l. Placet 18. h. t.* Et procedunt dicta de amittendo per non usum in usufructu purè concesso, non etiamsi alternis annis relictus sit; *l. si usufructus 28. h. t.* nam ea res faceret plura legata, *l. Cum usumfructus 13. inf. De usufr. leg.* Quorum dies non semel cedit, sed per singula tempora, quæ proinde inspicienda, *l. Cum in annos 15. inf. de annuis leg.* Unde etsi prioribus annis non sim usus, aut cum potuerim propter capitis minutionem postea tamen cessante impedimento aliis uti possum, quia alius eorum usufructus, cui præjudicari nõ potuit, non utendo quia nõ exstiterit, *l. 1. §. 1 h. t.* Quod & procedet, si singulis annis usufructus sit relictus quia commemoratio temporis repetitionem habet.

20 Quartò, Rei interitu, *dict. § finitur.* Nam cum usufructus sit circa corpus, hoc sublato illum tolli necesse est *l. 2. sup. t. 1.* Est enim quædam rei qualitas, quæ nulla est re extinctâ. Hinc domo fructuariâ diruta aut collapsa, ne quidem area usufructus debetur *l. 5. §. 2 h. t.* quia tantùm est relictus usufructꝰ domus, quę periit. Pecoris usꝰ fru-

fructus, illo perempto, adeò perit, ut nec carnis, nec corii superfit usufructus. *l. pen. h. t.* quia tantùm pecoris est legatus, qui non superest. * Idem obtinet, si rei forma fuerit mutata, quia nova forma facit rem aliam esse, non affectam eadem qualitate, *d. l. 5. § 2.* Sic areæ usufructus legatus extinguitur, si illi insula imponatur. Si tamen hoc facto proprietarii contigerit, tenebitur ille fructuario & de dolo, & interdicto. Quod vi aut clam, *d. l. 5. in fine & l. 6.* ne temerè quis alicui præjudicium adferat, nisi usum rei restituat, sublato impedimento. *l. 7. h. t.* Qua in re interest, an bonorum, id est substantiæ omnis sit relictus usufructus, an rerum singularum aut corporum. Hoc casu procedunt dicta, non etiam illo: nam destructo ædificio adhuc area debebitur, quia in bonis est, *l. Quoties 34. § 1. sup. tit.* Contingit & formam rei mutari, si ad alium usum, quàm priùs habebat, transferatur, *l. si cui 12. h. t.* salvo interesse fructuario,

22 De eo rectè Quæritur, An restitutâ re redintegretur usufructus? Quod posset videri negandum, ex dicta jam ratione, quòd mutatio quoad formam faciat videri non esse eandem rem? & hoc, quatenus nova forma priorem omninò extinxit, ut restitui nequeat. Sic domus fructuaria destructa si reædificetur, non debetur ejus usufructus, quia alia domus est, *d. l. 36. in princ.* & servo manumisso, usufructus circa illum omninò extinguitur, nec reviviscit, eo iterum in servitutem retracto, *l. Qui res 98. § aream inf. De solutionibus* secundùm sententiam Pauli, reprobata ea, quam Celsus tenuit, in *l. si chorus 79. § fin. De leg. 3.* Si pristina forma redierit, ut eadem res sit, redintegrabitur & ipse usufructus. Veluti si areæ fructuariç imposita sit insula, perit quidem tantisper usufructus, insulâ manente, illâ tamen sublata redintegratur, *d. l. 36. in princ.* Ratio est, quòd priori casu res omnino interierit, cum omnibus qualitatibus, quæ non possunt videri in re nova eædem, licet ex eadem materia refecta: ut in scypho, qui ad massam redactus, deinde iterum scyphus factus, quia alius numero à priori. Posteriori verò casu non tam potest res videri periisse, quàm ejus tantisper usus sopitus, cùm destructâ insula sit area eadem numero, quæ autè, easdem habens qualitates, ut restitutio ejus faciat restitui

23 usumfructum. * In nave, cujus usufructus debitus, dissoluta, id juris est, ut, si dissoluta sit eo animo, ut ex iisdem tabulis reficiatur, ejus usufructus tantisper sopitus sit, & illa composita iterum reviviscat: non etiam, si eo animo dissoluta sit, ut alteri usui tabulæ applicentur, etiamsi mutato consilio iterum tabulæ componantur, *d. l. 98. § aream.* Facit & occupatio rei per hostem extinguitur tantisper usufructū, qui restituitur jure postliminii, re liberata, *l. si ager § 16. h. t.* quia res eadē est.

24 Quintò Lapsu temporis, aut cessante conditione, quæ apposita, *l. 5. C. h. t.* Data enim ad tempus aut conditionem eorum eventu censentur revocata.

25 Sextò, Cessione usufructus factâ domino, *§. finitur Institut. eod.* Quæ res nostris dicitur Consolidatio, ex eo, quod accedens usufructus ad proprietatem eam solidam & integram ponat. Ratio hujus est *, quod res sua nemini serviat. Quæ ratio i'em operatur, si fructuario cedatur proprietas, *l. si servus 27. h. t.*

26 Loquitur autem textus de cessione facta domino: ut controvertatur, An facta extraneo, citra consensum domini, faciat amitti usumfructū? Vult hoc Glossa, *ad § finitur.* quam ibi sequitur Joan. Faber, & receptam adserit Jason, *in l. Qui Romæ 122. § duo fratres num. 8. inf. De V. O per text. in l. si usufructus 66. inf. De jure dot.* ubi dicitur, usufructu extraneo cesso, non ad eum, sed ad dominum proprietatis reversurum. Verum obstat *d § finitur,* qui dicit cedendo extraneo nihil agi? quod non rectè diceretur, si hoc ipso extingueretur, cederet enim domino proprietatis. Quod admittit quidem ille textus, quando domino ceditur, negat verò in casu, quo ceditur extraneo. Cui respondet regula, Non præstat impedimentum, quod de jure non sortitur effectum; & quod inanis conatus non debeat obesse. Facit, quod cedentis non sit alia mens, quam cedere in commodum cessionarii; ut, si illi acquiri non potuerit, nihil egisse censeatur, *d. § finitur*, propter conditionem, quæ inest: ut non aliàs amittatur à cedente, quàm acquiratur illi, cui cessus, *l. si me in vacuam 34 in princ. inf. D. acquir. poss.*

27 Videtur huic obstare *l. Quod meo 18. § 1. inf. d. tit.* ubi tradens alteri rem, quia illam quærere non potuit, illam tamen amisit; quod & habet *l. 1. § si vir uxori d. tit.* Pro concordia dicendum, quod aut quis tradit possessionem rei præsentis, aut absentis. Priori casu amittitur possessio, etsi non quæratur illi, cui tradens acquiri voluit, secundum *d. § 1. & d. § si vir uxori.* Posteriori verò non aliàs amittitur, quàm si quæratur illi, cui tradens acquisitum voluit. Ratio differentiæ est, quia priori casu præsentia rei traditæ facit absolutum esse animum transferendæ possessionis

nis in alium licet acquirere non valentem: posteriori verò non est absolutus amittendi possessionem anim9, sed restrictus ad modum aut conditionem, si cessionarius eam accipiat: quo non verificato non censenda amissa possessio. Quam solutionem adjuvat *l. Cum fundum* 18. *inf. De vi & vi armata*, ubi qui jussit emptorem ire in vacuam possessionem, non ante rei suæ possessionem amisit, quàm emptor eam adeptus est. Ita rectè tradit Bart. *ad d. §. 1.* & Cujac. *ad d. l. Cum fundum*. Posterior casus spectat ad quæstionem propositam: nam cedens usumfructum alteri, non tradit eum præsentem, cùm is, cui ceditur, ut eum acquirat, opus habeat patientiâ domini: qui si impediat, non potest dici amissus per cedentem, propter conditionem, quæ subest, secundùm *d. l. 34 & d. l. Cum fundum*.

18 Nihil obstat *d. l. 66.* cùm ibi tantùm quærat J.C. an cessio extraneo facta domino obsit? Quod negat, dum ait, finito usufructu, ex persona scilicet cedentis, eum reversum ad dominum, ubi finitus erit per mortem fructuarii, aut aliam per eum datam caussam, non etiam continuò, propter verbum futuri temporis, ut rectè notat Pinellus, *ad l. 1 p. 3. n. 19 in fine Cod. De bonis maternis*. Adde Tim. Faber *disp. 15. ad Inst. th. 14.*

20 Et hæ quidem sunt caussæ, ex quibus ususfructus amittitur. Ad quas non spectat mors proprietarii, quia dependet ex persona fructuarii: nec factum ejus, quo rem fructuariam alienat, vel expressè, eam vendendo, donando, vel tacitè, eam permittendo usucapi, quia nihilominus fructuario salvum manet jus suum, *l. Locum* 17. *§. 2. sup. tit. 1.* quòd nulla societate dominii conjungatur, *l. Iuste* 44 *§ non mutat inf. De usucap.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 4. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur.

AD n. II. Tres Casus, in quibus hæredis appellatio tantùm proximum significat. vid. apud Gœdd. *ad d. l. 170. num. 4. & seq.* Cui adde Besold. *in thes. pract. verb.* Erben/ Erbgenahmen *&c.*

Ad n. VI. Hic quæri potest an illud, quod de usufructu dicitur, sit extendendum ad annuum legatum Civitati relictum? Quod Bart. affirmat, quia legatum annuum & ususfructus, paria Jura habent. *l. in singulos ff. de ann. legat.* Cui pluribus contradicit Covarr. *3. variar. resol. 10. num. 10.* quem vide.

An ususfructus finiatur ingressu in Monasterium? Neg. gloss. in Auth. Idem est C. de bon. quæ liber. Bart. & Dd. *in Auth. ingress. C. de SS. Eccles.* Diss. aliquantum Covarr. *cap. 1. n. 8. de Testament.*

TITULUS V.

De Ususfructu earum rerum, quæ usu consumuntur.

SUMMARIUM.

1. *Ususfructus qualiter constituatur in rebus, quæ usu consumuntur.*
2. *Ususfructus lana, aromatum, pecunia.*
3. *Vestimentorum an & quasi ususfructus?*
4. *In quo distinguatur hic ususfructus à vero.*

1 Ususfructus propriè versatur circa res, quæ usu non consumuntur, cum, uti dictum, sit jus utendi, fruendi rebus alienis, salvâ earum substantia. Unde non est ususfructus earum rerum, quæ usu consumuntur, cujusmodi sunt res numero, pondere, mensurâ constantes, quarum usus est in abusu. Senatus tamen constituit, & earum rerum usumfructum legari posse, caussa utilitatis. *l. 1. h. t.* ut & nominû ususfructus legetur *l. 3. h. t.* Quo Senatusconsulto non hoc effectum, ut talium rerum proprius esset ususfructus, nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus mutari potuit: sed remedio introducto cœpit quasi ususfructus haberi. Quod remedium accipiendum de cautione, quam Senatus præstari voluit, de qua infrà, *s. fin.*

2 Ad hanc speciem etiam spectat ususfructus Lanæ, quam usu consumi est necesse, cùm ejus usus vix alius sit, quàm ad vestes, stragula, aliaque similia conficienda, per quæ fit, ut pereat, forma mutatata, *Instit. De rerum divis. §. cum ex aliena.* Aromatum item & odorum, *l. penult. hoc t.* quibus utimur ad medicamenta, ut utendo pereant. Pecunia numerata etsi verè non sit in abusu, effectu tamen videtur esse, eo quòd usus ejus non sit alius,

alius, quàm in alienando, ut respectu alienantis videatur quodammodo consumi, *Instit. h. tit. §. constituitur.*

3 De Vestimentis quæsitum? Et habet *d. § constituitur*, etiam Vestimenti quasi usumfructum esse. Cui non respondet, quòd vestimenta propriè accepta non sint ex earum numero, quæ usu consumuntur, etsi usu deterantur, ut ad proprium usumfructum pertinere debeant, uti colligitur ex *l. Sed etsi 15. §. etsi sup. tit. 1.* ubi dicitur fructuarius ita vestimentis uti debere, ne abutatur: & ex *l. Si usufructum 9 §. penult. inf. tit. fin.* ubi finito usufructu, vestis dicitur reddenda, nec obligari promissor, si fortè attritam sine dolo malo reddiderit, ipse tantùm utendo non etiam alii elocando, quia abuteretur, *d. § etsi.* Nisi sit vestis scenica, aut funebris, quia aliàs ejus non esset usus, *d. l. 15. §. & proinde.* Unde quòd in *d. §. constituitur* vestimentorum dicitur esse quasi ususfructus, accipiendum impropriè de re facta, pro ipsa materia; aut dicendum lectionem ibi esse vitiosam.

4 Distinguitur itaque hæc species à vero usufructu; Primò, Quia est circa res quæ usu consumuntur. Secundò, Quia in ea transit proprietas in legatarium, *l. 7. & fin. h. t.* Tertiò, Quia finitur tantùm morte fructuarii, & capitis diminutione, *l. 7. 9. 10. h. t.* etsi ad tempus aut conditionem sit relictus ususfructus, illâ eveniente, *Gloss. in d. l. 9.* Vid. Donel. 10. *comment cap. 3.* Tim. Fab. *disput. anniver. ad Instit. 15. th. 22.* aliosque variè de hac re sentientes.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 5. de usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur.

AD *n. II.* Quod hic dicitur de pecunia, videtur esse mutuum: Quia autem in mutuo, non est Jus personale, quale est in hoc q. Usufructu, sed tantum conventio, de restituendo, quod mutuò datum est, solvitur hoc dubium &c. vid. *P. ad tit. usufr. quemadm. caveat in fin.*

Ad n. III. In Vestimentis primum spectanda est voluntas testatoris, quam sequi oportet; si de ea non constet, distinguendum est inter ea, quibus tantissimè utimur, ut sunt scenicæ & similes; in hisce verus erit ususfructus: Et ea quæ in quotidiano sunt usu, in quibus erit q. ususfructus *l. 1. 5. § 4. & 5. ff. junct. §. 2. Inst. de usufruct.* vid. alleg. à Treutl. *vol. 1. disp. 16. th. 16. lit. a.*

TITVLVS VI.

Si Vsusfructus petetur, vel ad alium pertinere negetur.

SVMMARIVM.

1. *Remedia fructuario competentia pro defensione usufructus.*
2. *Actio Confessoria cui & ad quid detur.*
3. *Item Negatoria.*

1 INdefensionem ususfructus duo remedia fructuario competunt. Alterum est Personale, needum usufructu constituto, quo agit fructuarius contra debitorem ususfructus, ut eum constituat, & se patiatur uti frui, *l. 3. sup. tit. 1.* de quo hic non agitur. Alterum est Reale, competens post constitutum semel usumfructum, & dicitur Actio Confessoria, ex eo quod agens asserat jus ususfructus sibi esse circa rem alienam. 2 Competit fructuario contra dominum, non patientem uti frui, etiam contra alios quoscumque impedientes liberum usumfructum, *l. 5. §. 1. hoc titul* ad hoc, ut judex declaret jus ususfructus agenti competere, adversariumque condemnet, patiatur agentem uti frui re totâ, sive parte ejus, si ea tantum competat, & in posterum impedire desinat, eoque nomine caveat, ac præterea perceptos à se fructus restituat, damna & interesse resarciat: restituenda enim vincenti omnis caussa *l. 1. §. fructuario hoc tit.* Et hæc ita, nisi qui de usufructu judicium accepit, desierit possidere sine dolo malo, hic enim absolvendus venit, *l. fin. h. t.* quia actio in rem tantùm efficax est contra eum, qui rem, de qua agitur, possidet rei judicatæ tempore. Habenda tamen & eo casu ratio præteritorum fructuum, *d. l. 5. §. si post litem & §. fin.* ne quis locupletetur jacturâ aliena.

Con-

Contraria actio datur rei domino, quâ neget actori usumfructum competere; unde Negatoria dicta, petitque rem suam declarari liberam, & caveri ab adversario, ne in posterum jus istud usurpet, & se inquietet, interesse refundat, fructusque perceptos restituat, *d. l. 5. in fine & l. Egi inf. Si serv. vindic.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 6. Si ususfructus petatur & ad alium pertinere negetur.

AD n. I. Qui in tradendo usumfructum moram facit, ex ea fructus præstare debet, idque non tantùm in usufructu, per stipulationem constituto procedit, *l. 37. h. t.* sed etiam in constituto per ultimam voluntatem *l. 46. & seqq. hic l. 35. & l. seq. eod.* quam explicat Cujac. *tr. ad Afric. 5.*

Ad n. III. Quare in incorporalib. negatoria detur, non in corporalibus vid. Wes. *h. t. n. 6. & 7.* Utilis servitutum vindicatio usufructuario non datur, licet hac de re dissimiliter Juris Auctores loquantur in *l. 1. de remiss. l. 2. de nov. oper. nunt. l. 1. Si ususfr. petat.* vid. pulchrè Vult. *1. disc. 18.* quem allegat. Trentl. *vol. 1. disp. 16. th. 7. lit. b.*

TITVLVS VII.

De Operis servorum.

SUMMARIUM.

1. 3. *Operæ in quibus consistant.*
2. *Operarum dies cedit ex die petitionis.*
4. *Finiuntur morte ejus, qui eas debet.*

OPeras & ministerium servorum annumerant servituribus personalibus, ut hic videre 1 est, & in Rub. C. de usufructu. *Operæ consistunt in fructu hominis, *l. 4. h. t.* qui eas edit ei, cui debentur. Interest autem inter usumfructum servi 2 & operas. * Primò, Quòd operarum dies non cedat adita hæreditate, sed ex die petitionis, *l. 7. inf. De usufr. leg.* Nam cùm edantur ex commodo & arbitrio ejus, cui debentur, absurdum erat, ante earum cedere diem, quam essent indictæ, *l. Cum patronus 22. in pr. l. Quoties 24. in fine inf. De oper.* 3 *libert.* * Secundò, Quod non utendo vel capitis diminutione non pereant, *l. 2. hoc titul. l. 2. inf. De usufr. leg.* quia consistunt in actione & facto servorum, ac proinde in rerum natura non censen-4 tur esse, nisi actu præstentur, *l. 1. h. tit.* * Tertiò, Quod finiantur morte ejus, qui eas debet, non etiam ejus, cui debentur, ad cujus hæredes transeunt, donec vivit servus, *d. l. 2.* Ratio est, quod operæ non cohæreant personæ, sed magis ex re, quæ eas debet, spectentur jur, licet non exigantur, non minus tamen servus eas debeat. Consonum autem rationi est, unumquodque ex ejus persona, in quo consistit, stare aut interire. Quæ ratio etiam obtinet in quarta differentia, scilicet quod servo usucapto operæ ampliùs non debeatur, *d. l. 2.* quæ contrario modo se habent in usufructu servi relicto.

TITVLVS VIII.

De Usu & habitatione.

SUMMARIUM.

1. *Usus quid, & in quo ab Ususfructu differat.*
2. *Alteri cedi nequit.*
3. *Usuarius quatenus uti possit.*
4. *Usus an aucta familia, cui debetur, augendus?*
5. *Usus sine fructu rectè legatur.*
6. *Habitatio quid.*

PRior pars Rubricæ est de Usu, qui est jus utendi rebus alienis, salvâ earum substantia. Con- 1 stituitur iisdem modis & finitur, quibus Ususfructus, versaturque circa easdem res, *l. 5. in fine & l. 10. titul. 5. Instit. eod.* In eo autem differt ab Ususfructu, quòd hic omnem commoditatem

concedat; Usus verò personæ necessitate circumscribatur. Ut Usum habens quæstum & compendium ex re facere nequeat, sed solùm capiat, quantùm sibi suisq; sufficit.* Ut etiam alteri cedi nequeat, quia hoc ad fructum pertinet, cùm non sit eadem omnium necessitas, & possit inde contingere domino rei injuria. Quod tamen ita intelligendum, nisi aliàs foret inutilis usus; unde sylvæ usum legatum habens, sylvā cædere potest, *l. pen. h.t.* atque ædium usum habens habitare ipse non exclusa tamen conjuge, liberis, familiâ, quibus carere minùs civile. Cæterarum quoque rerum usum habens, in promiscuo eas habere cum uxore. *l. Cæterarum 9. h.t.* Et licet non eloeet, hospitem tamen ut recipiat receptum est, *Inst. eod. §. 2.* Idem in usu servorum, jumentorum, agrorum, quibus usuarius utetur, non abutetur, *l. Plenum 12. h.t.** Cui non obstat, quod habet §. *sed etsi Inst. eod.* quòd habens usum pecoris, lacte, lana, agnis non utatur: nam hoc accipiendum, non quasi nullo modo iis utatur, sed ad compendium, secundùm *d. l. 12. § Sabinus & §. sed si pecoris*, ubi istorum modicus usus datur, ex ratione quòd non sint strictè interpretandæ defunctorum voluntates. Quia autem us9 non facit rem omnino inutilem domino proprietatis, refectio rei communiter spectat ad usuarium & dominum: nisi tamen usus sit ejusmodi, qui reddat rem inutilē domino.

4 Hoc quæritur, An usus constitutus habenti parvam familiam debeatur familiâ aucta? Quod dicendum videtur, ex eo, quòd dispositio generalis per nomen collectivum comprehendat etiam augmentum superveniens de futuro, *l. Peculium 65. in pr. De leg. 2.* Quò facit quòd tradit. Panorm. *d. c. Quanto n. 4. De censibus* quòd obligatio simpliciter concepta sub nomine collectivo non varietur licet crescat aut decrescat numerus comprehensorum sub nomine collectivo, *l. Si grege 22. De leg. 2.* Pro qua sententia videatur Præses Everardi *cons. 215. n. 4.* Cæpolla *tr. de serv. urb. præd. c. 50. n. 5.* malè ab aliis pro contraria sententia citatus. Nisi tamen alia appareat mens constituentis, *juxta d. c. Quanto.* Adde Boer. *dec. 213. n. 9.*

5 Usus itaque sine fructu legatur rectè, *l. Per servum 14 §. 1. h. t.* non è contra fruct9 sine usu *d. §. 1.* quia fructui ex natura inest utendi commoditas. Obstare videtur *l. 5. inf. t. fin.* ub sine usu legati fructus utilis est stipulatio. Dicendum cum Cujacio. *18 Obs. c. 9.* regulariter fructū sine usu non esse, posse tamē uni legari usum, alteri fructum, *d. l. 14. in fine*, ad quem pertinebit id, quod usui superest.

6 Altera Rubricæ pars est de Habitatione, quę est species personalis servitutis, non tā in jure consistens, quàm in facto; nec tam personā respiciens, quæ habitat, quàm rem, quæ inhabitatur. Unde morte quidem amittitur, *l. 10. h. t.* & tempore adjecto lapso, non etiam nō utendo, nec capitis diminutione, *l. Legat. 10. De c. min.* Ratio, quia in facto poti9 consistit, ut nō alias videatur esse in rerū natura, quàm si habitetur: quòd autem nō est, amitti nequit. Imitari videtur usum, quo tamen strictior est in eo, quòd tantùm locū habeat in ędibus: largior verò vicissim in eo, quòd etiā locari possit. *l. Cū antiq. 13. C. De usufr.* cùm per se, an per aliū habitet nō intersit, quod olim nō videtur licuisse, *per d. l. 10.*

Adnumeratur & servitutibus personalibus decerpere pomum ex alieno fundo, cœnare, spatiari in alieno, nihil obstante *l. 3. inf. De servit. præd. rustic.* quæ negat ista spectare ad servitutem realem, non etiam ad personalem.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 8. De usu & habitatione.

A*D n. V.* Hæ duæ LL. discrepantes, conciliantur rectè hoc modo: aut usus accipitur, pro universa utendi facultate & commoditate, & talis usus non potest ab usufructu distingui seu separari: aut usus accipitur, pro separata specie servitutis, qui est jus utendi rebus alienis, ad necessitatem tantū, & totam rei cōmoditatem non absorbet: & hic usus potest ab usufructu separari. Fructuarius igitur, cui fruct9 sine usu legatus est, usum habere non desinit, sed tamē illud tantum habebit, quod plus est in usu alterius id est deducto usu alterius. Vid. Bronch. *Cent. assert. 88.* Schot. *in Exam. Iurid. p. 287.*

Ad n. VI. Vult *1. Iurisp. c. 63. n. 15.* nullam inter usum ædium & habitationem agnoscit differentiam; quem tamen optimè refutat Dn. Naurath, Avus meus perdilectus, nunc piè defunctus, de servit. personal. *thes. 63. & sequentib.*

Ut poma decerpere liceat ex alieno fundo &c. an rectè numeretur inter servitutes. Et inter quas? vid. pro & contra disputantem Arum *disp. 9. ad Pand. th. 14.* & Sutb. *diss. 5. aph. 15.* adde God. *ad l. 8 ff de serv.*

TITULUS IX.

Usufructuarius quemadmodum caveat.

SUMMARIUM.

1. *Cautionis hujus duæ sunt partes & causa.*
2. *Cautio cui præstanda & ejus utilitas.*
3. *Cautio qualis esse debeat.*
4. *Necessariò præstanda est.*
5. *An sit de substantia ususfructus.*

6 *An*

6. *An testator eam remittere possit.*
7. *Satisfit argumentis affirmantium.*
8. *An sit de substantia quasi ususfructus.*
9. *Quasi ususfructus in quo differt à mutuo.*

CUm ususfructus sit circa rem alienam, quam accepit fructuarius, ut dominus sit securus de proprietate, leges eidem caveri voluerunt per fructuarium. Idem & de usuario [1] dicendum *l.5.§.1.h.t.* Ejus cautionis duæ sunt caussæ. Prior est de utendo arbitrio boni viri, hoc est non deteriorem se caussam proprietatis facturum, cæteraque facturum, quæ in re sua faceret, *l.1.§. cavere h.t.* Altera de restituendo non rem, quia nemo rem suam stipulatur, sed quod ex re extabit, id est possessionem rei, quæ modò sit in rerum natura, & potestate fructuarii, aut dolo culpave ejus esse desierit finito usufructu, *d.l.1.in fine.* Duplici ista cautione opus est in usufructu proprio, de quo Tit.3. Posteriore tantùm in improprio, de quo Tit.5 quia in eo non potest agi de restituenda re, cujus usus est in abusu: ut tantùm veniat res in genere vel æstimatione restituenda, *l.Vini 7 sup tit.5.*

[2] Cavendum ei, cujus est proprietas. Si alteri, quàm hæredi, sit relicta sub conditione, & hæredi & ei, cui taliter relicta, cavendum, *l.8.h.t.* quia alterius interest, etsi incertum sit, cujus. Cautionis hujus utilitas est, ut faciliùs adsequatur hæres damnum circa rem datum, dolo culpave fructuarii per abusum, aut aliàs, *l.9 § si vestis h t.* Committi potest prior cautio sæpiùs, quoties fructuarius aliter utitur, quàm vir bonus arbitrabitur. Posterior semel tantũ, finito usufructu, *d.l.1.§ pen.*

[3] Cautio fit idonea, qualis est fidejussoria, *l.Si cujus 13.in pr.sup t 1.l.14.C eod.* Ubi requiritur satisdatio, quæ desiderat fidejussores *l 1.sup. Qui satisdare cog.* quòd satisdatio ista sit tutior, uti dictum suprà, *d l.Qui satisd.* ut pignora non sufficiant. Posset tamẽ dici, ea sufficere, cùm dicatur idonea cautio, quæ fit per pignora, *l Si Mandatu 59.in fin inf. Mandati.* Juratoriam non sufficere dicendum, nisi inopia causset aliam præstari non posse, *arg.l 1.§.super C.De advers.tollenda, Auth. Et generaliter C.De Episc.& cler* Magis ad rem facit *l.6.inf Si cui plusquam per l. Falcid.* ubi inopia facit remitti onus satisdationis, neà petitione liberalitatis quis submoveatur. Ut idem & hoc in casu sit dicendum, cùm non detur ratio diversitatis, & agatur utrobique de rerum restitutione, atque in casu, quo requiritur satisdatio: ut positis paribus terminis idem sit dicendum. Et hanc sententiam benigniorem amplectitur Gail.2.*Obs c.47.n.8.* Pinell.*in l 2 p.2 n.78 C.de bon matern.* Si tamen persona fructuarii, juratoriam cautionem offerens, sit frugi, honestæ & probæ vitæ: aliàs res fructuaria penes honestum virum sequestranda, qui respondeat fructuario de fructibus, *arg l. Postquam §.1.in fine inf. Ut legator nomine.*

[4] Cautio ista necessariò præstanda. Exactam nisi præstiterit fructuarius, frustra agit ad usumfructum constituendum, *l.6.in pr.inf.Ut in possess.leg.*

[5] Dubitatum fuit. An sit de substantia? Verius est, non esse de substantia saltem proprii usufructus. Pro qua parte est argumentum, quòd abesse possit, ut in casu *l fin.§.fin aut C. De bonis quæ liber & l.9 §.planè h.t.* Unde & omissâ cautione fructuarius fructus suos faciet, si per eum non steterit, quò minùs satis dederit: ut si ea non exacta proprietarius eum uti frui patiatur. *arg.l 2 § 1.inf Quod leg. nomine.* Et hanc sententiam tenet *Gloss in l.1.sup t.1 & l.1.C.h.t.* Bart *in d.l.1.n.18.* Panorm.*in c fin. De pign* Pro qua parte facit, quòd cautio ista spectet ad hæredis commodũ, cui fraus non fit, si ipse jus suum diminuat, uti potest, *l.Potest 71 inf Ad l. Falc.* Pin.*ad l.1 p.2.n.77.& 79. Cod de bon mater.*

[6] Ubi Quæstionis est, an liceat testatori eam remittere? Quod posset videri; Primò, quia hæredi id liceat, secundùm *Gloss in d.l.1.* Plus autem juris sit testatori in rem suam, quam hæredi: & cùm possit non relinquere hęredi rem istam, debeat & posse relinquere, cum hac conditione, ne exigat cautionem; cùm cui plus licet, etiam quod minus est licere debeat. Secundò, per *l.2.Ut in possess.leg.* ubi cautio legatorum nomine præstanda remitti potest à testatore. Tertiò, Quòd testator possit legare rem hæredis: ut multò magis debeat posse suam relinquere, cum ista conditione. Responsum tamen in *l.1.C.h.t.* prohibitam per testatorem exigi cautionem posse nihilominus hæredem exigere; quod & habetur in simili in *l.6.inf.Ut in poss. legat.* Cujus rationem communiter tradunt, quòd per cautionem de utendo arbitrio boni viri remissam invitaretur ad delinquendum fructuarius, & quòd dolus futurus remitti nequeat. *l.Si unus 27 §.illud sup De pact.* Quæ ratio non exhaurit difficultatem, cùm per *l fin.C.arbitr.tut.* remitti possit tutori inventarii confectio, cui tamen facilè est fraudem committere. Præterea si dicta ratio foret sufficiens, nec deberet hęres posse remittere cautionem, quod tamen communiter illi datum. Rectiùs itaque in eo collocanda ratio, quòd hæc cautio sit inducta in favorem hæredis, cui lex consultum voluit: ut ei non possit contraveniri per testatorem, juxta *l.Nemo 55.De leg.*

7 Unde patet solutio ad Primum. Nam cùm agatur favor hæredis, licet ei remittere cautionem: non etiam testatori, qui remittere jus alienum nequit contra *l. pen. C. de pact.* quæ permittit cuilibet libertatem renuntiandi juri pro se introducto. Nec facit, quod dolus futurus remitti nequeat: nam non agitur hic de dolo vero remittendo, sed tantùm de actu, in quo dolus versari posset. Ubi nihil est, quod dictum, cautionem non esse de substantia: neque enim ideo per quemlibet remitti potest, sed per eum tantùm, cujus interest.

Patet etiam solutio ad Secundum, quia cautio, de qua in ista *l. 2.* respicit favorem testatoris, quæ ideo per eum remitti potest, sine fraude, secundum *d. l. 71.* maximè cùm tendat in exonerationem hæredis.

Non obstat Tertium: nam hoc ita lex permittit ex consensu hæredis, qui adeundo hæreditatem tale testatoris factum approbat. Vt autem testator non potest remittere cautionem, ita nec potest jubere, ut hæres accipiat fidejussorem pauperem, licet hoc quidam velint, cùm paria sint, non cavere, vel minùs idoneè. Hæc ita in cautione proprii usufructus. Cujac. ad *l. Si pecuniæ inf. Vt in poss. legat. lib. 38 Iuliani.*

8 Major controversia est, An sit de substantia quasi ususfructus? Plerique hoc volunt per *l. 4. penult sup. tit. 5. De usufr. ear. rer. quæ usu consum.* quæ videntur desiderare cautionem. Præcipuè facit *l. 2. d. tit. 5. & Instit. eod. §. 1.* ubi dicitur Senatus constituisse quasi usumfructum rerum fungibilium per cautionem: quasi sine ea nihil videatur futurum loco substantiæ, quia res sit in abusu. Verùm & in hac specie cautionem non esse de substantia veriùs judico, per *l. 5. d. tit. 5.* ubi non interveniente cautione dicitur nihilominus consistere ususfructus, cùm tantùm dicatur cautio omissa condicenda, constante usufructu aut, eo finito, ipsa quantitas. Et per *l. 7. h. t.* quæ dicit vindicandam rem, non facta mentione restitutionis commodi ex ea percepti, quod proinde cedit ipsi fructuario. Idem colligitur ex *l. Iulianus 9. §. Marcellus inf. Ad exhibendum.* Et facit, quòd & hac in specie possit cautionem remittere hæres, quia tantùm suum jus diminuit, secundùm *d. l. 71.*

Non obstant loca supra allegata, & similia: quia loquuntur tantùm de necessitate ex hypothesi, scilicet, si exigatur.

Non etiam obstat textus in *dict. l. 2. & dict. §. 1.* ubi non ideo dicitur Senatus constituisse quasi usumfructum per cautionem, quasi sit de ejus substantia, sed ad majorem securitatem, & promptius remedium æstimationis consequendæ, cum vindicatio rei jam consumptæ cesset, qui est finis & natura cautionis: non etiam ad ponendam obligationi substantiam, quæ & hac in specie sine cautione constabit, in eo scilicet, quòd reddenda sit res eadem in genere, aut tantumdem in æstimatione: sicut in verò usufructu obligationis substantia consistit in restituendo eamdem rem integram. Quò facit *d. l. 5. §. 1.* ubi, omissa cautione, condicitur ipsa quantitas existens penes fructuarium: ut ad eam sit obligatio. Facit, quòd in mutuo non requiratur cautio, ad substantiam contractus, cùm tamen & in eo id, quod datur, sit in abusu. Vnde non rectè quis intulerit, ita quasi usumfructum non distare à mutuo. Nam ab 9 eo distat, Primò, Quod ususfructus tantùm constituatur ultima voluntate, *l. 1. sup. tit. 5.* mutuum autem inter vivos. Secundò, Quod ususfructus admittat æstimationem ejus, quod relictum *l. 7. sup d. t.* cùm in mutuo, ut satisfiat, sit reddenda res ejusdem generis, neutiquam autem satisfiat offerendo æstimationem, *l. 2. in princ. inf. De reb. cred.* Vasq. *Success. lib. 1. §. 7. num. 25.* Leon. *hic cap. 17.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 9 Vsufructuarius quemadmodum caveat.

AD n. III *in fin.* Adde Mynf. *cent. 6. obs. 48.* & Treutl. *vol. 1. disp. 16. th. 5. lit. b.* Guid. *decis. 250.*

Ad n. V. Vsufructuarius si cautionem exactam non præstiterit, fructus suos non facit Gail. *2. obs 46. n. 6.* quod secus est, si cautio ab eo exacta non fit, quo casu fructus perceptos probè suos facit: quia sufficit petenti Cautionem, moram non facere, quæ doctrina est singularis & memoriæ commendanda sec. Gail. *1. de P. P. c. 11. n. 29.*

Cautio

Cautio usufructuaria remittitur 1. Fisco *l.3.§.10.ff.de Carbon l.1.§.18.ut legat.nom.cav.* quia semper locuples censetur 2. Donatori, qui proprietatem, reservato usufructu donavit. Dec. *in l.28.num.2.ff.de R.I.* Gail.2.*obs.145.num.*12. Mynf.5.*obs.36.pr.* Quia mitius agendum cum eo, qui ex sua liberalitate convenitur. 3. Si ex die proprietas alicui legata sit Usufructus purè, quia certum est, ad eum vel ejus hæredem, proprietatem perventuram *l.9.§.2.ff.h.t.* 4. Patriis bonis adventitiis filiorumfam. *l.fin §.fin autem C.de bon.quæ liberis*, quia reverentia paterna Impedit. Hoc tamen in patre limitatur, si periculum subsit dissipationis, & non possideat bona immobilia, tunc enim ob malam administrationem, à patre cautio exigi potest, & ni præstet, administratione interdici per elleg. à Carpzov. *Iurispr.for.part.2.Const.10.def.9.num 8.9.&10.* Ut autem hoc obiter hic addam, quando pater ad cautionem usufructuariam non tenetur, Inventarium vel saltem nudam consignationem bonorum facere oportet. Carpzov.*dict.def.9.*Mynf.*cent.2.obs.93.*Berlich.*in decis.Aur.2.decis.160.pag.16.*

Illud hic quoque ex Gail.2.*obs.144.num 16.* annotandum: Uxorem usufructuariam omnium bonorum, inventarium conficere debere, nec maritum talem confectionem in testamento suo, nec etiam cautionem usufructuariam remittere posse.

FINIS LIBRI SEPTIMI.

HENRICI ZOESII J.C. IN LIBRUM OCTAVUM DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De Servitutibus.

SUMMARIUM.

1. *Servitus realis sive prædialis quæ dicatur.*
2. *Servitutes nec sunt in bonis, nec extra bona.*
3, 8. *Servitutis debet esse utilitas, vel spes futura.*
4. *Definitio Servitutis adversus Ceras. defensa.*
5. *Ager inferior superioris aquam recipere tenetur.*
6. *Idque lege, natura loci, vetustate.*
7. *Aquæductus interdum personæ debetur.*
9. Conciliatio l. Quoties 15. cum l. Ei fundo 19. hoc tit.

10. *Servitus an & quatenus augeat commoditatem prædii servientis.*
11. *Servitutem quis constituat seu promittat.*
12. *Promittitur alteri prædium habenti.*
13. *Quibus modis constituatur: & an usucapione?*
14. *Lege Scribonia quatenus sublata usucapio servitutum.*
15. *In præscriptione servitutum an requiratur titulus.*
16. *Satisfit argumentis negantium requiri titulum.*
17. *In servitute constituenda loco traditionis est patientia usus.*
18. *Servitute quo modo utendum.*
19. *Conciliatio* l. Refectionis 11 ff. Com. præd. cum l. 1. §. fin ff. De rivis & l. 3. §. penult. De itin. actuq. priv.
20. *Servitutes aliæ Continuæ, aliæ Discontinuæ.*
21. *Item aliæ Urbanæ, aliæ Rusticæ.*
22. *Urbanum prædium facit non locus, sed materia.*
23. *Urbana servitus interdum debetur rustico prædio, & contra.*
24. *Horti quando prædia sint urbana, quando rustica.*
25. *Area ad urbanum prædium spectat.*
26. *Stabulum quibus annumerandum.*
27. *Horreum modò urbanum, modò rusticum.*

SUperiori libro de ea servitutis specie dictum, qua res personæ servit: hoc libro agitur de ea, qua res rei, vel prædium prædio servit, diciturque Realis, vel Prædialis, quia sine re vel prædio constitui nequit. Unde & *Iura prædiorum* dicuntur hæ servitutes; uti priores istæ *Iura Personarum.*

1 Servitutem hanc ita probabiliter definiri posse tradit Bart. *ad l. 1. nu 2. hoc tit.* ut sit jus quoddam prædio inhærens, ipsius utilitatem respiciens, alterius libertatem vel jus diminuens. Alii breviter dicunt, jus prædii, quo ei alienum prædium servit, contra jus commune. *Ius* loco generis positum capitur pro qualitate. Nam servitutes inhærent prædiis, ut accidentia subjectis: unde in *l. Quid aliud 86. inf. D. V. S.* nihil aliud dicuntur esse jura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia. 2 * Hinc est, quod servitutes nec dicantur esse in bonis nostris nec extra bona, *l. 2. inf. De usufr. leg.* Non illud, quia nec sunt fundus nec fundi pars, nec per se subsistunt, sed sunt fundi qualitates: non hoc, quia sunt jura prædiis nostris debita, & sic etiam nobis. Verba, *Prædio inhærens*, rectè adduntur, quòd à prædiis debeantur prædiis. *l. Unus 14 inf tit. 3. De servit. rust. præd.* 3 * Verba, *Utilitatem ipsius respiciens*, etiam rectè adjiciuntur, quòd aliàs temerè impediatur libertas rei alienæ: esset enim hoc potius invidentis, quàm sibi commodantis, quod jura non patiuntur. Et hoc, si nec intersit, nec interfuturum sit: nam si subsit spes futuræ utilitatis, tenet servitutis impositio, licet in præsens non utilis, ut mox latiùs in ultima particula probabitur. Particula, *Alterius libertatem diminuens* probatur *l. 5. §. & belle inf De novi oper. nuntiat.* ubi qui servitutem ædibus suis imposuit, dicitur jus suum diminuisse, alterius auxisse.

4 Definitio ista Bartoli à plerisque, quos vidi, recepta. nisi quod illam Joan. Corasius, *ad l. 1. hic.* arguat ut insufficientem, quasi cum suo definito non converratur, & alteri competat quàm rei definitæ, quod ad bonam definitionem requisitum esse patet ex *l. 1. supra de dolo.* nec perfectè rem definitam declaret. In quam rem probandam tria producit argumenta: quæ vir Clarissimus Elb. Leoninus, quondam juris civilis primarius Antecessor, subtiliter & magna cum laude ex hoc loco refutavit, quæ breviter subjicere, cum scripta ejus in paucorum sint manibus non erit abs re, & extra reprehensionem, ut spero, & citra plagium, cum auctorem indicem.

5 Primò contra istam definitionem arguit Coras. ex *leg. 5. §. final. infra De aqua pluvia. arcen.* ubi ager inferior superioris aquam ad se devolventem recipere commodo prædii superioris, suo autem tenetur incommodo: cum tamen non sit servitus, secundùm eum, quod lex non inveniatur. Sed fallitur, cum isto *§. final.* Ulpianus rem istam servituti adscribat. Non obstante quòd lex agro non inveniatur dicta, cum vetustas sit loco legis, & pactionis, per quam jus servitutis induci posse, si prædii superioris utilitatem respiciat cum diminutione & depressione alterius, non est dubium. Quò facit quod traditur in *l. Mihi 10. §. 1. inf. t. 3* servitutem naturaliter non manu facto opere lædere posse fundum servientem, si imbribus crescat aqua in rivo, qui ad eum defluat. Ubi nulla mentio legis, vel pacti, sed tantum naturæ, quæ legē & subjectionem aëri constituit, cujus regula cum sit immutabilis, & firmior eâ, quæ hominum pactionibus constituitur ratio non est, cur illam servituti non adscribamus. 6 * Facit & quòd in l. 2. *in pr. inf. de aqua*

qua pl. arc. J.C. tria, quæ locum inferiorem superiori servire faciunt, ponat, Legem scilicet, Naturam loci & Vetustatem. Unde rectè in *l. 1. §. pen. ib.* dicit prædia inferiora servitutem hanc superioribus debere, ut naturâ profluentem aquam recipiant. Nec debet movere quod in *d. § fin.* separatim de Lege, de Natura agri, & vetustate temporis, item de Servitutibus agatur: nam hoc non pertinet ad ostendendum, agri naturam non esse inter servitutes sed ut propria cujusque vis & natura separatim explicata elucescat.

7 Secundò objicit Coras. Aquæ ductum inter prædiales servitutes referri, *l. 1. infra t. 1.* & tamen non semper inhærere prædio, *l. 1. § præterea l. Labeo infra de aqua quotid.* Verùm ista objectio nullius est momenti, ut facilè diluatur. Dicendum enim, servitutem Aquæductus non semper deberi prædio, sed interdum personæ constitui, *l. pen. ult. infra d. tit. 3.* ut judicandus sit tum personalis servitus, quod & aliis in servitutibus obtinere patet ex *l. Mola 14. § fin. inf. de aliment. leg.* adeoque ad hæredem non transit, *d. l. pen.* Et de tali Aquæductu accipiendum esse *d. §. præterea* patet ex *d. l. 1. § illud.*

8 Tertiò obstat *l. ei fundo 19. hoc tit.* ubi Labeo ait *Et fundo quem quis vendat, servitutem imponi etsi non utilis sit, posse existimo, veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit: quædam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sint.* Per quem textum vult Coras. verba definitionis, *ipsius utilitatem respiciens*, frustra addita esse. Sed & in hoc fallitur: nam ut ad constituendam servitutem requiratur, ut prædio dominanti accedat aliqua utilitas, non est tamen necesse, ista utilitas de præsenti adsit, cum sufficiat aliquando sit accessura: cujus spes facit utiliter etiam rei nondum existenti eam quæri. Et ita responsum *in d. l. Ei fundo* accipiendum de servitute, quæ de præsenti quidem utilis non sit, ut quia fortè necdum extructa domus, aut necdum nostra futura tamen est utilis extructo ædificio, aut fundo empto, *l. Qui ædificium 22. l. si servus 23. in fine infra tit. 2. l. Labeo 10. infra titul. 3. Gloss. ad d. l. Quoties.* Quo modo si nulla exspectetur utilitas, servitutis acquisitio inutilis erit secundùm *d. l. 1.*

9 Aliter conciliat ista loca Cujac. *in Comment. ad d. l. 15.* accipiens *d. l. 19.* de Aqua, quam, licet inutilem fundo, habere tamen juvat, propter amœnitatem. Verùm istam conciliationem non fert textus in *d. l. 19.* quæ generaliter loquitur de servitute non utili: ut removeat omnem commoditatem, sive consistat in necessitate, sive in amœnitate aut recreatione, nam & hæc utilitatem continet, *arg. l. Numismatum 28. & l. Statua 41. supra De usufr.* ubi numismatum & statuarum ususfructus legatur, quorum tamen vix alia est utilitas, quam in recreatione; ut & ibi dicitur, usumfructum prædiorum relinqui posse, quamvis in ea magis pendamus, quam ex illis acquiramus: & hoc propter amœnitatem, quam præstant, ut superior conciliatio sit retinenda. Quæri autem illi continuò jus, cui talis servitus promissa est, patet ex *d. l. 19.* in verbis, *nam quædam habere possumus, etsi utilia non sint.* quòd temerè diceretur, nisi jam jus acquisitum foret, idem *l. 22. & 23. in fin. infra tit. 2. & d. l. Labeo inf. tit. 3.* ubi dicitur, licere imponere servitutem ædificio nondum ædificato, quod præsentis est temporis, non tamen ejus utilitas ante ædificium positum, vel fundum acquisitum.

10 Quartò objici posset, fundo servienti non semper esse damnosam servitutem, sed interdum utilem, terræ pinguedine unâ cum aqua ad inferiorem decurrente, *l. 1. §. fin. inf. de aqua pluvia arc.* qua de caussa Conanus, *4. Comment. c. 7. num. 7.* carpit prædictam Bartoli definitionem quoad verba posteriora, quasi non semper diminuat jus prædii servientis. Sed minùs rectè, cùm natura servitutis sit diminuere jus prædii, quod servit, *l. 5. §. & bellè inf. De novi op. nuntiat.* Quod autem interdum augeat prædii commoditatem, non est ex ejus natura, sed accidenti, proinde non considerandum. Ut propterea definitio Bartoli sit habenda sufficiens.

11 Promittitur servitus per eum, qui prædii dominus est pleno jure, cui est arbitrium de re sua disponendi. Non idem datum fructuario, propterea quòd faceret caussam proprietatis deteriorem, Proprietatis domino id non licere habet, *l. Sed si quid 15. §. fin. sup. De usufr.* nisi quà deterior non fiat ususfructus conditio, *l. Nisi in d. t.* Fundo etiam communi per unum ex sociis non imponi servitutem responsum *l. 2. h. t.* quia in re communi potiùs est factum prohibentis, *l. sed si 27. inf. tit. 2. & l. si unus 19. inf. tit. 3.* ne ei jus suum diminuatur. Et hoc quatenus res pro indiviso possidetur: nam divisio tollit communionem, & ponit partes singulis proprias, super quibus singulis liberum est arbitrium. Ut autem servitus non rectè per unum cedatur, firmatur tamen prior cessio per subsequentem & alterius socii cessionem. Antequam liceat, cui cessa per unum servitus, eâ uti prohiberi possit de jure, ex benignitate tamen

men receptum, ne is, qui cessit, prohibeat, saltem per exceptionem, *l. Per fundum.* 1 *l. inf. d. t.* 3. Superficiario [qualis est, qui in alieno fundo superficiem emit, vel condoxit, in perpetuum, vel ad non modicum tempus] servitutem promittere non licet de jure, quia non est dominus: impositam tamen Prætor tuetur, *l. 1. §. final. infra De superficieb.* Emphyteutæ id licere videtur, quia est quasi dominus.

22 Promittitur servitus non nisi alteri prædium habenti, sine quo constitui nequit, & quidem vicinum, vel in sua persona, vel ejus, quem habet in potestate, *l. Non dubito* 21. *hoc titul.* sive sit plenus dominus, sive proprietatis tantum, etiam invito fructuario, *d. l. 15. §. fin.* quia ususfructus caussa fit melior. Communi tamen fundo per alterum dominorum acquiri nequit, *l. 3. inf. tit. 4.* quia non potest sibi acquirere, quin acquirat socio: quod est contra juris rationem, quæ non patitur alteri per alterum acquiri, *d. l. 19. inf. t. 3.*

23 Constituitur servitus ultima voluntate, vel actu inter vivos. An verò & Usucapione acquiratur, disputatum olim fuit. Ante legem Scriboniam usucapi biennio potuisse videtur, & pulcrè probat Jac. Rævardus *lib. sing. ad l. Scribon.* Patet ex *l. 4. §. fin. De usucap.* ubi malè diceretur sublata servitutum acquisitio per usucapionem, si ante non fuisset in usu. Verùm lex Scribonia earum usucapionem inhibuit; Primò, favore libertatis, & odio servitutis, ut prædia manerent libera, *d. §. fin.* ubi permissa usucapio libertatis servitutum. Secundò, quòd servitutes sint incorporales, ut non intelligantur possideri, *d. l. 4. §. si viam*, aut, ut ait J. C. in *l. Servitutes* 14. *h. tit.* quia non habeant certam continuamque possessionem Acquiri tamen post legem Scriboniam longi temporis quasi possessione potuerunt, ut habet *l. 2. in princ. inf. De aqua pluvia, arc.* ubi dicuntur tria esse, per quæ locus inferior servit superiori, scil. Lex, Natura loci, & Vetustas, quæ pro lege est, quam Cujac. *ad d. l. 2.* interpretatur pro longo tempore.

24 • Qua in re aliqua est controversia inter auctores, quorum aliqui volunt lege Scribonia tantùm sublatam usucapionem servitutum urbanarum, quasi earum tantùm ante legem istam fuerit usucapio, non etiam rusticarum, quod harum usucapioni ratio juris obstaret, propter naturalem earum intermissionem. Potest tamen videri & rusticarum olim obtinuisse usucapio, cum lex Scribonia indistinctè loquatur, & ita ad utrasque pertineat, atque in *d. l. 14.* dicatur, idem observari in servitutibus urbanis. Licet in eo distinguantur, quod hæ habeant continuam possessionem, non etiam illæ. Quod nihil facit: cùm in eo conveniant, quòd habeant caussam continuam, & quod sint incorporales, ut non possideantur. Justinianus in *l. 1 & 2. C. h. t.* earum acquisitionem admisit, non tam per usucapionem, quæ requirit possessionem, quàm per usum diuturnum & præscriptionem longi temporis Donel. 11. *com. c.* 11. Bronch. *cent. 2. ass. 29.*

Ubi disputatur, An ad istam præscriptionem re- 15 quiratur titulus & bona fides? Bonam fidem desiderari patet ex *l. fin. inf. in fine C. de præscript. longi temp.* ubi requiritur bonum initium, quod non est sine bona fide. Titulum non requiri, habet communis sententia, quòd earum quasi traditio desideret scientiam illius, qui censetur patiendo tradidisse. In quam rem adducunt, Primò *l. 2. C. de servit.* ubi qui sciente domino aquam duxit per ejus fundum, dicitur quæsiisse servitutem. Secundò adfertur *l. si quis diuturno* 10. *ff. si servit. vindic.* ubi ait Ulp. non esse necesse doceri, quo jure aqua sit constituta, sed satis esse, se per tot annos usum esse, non vi, non clam, non precariò. Tertiò adducitur *l. 1. in fine inf. de aqua pluvia. arc.* ubi tantùm vis ponitur in usu. Estque hæc opinio communiter recepta. Gomez. 1 *Var. Resol. cap. 15. nu. 27.* Donel. 11. *Comment. c.* 11. Longovall. *tract. De Servit. usucap.* Posset tamen alii cui verior videri opinio contraria, scil. etiam in his requiri titulum. Quæ probatur Primò, Per *l. fin. C. De præscript. longi temp.* ubi requiritur bonum initium in præscriptione rerum & corporalium & incorporalium: quod non magis accipiendum de bona fide, quam de titulo, cum & hic spectet ad bonum initium. Secundò, Per *d. l. fin.* in qua ut rerum corporalium præscriptio, ita & servitutum dicitur procedere, non habitâ ratione scientiæ aut ignorantiæ. Tertiò, Per *l. Nullo* 24. *C. De rei vindic.* in qua generaliter dicitur, sine titulo non præscribi. Quartò facit, Quod in rebus corporalibus nihil faciat scientia domini, nisi accedat titulus: ut nihil etiam possit facere in incorporalibus, ex ratione paritatis. Nam si quæ ratio daretur, esset, quod sciens videatur permittere. Quæ ratio etiam habet locum in corporalibus, quod scilicet sciens videatur permittere: ut positâ paritate rationis vel idem concedendum sit in his, vel si in his non concedatur, nec enim in illis hoc concedendum veniat.

Nec obstat argumentum ex patientia dedu- 16 ctum: nam ut dominus debeat patientiam, *l. quo-* tites

tiet §. 1. & 2. hoc. titul. non necessariò tamen ea conjunctam habet scientiam, neque ad hoc contra eum agi potest, ut patiatur & sciat uti nos servitute, sed tantùm, ut patiatur, id est, non impediat. Quo modo in *l. fin. hoc tit.* usus juris dicitur esse pro traditione, nullâ factâ mentione scientiæ domini. Hinc in *d. l. final. in fine C. De praescript. longi temp.* usucapitur servitus contra adversarium, licet ignorantem, patientem tamen alium uti servitute. Atque ita non requiri sententiam tradit Cuj. *ad l. 4. Ut libertatem circa med. infra De usuc.* Idem etiam tradit D. Mudæus *ad l. 3. §. si iter n. 14. & 15. inf. de actionib. empti.*

Nihil obstat *dict. l. 2.* nam ibi non ponitur ratio fundamentalis in eo, quod sciente domino juverit, sed ideo tantum fit mentio scientiæ, ut indicetur, aquam non fuisse clam ductam: nam alias nihil prodesset usus, ut patet ex *l. 5. §. sed & servitus inf. Quod vi aut clam.*

Non obstat *dict. l. 10.* Ex ea enim non rectè infertur, titulo opus non esse, cum tantùm velit, possessorem non debere docere de titulo, quod de eo præsumatur, & quod, eo non ostenso, ob prærogativam temporis habeat utilem actionem, non etiam directam civilem quam jus ei denegat, eo quod de titulo non pateat.

Nihil etiam facit *dict. l. 1. in fine.* nam licet vim ponat in usu, non tamen cum exclusione tituli, quem alia loca requirunt, & sine quo vix est bona fides, etiam in his necessaria. Nam aut debet cogitare, se id suo jure facere, ex caussa tituli, & procedet usucapio: aut nullo jure, & possessio erit sine effectu, quamvis pro eo in dubio præsumatur. Quo modo in *l. 1. §. Veniamus & l. final. De itinere actuque privato*, per fundum alterius frequenter commeans, si id suo jure non faciat, dicitur non acquirere servitutem: quod & habet *l. 1. in fine inf. De aqua quotid.* Et hanc posteriorē opinionem defendit Duarenus *lib. 1. disp. c. 34. & ad d. l. 10. ff. Si servitus vindic.* Prior tamen est veterum, & communior, quam propugnat Donell. *lt. Comment. cap. 12.* Valq. *2. Ill. contr. c. 70. num. 11* Vand. *2. Quæst. c. 3.* Ant. Fab. *19 conject. c. 9. 10. & 11* Brunc *cent. 2. ass. 93.*

17 Promissam servitutem debitor constituere tenetur, continuo, si pura sit: si sub conditione aut tempore, eo eveniente constituetur, per traditionem vel patientiam usus, *l. Si ego 11. § 1. sup. De Public. in rem act.* quæ in his quæ sunt incorporalia, est pro traditione, *l. Quoties 20. hoc tit.* Quia cum sensum exteriorem fugiant, non aliter quam per patientiam tradi posse censentur *l. Servus 43. §. 1. infra De acquir. rer. dom.* Quæ patientia non aliò se extendet, quàm ut utatur is, cui servitus debita, quatenus exigit fundus dominans, *l. 5. in fine infra titul. 3.* Neque enim usum ampliare illi licet, cui tamen omnia illa agere permissum, sine quibus servitus explicari nequit, juxta *l. 2. sup. De jurisdict.* & quæ ad usum ejus sunt necessaria. Unde cui iter legatum, permissum fodiendo, substruendo iter facere *l. Si iter 10. hoc tit.* Reficere & illi licet, ejusque gratiâ accedere ad loca, quæ non serviunt, si ita necesse, nisi nominatim expressum, quà accederetur *l. Refectionis 11. inf. tit. 4.* aut nisi cautum sit jus reficiendi non esse, aut certus modus datus. *l 3. § fieri infra De itinere actuque privato* Vid. Fachin. *8. contr. c. 21.*

18 Deprimere etiam licere & allevare rivum habet *d. l. 11.* Quod patitur difficultatem per *l. 1. §. fin. infra De rivis & l. 3. §. penult. de itin. actuque privato,* ubi deprimi aut attolli, extendi aut dilatari rivus non potest, nec iter produci, deprimi, exaggerari. Quæ loca Jul. Pacius, *cent. 7. quæstion. 28.* conciliare conatur, accipiendo *d. l. 11.* in casu, quo jus servitutis liquidum: leges autem posteriores in casu, quo jus illiquidum: quasi illo casu quia utatur jure suo, non etiam hoc. Verùm ista conciliatio meram continet divinationem, cum nulla ejus rei mentio habeatur in dictis locis, quæ omnia loquuntur de iis, quibus est jus servitutis. Unde ad veram conciliationem sciendum, in utenda servitute ei, cui competit, hoc moderamen servandum esse, ut cum minori prædii servientis, quo fieri potest, dispendio exerceat, cum non loci corpus, sed tantùm servitus ei debeatur. Unde si servitus exerceri possit per fistulam, non exercebitur per lapidem stratum, aut structilem rivum, si aliter non convenerit, *l. 4. §. Si quis infra tit. 5* quia in incommodum prædii ea res tenderet: & secundùm hoc accipienda loca posteriora. Si tamen utilitas servitutis postulet, nec inde fit incommodum prædio servienti, allevari aut deprimi posse rivum nihil implicat, secundùm *d. l. 11.* per *d. l 3. §. 2.* Quò facit, quod in *d. l. 3. § 1.* dicitur rivum, qui ante erat terreus, facere volentem cæmentitium aut structilem, audiendum esse, si necessitas postulet, ut quia terreus aquam non continebat, *Gloss. ad d. l. 11.*

20 Dividunt servitutes in Continuas & Discontinuas. Ad illas spectant pleræque urbanæ, quæ continuum habent usum: ad has rusticæ. Nam quamvis caussam habeant perpetuam, ut dicetur

 infra

infra *Tit.*4. in his tamen continuatio possessionis non invenitur. Ratio differentiæ est, quòd hæ consistant in facto hominis, quod non est continuum, cum nemo tam continuò, tam perpetuò ire, agere possit, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur, *l. Servitutes* 4. *h. tit.* Illæ verò in ædificiis, per quæ retinentur, absque facto hominis.

21 Præcipua divisio, quam insinuat *l.*1. *h.t.* sumpta est à qualitate & usu principali, prædiorum, quibus debentur, ut aliæ sint Urbanæ, aliæ Rusticæ, sumptâ denominatione à prædio dominante: ut Urbana servitus sit, quæ debetur urbano prædio; Rustica, quæ rustico. Urbanum prædium dicitur, quod paratum inhabitandi caussa, vel in urbe vel ruri. Rusticum, quod paratum rei rusticæ, fructuumscil. & pecorum, vel ruri vel in urbe. Neque enim loco, sed qualitate, genere, usu & commoditate, quam præstant, hæc jura censentur, *l. Si prædium.*16. *C. De præd. min.* Qua ex 22 materia fiant prædia non distinguitur. * Nihil obstante, quod habet Ulp. in *l. Urbana* 198. *inf. De V.S.* urbanum prædium facere non locum, sed materiam; nam hoc non ita accipiendum, quasi ex alia materia constaret urbanum, alia rusticum, sed nomen, *Materia*, ibi ponitur pro usu, & aptitudine, & opportunitate prædii; ut hac in re Principalis destinatio patrisfamilias veniat inspicien- 23 da, *d. l.*166 *De V.S.* * Unde continget, ut urbanam servitutem debeat prædium natura sua rusticum, *l. Servitutes* 20. § 1 *inf. hoc tit.*2. ubi licet natura sua rusticum dicitur cedi domui vicinæ & Aquæductus prædio urbano deberi potest. E contrà servitus natura sua urbana potest deberi prædio rustico ab urbano, fietque rustica servitus : uti licere, altiùs tollere, quod certum est spectare ad urbanam servitutem, deberi tamen potest rustico prædio, eritque servitus rustica ut habet textus in *l.* 2. *inf. tit.*3. Ex quo erroris convincitur Connanus, 4. *Com. c.*10. *n* 8. tradens non ideo mutari servitutum naturam quòd contra genus suum & qualitatem alteri serviat; cùm ex prædio, quod dominatur, quia dignius, sumatur servitutis denominatio.

24 Sunt quædam prædia, de quibus dubitatur, an urbana sint dicenda, ut Hortus, Area, Stabulum, Horreum; & de his judicandum ex usu & destinatione patrisfamilias. Nam Horti ædium commoditati addicti prædiis urbanis rectè adscribuntur : si verò eorum usus plurimum fuerit in reditu, ut quia vineatii, olitorii, magis est, inquit J. C. in *d. l.*198. *in fine*, ut urbana non sit ut prædia. * A- 25 ream ad urbanum prædium pertinere habet *l. Fundi* 211. *inf. De V.S.* quæ locum vacuum in urbe Aream vocat, ædificiis ferè destinatum ; ruri autem Agrum appellat, quia rei rusticæ destinatur. * De Stabulo diversa sunt responsa. Ur- 26 banis prædiis illud adnumerat Ulp. *in d. l.* 198. E contra Neratius, in *l.*4. §.1. *inf. in quib. caus. pignus tac. contrah.* urbanorum prædiorum sine dubio non esse stabula, à cæteris ædificiis separata, tradit. Unde rectè D. Leoninus, *ad d. l.*1. *h.t.* hæc loca contraria conciliat, interpretans *d. l.* 198. de stabulis meritoriis, quæ ædificiis cohærent, & parata sunt ad mansionem hominum, vel jumentorum stationem, & mercede annuâ, menstrua vel diurnâ locantur, quæ vulgò diversoria dici habet *l. Si cujus* 13. §. *fin. sup. De usufr.* accipiens verò *dict. leg.*4. de stabulis separatis ab ædificiis, quæ non sint meritoria, sed ad usum rusticum, & pro villæ commoditate destinata. Connan, 4. *comm. cap.*10. *n.*7. Bronch. *cent.*1. *ass.*95. * Horreum pro usu & fine destinato aut urba- 27 num, si rei urbanæ, uti mercibus rebusque pretiosis servandis serviat, cujus frequens usus olim, ut videre est apud Brisson. *in Lexico V. Horreum*: aut rusticum dicendum, si colligendis fructibus sit aptatum, etiam in casu, quo fortè eo locato merces recipitur. Neque enim mercedis perceptio mutat primam rei qualitatem, etsi hoc velit Connanus *lib.*1. *Comment. cap.*10. *n.*7. quem rectè reprehendit D. Leoninus, *d. loco*, quòd temporalis usus & incidenter contingens originalem rei conditionem non debeat mutare. Nec facit pro Connano *leg.*3. *In quib. caus. pig. tac. contrah.* cùm ibi agi de horreo, quod ad usum rei urbanæ constitutum, pateat ex adjunctis.

ADDI-

ADDITAMENTA.

Ad lib. 8. ff. tit. 1. De Servitutibus.

REgulas quasdam ad servitutum differentiam cognoscendam, vid. apud Jacob. Omphal. *de usurp. LL. lib. 4. cap. 16.*

Ad n. II. Verum hujus L. sensum vid. ap. *Donell. 4. Comm. 5.* quem allegat Arum. *Exerc. 4. th. 1.* Bacc. *ad §. 1. Inst. de Usufr. n. 3.*

Differentiam inter ea, quæ dicuntur esse in bonis & extra bona vid. ap. Gœdd. *ad L. 49 de V. S. n. 15.* Bacc. *ad §. 2. Inst. de vi bon. rapt. n. 1.*

Ad n. XIII Quid discriminis sit inter promittere & constituere servitutem. vid. Wes. *h. t. n. 7.*

Diuturna præstatio facta ex mera liberalitate an inducat obligationem? Exceptis piis causis negat Marsil. *Sing.* 192: Sed cui incumbat, hoc casu, onus probandi, precariò an Jure præstitum aliquid esse. vid. ap. Dan. Moll. *lib. 4. Semestr. c. 38.*

Ad n. XV. Sed cur in præscriptione rerum corporalium titulus requiritur, & non in incorporalium? Dd. rationem diversitatis dant hanc: Quòd ubicumque majus sit periculum, ibi cautius esse agendum, *l. 1. § sed & si quis ff. de Carbon. Edict.* Sed in præscriptione rerum corporalium, majus præjudicium & periculum vertitur, quia præscriptione rei corporalis aufertur dominium rei à vero Domino; in præscriptione verò servitutis manet dominium rei penes ipsum Dominum, & tantùm conditio rei gravatur, onere scil. servitutis. Ergò, &c. Item assignatur alia ratio, quia in præscriptione Jurium incorporalium requiritur scientia & patientia adversarii, per quam inducitur quidam præsumptus consensus & quædam ficta concessio, quæ tantùm operatur, quantùm expressa in corporalibus ut inquit Ferrar. in forma libelli Actionis confessoriæ pro servitutibus. § *servitus aquæductus num. 21.* videatur Schneidvv. *de usucap. n. 45 46.*

TITULUS II.

De Servitutibus Urbanorum prædiorum.

SUMMARIUM.

1. *Servitutum Urbanarum effectus & species.*
2. *Servitus Tigni immittendi, & Tignum quid.*
3. *Servitus Oneris ferendi.*
4. *Altius non tollendi.*
5. *Altius tollere quando liceat.*
6. *Servitus altius tollendi.*
7. *Stillicidii recipiendi, & non recipiendi.*
8. *Stillicidii avertendi, & non avertendi.*
9. *Servitute Luminis sive Fenestræ quid contineatur.*
10. *Fenestram aperire in proprio pariete an invito vicino liceat.*
11. *Licitum est vicino fenestram obscurare.*
12. *Servitus Ne luminibus officiatur.*
13. *Servitus Prospectus, & ne prospectui officiatur.*
14. *Differentia inter has servitutes.*
15. *Tina quid?*
16. *Ius Cloacæ immittendæ, immittendi fumum &c.*

CUm à prædio dominante servitutis sumatur denominatio, præcognito quod prædium urbanum, quod rusticum sit, facilè est secernere servitutes. Et hoc quidem Tit. enumerantur urbanorum prædiorum servitutes, quarum aliæ affirmativis verbis conceptæ, quarum effectus est, ut vicinus quid patiatur in suo prædio; aliæ negativis, quarum effectus est, ne vicino liceat quid agere, invito vicino. Variæ earum species sunt, ut Tigni immittendi, projiciendi, protegendi, *l. 1. hoc tit.* * Tignū dicitur à Tegendo, *d. l. 1. § 1.* a quo nomine venit quævis materia apta ad ædifi-

ciorum extructionem, uti trabes, lapides, cæmenta, ferrum, & alia, *d.l.1. §.1.* Hic omnis illa materia venit, quæ apta ad immissionem, projectionem, protectionem. Immitti dicitur, quod ita in nostro pariete provehitur, ut in alieno requiescat. Projicere verò & protegere est aliquid ex suo producere, vel extendere, ut supra alienum quidem pendeat, non tamen in eo requiescat, *l. Mœnium 242. §.1. inf. De V.S.* cujus ordinis sunt Mæniana, Suggrunda.

3 Servitus Oneris ferendi, ut vicini paries vel columna onus nostrarum ædium ferat, *l. 1. hoc tit.* In qua hoc singulare, ut dominus prædii servientis teneatur reficere parietem; columnam restituere, ut oneri ferendo sufficiat, *l. Eum. 33. hoc tit.* Ratio ejus dabitur infra *Tit. 4.*

4 Servitus Altiùs non tollendi imponit necessitatem ædes non attollendi ultra certam altitudinem: idque contra libertatem naturalem, quæ permittit facultatem ædificandi in suo ad lubitum. *l. Altius 9. C. de servit.* etiam cum vicini nocumento, qui conqueri non potest, cùm alter jure suo utatur, *l. Proculus 26 inf. De damno infecto*; licet utile non sit ædificare, modò desit æmulatio & animus nocendi vicino, *l. 1 §. denique Marcellus & §. pen. inf. De aqua plu. arcen.* Neque enim malitiis est indulgendum, *leg. In fundo 38. sup. De rei vindicat.* Boërius *decis. 320. n. 13.*

5 Sunt tamen casus, quibus extollere ædificium quis impeditur: veluti juxta aream vicini triturationi paratam, quæ aliàs ventum habere non posset ad secernendas paleas à frugibus, *l. fin. in fine C. de servit.* ita suadente publica utilitate, Boër. *d. loco num. 14. & decis. 322. num. 12.* Hæres non impeditur quidem hæreditarias ædes altiùs tollere, cùm detrimento vicinarum ædium legatarum alteri, non temerè ita, ut obscuret lumina earum, sed modicum lumen, quod habitantibus sufficiat, relinquere debet, *l. Si is qui 30. sup. De usufr.* secundùm quam intelligenda *leg. Gaurus 10. hoc tit.* cujus lectio corrupta restituta est à Cujacio, 1 *Obser cap. 7.* Potest & consuetudine vel statuto certus præfigi, quem nemo prætergrediatur modus Cæpolla *De servit. urban. cap. 26. & 27.* & habet *leg. Qui luminib. 11. hoc tit.* Quæ tamen servitus non impedit arbores & viridaria supra altitudinem præscriptam servituti habere *l. 7. & l. Ædificia 12. hoc tit.* Neque etiam impedit, quò minus ædificium deponatur, quia contra eam nihil fit, cùm potiùs augeatur commoditas vicinarum ædium, *l. si arborem 17. §. 1. hoc tit.*

6 Est & servitus huic contraria scilicet Altius tollendi, quando vicino est ea lex imposita, ut ad certam altitudinem habeat ædes vel parietem erectum, commodo vicinæ domus, ut hac ratione per refractionem vel repercussionem in eam lumen devolvatur, *d. l. 17. §. interdum*, vel etiam ut ventus impediatur, aut lumen avertatur, uti in mercatorum domibus Cæpol. *d. c. 26.* Citra hanc legem vicino impositam, altiùs tollendi facultatem servituti malè adscripseris, cùm cuique id ipsum jure liceat, *l. Altius 8 & 9. C. De servit.* Corat. 3. *misc. c. 8.* Wesenb. *ad ff. de Servit. num. 3.* Donel. 4 *ad §. aquè nu. 12. Instit. de Action.*

7 Servitus Stillicidii recipiendi, *Instit. h. t. §. 1.* quâ quis aquam guttatim ex ædibus alienis cadentem recipere cogitur in suam aream. Est & servitus huic contraria scilicet, Non recipiendi. Quod quidem possit videri esse libertatis, si accipiamus de stillicidio ex tecto vicini non recipiendo; sed ut servitutem constituat, debet capi de aqua è nostro tecto cadente guttatim, quam cedere vicino debemus, in ejus commodum, uti eluendæ ejus cloacæ, implendæ piscinæ, vel aquarii, horti ejus rigandi. Quæ res ad modum servitutis altiùs tollendi populi servitutem, propter incommodum ejus, qui cogitur aquam suam permittere vicino.

8 Est & servitus Stillicidii Avertendi, & Non avertendi, *l. 1. h. t.* Prior convenit cum servitute Stillicidii Recipiendi, posterior cum ea, quæ est Non recipiendi. Vicina est servitus Fluminis recipiendi, vel Avertendi, & non recipiendi vel Non avertendi, *l. 1. h. t.* in eo distans à priori, quòd Stillicidium ex alto guttatim sive stillatim cadat; unde & dictum quasi stilla cadium: Flumen verò continuò impetu fluat per canalem ex loco superiori. Quod rum demùm servitutem constituit, quando habet originem ex naturali caussa, quæ est perpetua, non etiam ex manufacto opere, *l. Foramen 28. h. t.* Hoc in servitutis genere observandum est, ut modus idem servetur, non etiam mutetur, ne gravior fiat servitus. Quomodo dimitti stillicidium non potest, attolli tamen potest: hoc enim pacto fit levior servitus, quia interdum stilla dirripitur, nec pervenit ad locum servientem; illo verò fit gravior, & ex stillicidio fieret flumen, *l. Servitutes 20. § si antea cum seq. h. t.*

9 Servitus Luminum, Ne luminibus officiatur & servitus Prospectus sunt vicinæ servitutes quarum tamen est sua differentia. Lumen, id est, ut cœlum videatur, aër excipiatur ex loco su-

co superiori, *l. Lumen* 16. *h. t.* Servitute luminum id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra, id est fenestras, quibus lumen cœli hauriatur, excipiat, utque ejus sit immittere lumina nostra in alienum. *l. 4. h. tit.* Unde & servitus hæc vocatur Fenestræ, quam unus immittit, alter dicitur recipere, qui nullâ viâ impedire potest, quò minus luminibus utamur, nec quidquam nobis invitis facere, quo lumen minuatur, *d. l. 4.* Quæ res non videtur licita, nisi per servitutem impositam, saltem in pariete communi, *l. pen. h. tit.* quia in re communi prohibentis conditio est melior. Cæpol. *tract. de Servit. urban. præd. c. 36. n. 2.* Donell. 12. *com. c. 5.* Cujac. 17. *Obs.* 35.

10 De proprio pariete dubitatur. Negat Cujac. 3. *Obser. c. 31. & 3. Respons. Pauli ad d. l. pen.* quòd hac in parte vicino fiat detrimentum, cujus libertas diminuitur per hoc, quòd area ejus vel domus alteri pateat, cùm secundùm quendam Philosophum non tantùm manus, sed & oculi ab alieno sint abstinendi: unde Cujac. pro *communi* legit *cæco*. Verùm, retentâ lectione vulgari, crediderim de jure fenestram aperiri in proprio pariete posse, etiam vicino invito, si nullum inde ei detrimentum, ut quia altiori loco aperta, quam ut prospectus ex ea fit in ejus aream aut domum: secus posset videri, si inde prospectus fit, Cæpol.

11 *De servit. urban. d. cap. 26.* * Licet tamen utroque casu vicino ædificando aut aliàs fenestram obscurare, quia jure suo utitur, etiam posteriore casu, & cogere vicinum, ut claudat: quod & praxis habet, nisi præscriptum sit. Et hoc, quando immediatè paries vel domus tangit aream vicini. Nam si inter eam & nostrum parietem sit relictum spatium duodecim pedum plus minus, cum permittit *l. pen. §. sed cum nostra C. De ædific. privat.* habere fenestras tam perspectivas, quàm lucifera, quia locus proximus noster est.

12 Per servitutem, Ne luminibus officiatur, cujus fit mentio *Inst. De servit. §. 2.* hoc quæritur vicino, ne alter, qui eam debet, lumina quacumque ratione obscuret, sive ædificando, sive arbores plantando, *l. si arborem* 17. *h. t.* Vicina est superiori, quæ tamen hac servitute pinguior, ut patet ex dictis, cum illa & hanc in se contineat. Duo enim continet, jus scilicet immittendi lumina, & impedimenti non præstandi, cum posterior tantùm contineat, ne impedimentum præstetur: quæ tamen in eo amplior est istâ, quòd omne impedimentum luminum removeat, *d. l. 4.* in ista autem sit satis, unam saltem fenestram relinquere, nisi aliter sit conventum.

13 Servitus Prospectus, dicta quasi procul videndi & aspiciendi, tribuit liberum aspectum, non solùm ex parte superiore, sed & inferiore, uti arborum, nemorum, viridariorum, maris: ut pertineat ad amœnitatem & voluptatem, cum gravamine vicini, cui nihil permissum, sive ædificando, sive aliàs, sive in perpinquo sive in remoto, agere, quo prospectus liberior impediatur, *l. Inter* 15. *h. t.* Servitus, Ne prospectui officiatur, videtur esse ejus pars, nisi quòd diversa ab ea sit, secundùm formulam actionis.

14 Ex dictis patet, in quo differant istæ servitutes à prioribus, & ab ea, quæ est Altiùs non tollendi, quòd in istis removendum sit omne impedimentum, non tantùm ædificando, sed & arbores, viridaria aut simile quid, quò luminibus & prospectui officiatur, habendo, *l. Ædificia* 12. *l. Si arborem* 17. *h. t.* Altiùs verò non tollendi impediat quidem ædificationem altiùs, non tamen habere arborem aut viridaria sive viridia, *d. l. 12. & l. si cujus* 13. *§. fructuarius sup. De usufr.*

15 * Viridaria sunt loca, virentibus herbis, graminibus, arbustis consita, qualia & super ædes aliquibus in locis, ubi hortorum non est copia, in doliis fictilibus aut plumbeis, quibus terra est aggesta, habentur, *l. Dolia* 26. *in fine inf. De fundo instr.* Ubi minùs rectè Viridaria quis appellaverit locum quidem alium, habentem fenestras prospiciendi, nullis tamen arbustis aut viridibus conditum, ut nullo modo possit dici impedire prospectum aut lumen.

16 Inter urbanas numeratur & jus Cloacæ immittendæ, *l. 7. h. t.* quamvis propter incidentem usum ea & rustica servitus esse possit, *l. 1. inf. t. 3.* Est autem locus cavus, per quem colluvies defluit, *l. 1. inf. De cloac.* Item est jus ex taberna casearia immittendi fumum in superiora ædificia, *l. sicut* 8. *§. Aristo inf. tit. 5.* Quæ res spectat ad veterem fumigandorum caseorum morem, qui fumo infuscati credebantur esse gratioris saporis, Brisson. 4. *Antiquit. cap. 5.* Spectat & ad has, aliquid habere positum in alieno, vel ad alienum parietem, uti Tinas, quæ vasa, quibus Romani utebantur ad impluvium: item & Sterquilinium habere, quod non licet sine lege ita data, quia res ista nocumento est vicino, *l. si quando* 17. *§. 1. inf. tit. 5.* Projiciendi aquam & sordes in aream alienam: & similia alii prædio debita, de quibus Cæpolla, *d. loco.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 2. De Servitutibus Urbanorum prædiorum

Quod ad æmulationem & injuriam alterius ædificare non liceat, vid. eleg. Gail. 2. *obs. 69. per tot.*
De vicinis ædificantibus supra & prope parietem vicini, vel proprium vel communem, vid. multa notatu digna ap. Tessaur. *decis. Pedem.* 115. 23, 41. Sutd. *decis* 18.

An absque servitute liceat vicino Caminum, ignis faciendi causa, juxta communem parietem habere, vid. Duar. *ad l. quadam* 13, *de servit. præd. urban.* Paries quibus signis communis judicetur. vid. apud Tessaur. *decis. Pedem* 219 præcipuè stantibus in muro lignis, adde Boer. *Consil.* 5.

Murus intermedius inter duas domos, an & quando præsumatur communis. Vid. Honded. 1. *Consil.* 80.

Si Janua duorum sit, per quam ad ædes suas alicui aditus patet, an eâ uti, ob domum vicinam postea emptam, quis possit. Vid. Cravett. *Cons.* 676.

TITVLVS III.

De Servitutibus Rusticorum prædiorum.

SVMMARIVM.

1. *Iter quid?*
2. *Quid Actus, & quid Agere?*
3. *Quid Via, & unde dicta?*
4. *Differentia inter has species.*
5. *Servitus Via spectat ad vias privatas, nō publicas.*
6. *Aquarum genera diversa.*
7. *Aquæ ductus quid?*
8. *Aquam oportet esse manantem, & quæ duci assiduè possit.*
9. *Aquæ haustus, Appulsus pecoris ad aquam &c.*
10. *Ius Navigandi sive servitus Navigii.*
11. *Vt pomum decerpere, ut spatiari in alieno liceat, servitus realis imponi non potest.*
12. *An hujusmodi servitus sit personalis?*

ENumerantur hoc Tit. species servitutum Rusticorum prædiorum, quarum & hoc proprium, prædiorum respicere utilitatem, *l. 6. §. 1. h. t.* 1 Prima est Iter, quod est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum ducendi *d. l. 1. h. t.* Ire & Ambulare distinguit Brisson. *in suo Lexico*; quòd qui it, porro & ulteriùs pergat: qui ambulat, spatia faciat, & sua vestigia reflectat. Illud præterea est necessitatis, hoc ferè voluptatis. Non interest, pedes quis eat, an eques commeet, sellâ an lecticâ vehatur. *l. Qui sella 7, l. Iter 12. h. t.*

2 Secunda, Actus, qui est jus agendi jumentum, vel vehiculum, *d. l. 1.* Dictus ab agendo, quod verbum propriè ad animalia spectat, *l. Ferri 235, inf. De V. S.* Jumenti appellatione etsi ea tantùm animalia veniant, quæ nostrum laborem & onera subvectando & arando juvant, *l. Ædiles 38, §. jumentorum inf. De adil. edicto:* rectè tamen & alia animalia, quæ armentorum nomine veniunt, uti boves, agi dicuntur, *d l. 12.*

3 Tertia est Via, quæ est jus agendi, eundi, ambulandi, *d. l. 1.* Ubi aliqui pro *Eundi* volunt legi, *Vehendi*, quòd Via à Vehendo dicta sit, quasi Vehiæ: ut ad eam videatur necessaria facultas vehendi, cùm ex propria significatione denotet jus vehiculum ducendi. Vid. Franc. Connan. 4. *com. c. 11.* Hotom. 2. *Obs. c. 21.* Ant. Fab. 1. *conject. c. ult.*

4 Inter has species differentia est. Nam Iter minùs latè patet, cùm tantùm det jus eundi, contemplatione hominis. Actus latius patet, cùm sit jus eundi, principaliter contemplatione jumentorum, ut includat etiam Iter, si non formaliter, saltem materialiter, & in consequentiam, tamquam majus includens minus. Unde qui actum habet, si iter stipuletur, dicitur nihil agere, *l. Qui usumfructum 98. inf. De verb. oblig.* quòd iter sit pars accessoria actus, à quo tamen abesse potest. *l. 4. §. 1. inf. tit. 5.* Vnde etiam actum habens vindicare iter per se nequit. Via enim iter & actum, tamquam partes essentiales, complectitur:

stitus: ut viam habens iter & actum, tamquam partes, vindicare possit. Duaren. 1. *disput.* 31. & Cujac. *ad Institut. hoc titul.* Est præterea & hæc differentia, quod viæ latitudo sit definita per legem XII. Tabb. ut in porrectum pedes octo habeat, in anfractum, id est ubi flexum, sedecim, ad facilitatem vertendorum vehiculorum, *l. via* 8. *hoc t.* Posset tamen & minus spatium adsignari, modò sit, quo vehiculum duci possit, *l. Via* 23. *hoc tit.* Actus & Itineris latitudo non est lege definita sed per partes demonstranda: per quas si nihil dictum, ab arbitro statuenda, *l. Certo* 13. §. 1. & 2. *h. t.* Deinde actus esse potest, etsi tantum jumentum agi, non etiam vehiculum duci queat, ut apparet ex definitione Actus, in qua ponitur, *jus agendi jumentum vel vehiculum*, ut habet *l. si tam* 13 *sup. t.* 1. Denique Via dat commoditatem lapidem trahendi, hastam rectam ferendi, illæsis tamen fructibus, cujus contrarium est in in actu, quod talia non fiant gratiâ eundi & agendi, *l. 7.*

5 *hoc tit.* * Dicta non sunt accipienda de viis publicis, per quas cuilibet suo jure ire, commeare licet, & dicuntur Basilicæ, Prætoriæ, Consulares, Militares; sed de privatis, quæ Agrariæ dicuntur, quod sint in agris, quibus est imposita servitus, ut ad agrum alterius ducant. Vicinales vias, quæ in vicis sunt, vel ad vicos ducunt, publicis rectè adnumeraveris, nisi ex collatione privatorum sint constitutæ, *l. 2. §. viam inf. Ne quid in loco publ.*

6 Quarta, Aquæductus *d. l.* 1. Sunt autem Aquarum plura genera, uti aqua Profluens: Perennis, quæ semper fluit: Torrens, quæ æstate siccatur: Pluvia, quæ de cœlo cadit: Viva, qualem habent fontes, & dicitur Fontana, *l. 1. §. 1. infra de fonte*, quæ dicitur nasci ex fonte, *l. 1. §. caput infra de aqua quotid.* Quotidiana, quâ quis assiduè uti potest: Æstiva, quâ æstate sola uti expedit, *d. l.* 1 *§.* 1. & *seqq.* Diurna, quæ interdiu: Nocturna, quæ noctu ducitur, *l. si communem* 10. *inf. tit.* 6. Sunt & aquæ salientes, quæ ex tubulis & fistulis erumpunt: calidæ item & frigidæ *d. l.* 1. *§. idem Labeo.*

7 * Est autem Aquæductus jus aquæ ducendæ iter fundum alienum canalibus fistulis, rivis, tubis, & similibus, ex ponte puteove aut castello. Quod hac in materia accipitur pro receptaculo sive conceptaculo aquarum; veteres dividiculum appellabant, ut tradit Briss. *Verbo Castellum*, quod inde erogationibus fistularum in suum quisque fundum aquam divisam duceret. Ejus est mentio in *l. Fistula* 19. *supr. t.* 2. & in *l. Fistulas* 78.

8 *inf. de contrah. empt.* * Accipe autem aquam manantem talem, cujus caussa sit perpetua, unde ea quæ machinis quibusdam, uti rotâ, tympano, aut simili organo hydraulico venit tollenda, & in castellum immittenda, non est talis, ut servitus ei imponi possit; *l. 2. infra titul.* 4. Cujus rei duas, adducit rationes Cujac. *Recit. ad l.* 2. & *l.* 3. *Obser. cap.* 28. Prior est, quod vix sit, ut prædia aquâ tantâ indigeant, ut adhiberi machinas oporteat: non possit autem servitus ultra, quam ad fundum opus est, constitui, *l. 5. in fine h. t.* Altera, quod non habeat ea res caussam perpetuam. Prior ratio minùs commoda, posterior verò bona: quam aliqui suæ inventioni attribuentes, aut videntur non legisse Cujacium, aut non intellexisse, sive gloriolam aliquam captasse. Ratio rationis est, quod constent istæ machinæ ex opere manuum, quod perpetuam non ponit caussam, *l. Foramen* 28. *sup. t.* 2. ut ipso jure non constituatur talis servitus. Conventio tamen ejusmodi Prætoris tuitione defendenda, ex rescripto Antonini, *d. l.* 2. cum & hodie ex quocunque loco servitutem constitui posse habeat *l. si servus* 18. *h. t.* dicitur & aqua educi sulco *l. is qui* 29. *h. t.*

9 Quinta, Aquæ haustus dat jus aquæ hauriendæ ex fonte puteove alieno, quatenus est prædii. *l. si mihi* 20. *in fine h. t.* Adscribuntur & his Adpulsus pecoris ad aquam; Pascendi pecoris in pascuis alienis *l. 3. in princ. h. t.* Arenæ fodiendæ, Calcis coquendæ Cretæ eximendæ, & similes, quarum non est usus, nisi iis, quibus prædia sunt rustica: nam si urbana, spectabunt ad servitutem urbanam. Erunt & personales, si personæ debeantur *l. 1. §. permiserunt inf. de aqua quotid.* quæ cum persona extinguuntur, nec ad hæredem transibunt. *l. 4. h. titul.*

10 De Navigandi jure per lacum perpetuum alterius, non est dubium, quin sit servitus rustica, si debeatur prædio rustico, *l. Via* 23. §. 2. *hoc tit.* Potest etiam esse urbana, si prædio urbano debeatur: imo & personalis, si homini id jus sit constitutum. Quæ eadem & obtinent in aliis servitutibus, *l. penult. hoc tit.* spectanda enim intentio concedentis & finis.

11 * Unde quod in *l. Pomum* 8. *supra t.* 1. dicitur ut decerpere pomum liceat spatiari, cœnare in alieno, non posse imponi servitutem prædio, accipiendum est de prædiali, ex eo, quod prædialis debeatur prædiis, quorum caussa sit melior, sive de præsenti sive de futuro: ex dicto autem jura nulla utilitas accedat prædio, nec accessura sit.

12 Sed Quæsitum, an saltem sit personalis hujusmodi servitus? Negat Cujac. 24. *Obser. cap.* 22. qui vult quidem istam conventionem & similem servan-

servandam, *l. Venditor inf. t. 4.* non tamen tamquam personalem servitutem, quòd nec usui nec fructui sit ejusmodi facultas. Videtur tamen servitutem personalem ponere, quòd onus aliquod fundo contra libertatem ejus imponatur, scilicet ut aliquid patiatur vicinus in suo fundo, qui tamen facultatem imponit, *l. Quoties 15. sup. t. 1.* Deinde vindicare potest is, cui debetur ista facultas, *l. 5. in princ. h. t.* Videtur & interdictum competere, *l. 1. §. praterea inf. De aqua quotid.* quòd non est illi, cui tantùm est jus personale. Nihil facit ratio Cujacii; cùm & amœnitas & delectatio non spectet ad utilitatem, secundùm dicta *Tit. 1.* & prospectus quid aliud contineat, quàm amœnitatem ac delectationem. Facit *l. pen. h. t.* ubi cui concessus personalis rei usus, dicitur quasi usuarius. l. ongovall. *ad l. Imperium c. 1. nu. 11. De jurisdict.*

ADDITAMENTA.

Additt. 3. De Servitutibus rusticorum prædiorum.

A*D n. IV.* In Servitute Actus, Iter continetur, non quoad servitutem, sed quoad commoditatem. Anton. Fabet. 1. *Conject. ult.* Arum. *Exerc. 5. ad Inst. th. 5.* Baec. *ad §. 1. Inst. h. t. n. 1.*

Si itineris Viæve servitus, sine ulla determinatione partis fundi, constituta sit, cujus erit electio? vid. Donell. 11. *Comm. 13. &* Arum. *Exerc. 5. th. 17.* Treutl. *vol. 1. disp. 17. thes. 7. lit. b. & l. tit. Comm. præd. n. 10.*

Prædium intermedium, impedire servitutem, in casu quodam docet Surd. *decis. 177. vid. l. tit. Comm. præd. n. 19.*

Ad n. VI. Aquam quæ nascitur in suo, an possit quis divertere, in præjudicium vicini inferioris, in cujus prædium illa descendit. vid. ap. Tessar. *decis. 245.*

Q. An Dominus prædii servientis, possit loca, in quibus debet alteri servitutem pascendi, mutare & reducere ad culturam, invito domino prædii dominantis. vid. eleg. Schneidvv. *ad princ. tit. de Servit. urban. & rustic. n. 33. & seqq.* Berlich. 2. *concl. 49.*

Qualiter inter se differant, Jura compascuorum, vulgò Koppelweide / & servitutes pascendi. vid. Coppen *decis. 12.*

Consuetudo pascendi animalia in fundo alieno an valeat, & quanto tempore, ejusmodi Jus præscribatur. vid. Crayett. *Consil. 4.*

De Jure pascendi vid. Herm. Gœdd. *Consil. 73.* Matth. Berlich. 2. *concl. 49.* Myns. *cent. 4. obs. 53.* Surd. *decis. mant. 236.* Wes. *Consil. 18.* Nic. Eberh. Jun. 1. *Cons. 39. & 2. Cons. 33.*

TITULUS IV.

Communia prædiorum tam Urbanorum, quàm Rusticorum.

SUMMARIUM.

1. *Servitutes omnes sunt incorporales, & iisdem modis constituuntur.*
2. *Non constituuntur sine prædiis.*
3. *Omnes habent caussam continuam & perpetuam.*
4. *Non constituuntur ex tempore & ad tempus, vel sub conditione.*
5. *Alia caussa est dominii ac possessionis.*
6. *Promissio servitutis recipit conditionem vel tempus.*
7. *Servitus rectè constituitur sub modo.*
8. *Servitutes omnes individuæ.*
9. *Servitus ad partem prædii constitui potest.*
10. *Servitute simpliciter constitutâ per quem sit determinanda via.*
11. *In legatis electio est penes hæredem.*
12. *Servitutibus omnibus est certus usus.*
13. *Et concessa intelliguntur omnia necessaria ad usus.*

14. Serv-

14. *Servitus circa unam rem pluribus constitui potest.*
15. *In omnibus servitutibus patitur is, cujus prædium servit.*
16. *Servitutem habens opus novum nuntiare potest.*
17. *Servitus nulla imponitur locis sacris.*
18. *Differentia inter servitutes urbanas & rusticas.*
19. *Locus intermedius quatenus impediat servitutem.*
20. *Servitutes an pignori dari possint.*

1 POst utriusque Servitutis expositas species subjiciuntur hoc Tit. communia utrique generi, Et in primis Omnes sunt incorporales, cum ad jura spectent.

Secundò, Possunt constitui tam ultimâ voluntate quam actu inter vivos, *l. 16. h. t.*

2 Tertiò, Sine prædijs constitui non possunt à quibus & quibus debeantur *l. 1. §. 1. h. t.* quorum utilitatem concernunt. Unde & dicuntur prædiorum jura, & qualitates prædiis inhærentes, quorum possessione retinentur, & translatione transeunt, *l pen. §. 1. infra tit. 5.* Alciat. 2. *dispunct. cap.* 7 Donell. 11. *com. c.* 7.

3 Quartò, Omnes habent caussam continuam, etsi non omnes habeant continuam possessionem. Quod nihil movet cum ea res substantiam non concernat; *l. Servitutes 14 sup. t. 1.*

Quintò, Omnes habent & caussam perpetuam habitudine scilicet *l. Foramen 24 sup. tit. 2.* Quâ ratione non constituitur servitus super iis quæ opere manuum facta, quod eorum caussa non sit perpetua, sed super iis, quæ caussam habent naturalem, *d l. 28.* Naturæ enim ordo certus est. Don. 11 *com. c.* 3. Broneh. *cent.* 1. *ass.* 97.

4 Hinc ex tempore & ad tempus non constituuntur, neque sub conditione inchoativa sive inductiva, nec extinctiva, *l. 4. sup. tit. 1.* Quamvis Accurs. *ad d. l. 4.* & ibi Bart. *num. 1.* & alii velint sub inchoativa posse constitui, ad modum dominii, *l. Qui absenti 38 § 1 inf. De acquir. possess.* Verùm ut tradit D. Leoninus, *ad d. l. 4.* non potest dari idonea differentiæ ratio, quare potius sub inchoativa, quam extinctiva possit constitui, cum servitus sit qualitas, quæ accedit prædio, sicut aliæ qualitates, quæ ipso jure sunt perpetuæ. Ita ut, quemadmodum ipsa prædia non possunt esse in rerum natura pro parte, neque ad tempus, neque ex tempore, nec sub conditione considerari, ita nec servitutes, quæ imitantur fundi naturam, cujus qualitatem constituunt, & quidem perpetuam Donell. 11. *comment. c.* 9. Bronch. *cent.* 2. *ass.* 3

5 Non obstat *d l. 38. §. 1.* quia alia ratio servitutis, alia dominii, possessionis, aliarumque rerum, de quibus disponi potest sub conditione, vel aliàs, eo quod dispositio hujusmodi rerum per se stet, nec inducat qualitatem rerum ipsarum, vel affectionem aliquam iis inhærentem, ut faciunt servitutes.

6 Et hoc ita in constituenda servitute per traditionem, vel patientiam: nam promissioni vel obligationi, constituendæ servitutis conditionem aut tempus addi nihil implicat; uti Si navis ex Asia veniat, servitutem tuo prædio constituam, *l. Existimo 98. infra. De V. S.* Non obstat, quòd servitus precario dicatur dari, *l 3. infra De precar.* cujus tamen major est instabilitas, cum à mera concedentis dependeat voluntate. Nam ista *l 3.* non tam agitur de servitute concessa, quàm de facultate quadam personæ facta. Hæc ita de mero jure; nam æquitas & benigna interpretatio vult sustineri conventionem ex tempore, ad tempus, sub conditione, *dict. l. 4.* Quæ dicit per pacti vel doli exceptionem, occurri contra placita servitutem vindicanti, Quod & responsum in *l. 2. h t.* de aqua ex flumine per rotam vel aliud organum trahenda.

7 Modum adjici posse habet, *d. l. 4. § 1* ut quo genere vehiculi agatur, vel equo tantum, vel certum pondus vehatur, vel per intervalla dierum, temporum, interdiu, noctu, alternis diebus, *l. iter 14. § fin. cum l. seq. hoc tit.* quia modus nihil detrahit substantiæ servitutum nec perpetuæ earum caussæ, sed usum & exercitium certâ ratione moderatur. Pulchrè Coras. *ad d. l. 4. § modum* Fab. *ibid in Ration.*

8 Sextò, Sunt individuæ omnes: ut pro parte in obligationem deduci nequeant, acquiri, vel adimi, *l Pro parte 11. supra, tit. 1.* Nec enim pro parte uti servitute possumus; nam dum utimur pro solido utimur, cum non possimus pro parte ire, pro parte non ire, propterea quod servitutes qualificent prædium, ejusque utilitatem limitent ad usum & utilitatem prædii dominantis, quæ non fert, ut pro parte una tantùm eatur, non etiam pro altera, quippe quæ ita connexa priori, ut alteram inutilem sit habiturus, qui non potest uti utràque. Hinc est, quod in *l. 2. §. 1. inf De V. O.* dicantur servitutes non admittere divisionem, quod divisio faceret eas inutiles. Hinc unus sociorum non potest servitutem ædibus

bus communibus imponere, *l. 2. supra tit. 1.* Et hoc, quando res à pluribus pro indiviso possidetur, nam si partes divisæ sint, & regionibus distinctæ, unicuique parti servitus potest imponi, quia qualibet pars totum facit, *l. 6. § planè inf. t. 5.* Don. 12. *com. c. 9.* Broneh. *cent. 1. aff.* 100.

9 Ad partem prædii constitui servitutem nihil implicat, licet simpliciter constituta faciat per quamlibet fundi partem ire, agere licere, *l. Si cui 9 sup. t. 1.* Omnes enim glebæ dicuntur servire, *l. Certo 13 §. 1. sup. tit. 3.*

10 Ubi Quæritur, Per quem sit determinanda via, servitute simpliciter constitutâ? In contractibus posset videri electio esse penes debitorem, cui lex illam tribuit in generalibus & disjunctivis *l. Plerumque 10. inf. De jur. dot.* Videtur tamen responsum in *l. Si cui 9. sup. t. 1.* ei competere, cui cessa servitus, dum illi datur facultas eundi quâ velit fundi parte, civiliter tamen, id est intelligendum, minimo detrimento fundi. Cujus ratio videtur, quod interpretatio sit facienda contra eum, qui potuit legem dicere apertiùs, *l. Veteribus 39. supra De pactis.* Quòd si minus civilem modum elegerit creditor, videtur adhibendus arbiter, *d. l. 13. §. 2.* Cujac. *add l 9.* Non licet autem creditori semel electâ viâ variare, *d. l. 9.* quamvis debitori hoc videatur permissum, sine captione tamen creditoris *l 2. § penult. infra De religios. & sumpt. fun.*

11 In legatis est electio hæredis, *l. Si via 26. supra tit. 5.* quæ & facienda civiliter, id est sine incommodo legatarii. Et hoc quatenus servitus legata per damnationem: nam si per vindicationem, legatarii est eligere etiam civiliter, *arg. l. Si is 19. inf. De leg. 2.* Ratio differentiæ est in conjectura voluntatis testatoris, qui illo casu referendo verba ad ipsum hæredem, hæredi, hoc verò ad legatarium, eidem permisisse videtur electionem. Don. 11. *com. c. 13.* Charond. *ad l. Si cui 9. De servit. & 1. Verisim. c. 5.*

12 Septimò. Omnibus commune est, quod non possint extendi ulterius, quam usus & necessitas fundi dominantis exigit, *l 5 in fine supra titul. 3.* Unde ulteriùs non utetur, quia res ista ad usumfructum accederet. Ut rectè responderit Paulus, *in l. 1. qui 20 sup tit. 3.* nihil amplius, quàm quod ipsius fundi siccandi causâ derivaret, vicinum inferiorem recipere debere. Unde habens aquæductum vel haustum in alieno, non potest alteri eum cedere, *l Ex meo 24. sup. eod. t.* quia res ista usum excederet, nisi pactum vel stipulatio de hoc sit interposita, *l. Cum. centum sup. d. t. 3.* quia videtur servitus à prædii domino concessa.

13 Octavò, Servitute concessâ censentur omnia concessa, quæ ad ejus usum necessaria, *arg. l. 2. ff. De jurisd. & l. 10. §. 1. sup. De servit. urb præd.* Sic habenti haustum & aditus ad hauriendum competit, *l. 3. §. fin. de tit.*

14 Nonò, Circa rem unam pluribus servitus constitui potest, *l. Qui per certum 15. h. t.* Ita tamen ut ei, cui priùs constituta, non fiat præjudicium, *l. Per quem locum 14. t. praced.* neque enim alicui quæsita facultas est minuenda.

15 Decimò, Regularis omnium servitutum natura est, non ut aliquid faciatis, cujus prædium servit, sed ut patiatur tantùm eum, cui servitus debetur eâ uti, pro modo constitutionis, *l Quoties 15. supra titul. 1.* vel non facere quid, quo alius impediatur, ut altiùs non tollere. Excepta videtur servitus oneris ferendi, quæ obligat dominum fundi servientis, non tantum ad patientiam, sed & ad refectionem columnæ vel parietis ad onus sustinendum, *l. Eum 33. supra titul. 2.* Quod onus reale esse vel ex hoc probatur, quod dominus prædii servientis, ut evitet actionem, possit rem derelinquere, *d. l. Eum in fine* Verum in adsignanda ratione specialitatis laborant Interpp. Hotom. 2 *Resp. amicab. cap.* 17. Donell. 11. *com. cap 4. circa fin.* Joan. Superior. *qui plures citat. ad l 15 § servitutum sup de servit.*

Undecimò Competit pro omnibus actio confessoria & Negatoria, de quibus Tit. sequenti.

16 Duodecimò, Habens servitutem opus novum nunciare potest, *l unica §. jus infra De remissionib. l Inter 15 § fin. supra t. 2. & d. l. 6. § fin. inf. Si servit. vindic.* Quæ duæ leges posteriores cum loquantur de servitute urbana, putat Duar. 2. *Disp c.* 17. aliud juris esse circa rusticas, per *l. Qui viam 14. inf. De novi op. nunt.* Sed rectè Cujac. *add § fin & 10. Obs. c.* 17. Scribit novum opus nunciare posse eum, qui habet servitutem, vel rusticam vel urbanam, vicino tamen non etiam domino, per *d. l unic. § item Iulianus*, ubi eum dixerat, nomine servitutis posse nunciari novum opus, explicat hoc procedere contra vicinum, non etiam contra dominum. Alii aliter de hac re disserunt, Alciat. 3. *Par. c. 5.* Coras. 5. *misc. c. ult.* Ant. Fab. 9. *conject. c.* 5.

17 Postremò, Servitus nulla imponitur sacris locis, *l 4 h. t.* ubi dicitur, quod humani juris esse desiit, servitutem non recipere.

18 Sunt & inter has species suæ differentiæ, præterquam quod nomine, significatione, fine differant. Et Primò quidem, Quod urbanæ solùm non utendo non amittantur secus rusticæ, ut dicemus

cemus infrà *Titul. fin.* Secundò, Quod illæ habeant continuam possessionem, non hæ. * Tertiò, Quod in rusticis prædium intermedium liberum impediat servitutem, *l. 7. in fine & l. Tria 31. supra titul. 1.* Aliud obtinet in urbanis, quæ plerumque explicari possunt, etiamsi per prædium intermedium nihil fiat, quia liberum: uti in servitute altiùs tollendi, quæ potest deberi ædibus meis ab ædibus Titii, licet intermediæ sint ædes Mævii liberæ, depressæ tamen; eritque utilis, donec hic non extulerit suas ædes, *l. 4. in fine & l. 5. infra titul. 5.* Et hoc in casu, quo utrimque ædes sunt in conspectu, ut officere aliis possint. Nam si tantùm distent, ut circumspici vel aspici non possint, aut medius mons earum aspectum auferat, non valebit servitus, quia nulla ejus utilitas, *l. Si ædes 38. supra titul. 2.* Nemo enim, ut ait Paulus, servitutem propriis ædibus imponere potest, nisi & is, qui cedit, & cui ceditur, in conspectu habeat ædificia, ita ut officere alterum alteri possit. Quâ ex re iterum differentia colligitur inter urbanas & rusticas, quod in his prædia esse in conspectu nihil sit necesse, & possint impedimentum præstare; in illis oporteat in conspectu sint, ut præstent impedimentum. Et hæc ita in loco privato alieno intermedio. De publico ita jura decernunt, ut locus sacer, religiosus omnino impediat servitutem, *l. Servitus 14. §. fin. De servit.* quòd per talia loca nulla servitus deberi possit; solum verò publicum, vel via publica, neque itineris actus, altiùs tollendi impediat servitutem, *l. 1 supra tit. 2. & d. l. 14. §. publica.* Nisi fortè per servitutem cœlum, quod supra solum est, fiat minus liberum *d. l. 1.* uti per servitutem immittendi, projiciendi aut etiam via publica impediatur, ut per aquæ ductum, quia posset via publica corrumpi, ut licentiâ Principis opus sit, *d. l. 14. §. fin.* Vid Cæpol. *tract. de servit. urban præd. cap. 18. per tot.* Duar. *ad d. l. 14 §. fin.* Donell. *1t. com. cap. 2. per tot.* Flumen publicum intermedium, si pontem habeat, aut vado transiri possit; servitutem non impedit, secus, si tantùm pontonibus trajiciatur, *l. fin. sup. t. 3.* quod est genus navium trajiciendis fluminibus aptum. Ratio differentiæ est quod illo casu trajectus medii loci, sit semper paratus, non etiam hoc, quo usus servitutis non videtur perpetuus: quod tamen fallit in uno casu, de quo *d. l. fin.*

20 Denique in eo differentiam ponunt, Quod rusticæ possint pignorari, non urbanæ quam videntur adserere duo textus in *l. Si is qui 11. & l. Sed an via 12. inf. De pig.* quarum prior negat urbanâ servitutem pignori dari, altera affirmat rusticam pignori dari. Sed rectiùs dicetur neutras, ut tales, pignori dari, quòd ejus caussa non sit perpetua, commoditatem tamen earum pignori dari, secundùm *d. l. 12* quæ habet, conventionem, quâ, donec pecunia solvatur, utatur creditor servitute, si vicinum fundum habeat, etsi intra diem certum non solvatur vendere vicino liceat, propter utilitatem esse receptam. Quæ ratio etiam militat in urbanis, ut & decisio *d. l. 12.* in iis obtinere debeat, qua de re infrà, *ad tit. Quæ res pig. vel hypoth. oblig. non poss.* latiùs.

TITVLVS V.

Si Servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

SUMMARIUM.

1. *Confessoria & Negatoria actio ad quid competat.*
2. *Confessoria cui detur.*
3. *Plures domini in solidum singuli vindicant.*
4. *Plures debentes servitutem singuli in solidum tenentur.*
5. *Negatoria cui & adversus quem detur.*
6. *Datur utraque hæc actio & possidenti.*
7. *Intellectus §. eque vers. sanè Instit.* De actionib.
8. *Possidere confessoria quis dicatur.*
9. *In utramque actionem veniunt fructus.*

AD Vindicandam Servitutem tam rusticam 1 quàm urbanam Confessoria competit, quâ quis contendit & adserit fundo suo à vicino fundo servitutem deberi. Est & alia huic contraria, scilicet Negatoria, quâ quis adserit libertatem sui fundi. * Illa datur domino vicini prædii, *l. 2. in pr. 2 & §. 1. h. t.* directa leil. utilis etiam non domino datur. Creditori, fructuario datur quidem interdictum, non tamen Confessoria. Ratio est quia hæc tantùm datur de jure agenti, quod non est fructuario; illud verò de facto, an quis itinere usus sit, *l. 2. § fin. h. t.* Contra alterius prædii dominum, & contra quemcumque, qui servitutem impedit, *l. Si quis 10. §. 1. h. t.* * Et quidem plures do- 3 mini si fuerint fundi dominantis, singuli solidam servitutem vindicant, non partem; nam servitus non dividitur, *l. 6. § si ædes h. t.* Unius autem vi-

ctoria alteri prodeſt, quòd ſententia non perſonæ, ſed prædio dicatur. Ut non obſtet regula, quæ habet, alteri per alterum non quæri, cum hic non tam quæratur alteri ſervitus, quàm acquiſita per ſententiam declaretur. In æſtimatione tamen ejus quod intereſt tantum ratio ejus, quanti intereſt actoris, non quanti omnium, ha-

4 betur, *l. 4. § fundus h. t.* * Si plures domini fuerint, qui debent ſervitutem, in ſingulos eſt actio in ſolidum, quia ſervitutes individuæ *d. l. 4. § ſed ſi duorum & d. l. 6. §. ſi ædes h. t.* Ubi excipitur uſusfructus, quia dividuus & ſervitus oneris ferendi, ſi eam plures debeant: ſinguli enim pro parte conveniendi, ut reficiant, quia æſtimatio refectionis eſt dividua. Ita autem hæc actio competit, quatenus vicinus altius tollendo vicino nocet. Unde ſi fortè mediæ ædes libertæ ſublatæ fuerint, non antè in eum, cujus ædes ſerviunt, ſi ſublatæ fuerint, actio erit, quàm mediæ ædes fuerint depoſitæ, quia tunc renata eſt actio *l. 6. in princ. h. t.*

5 Negatoria datur domino prædii, quod adſeritur liberum, *l. 2. in pr. h. t.* Contra eum, qui adſerit ſervitutem ſuo prædio deberi, & contra quemcumque, cujus reſpectu ædes meæ ſunt liberæ, etſi alteri ſervitutem debeant, *l. 4. § pen. h. t.*

6 Utrique actioni commune eſt. Primò: Quòd detur non ſolùm nõ poſſidenti, ſed & poſſidenti, *d. l. 6. §. 1.* Ita fiet, ut unus ſit petitor & poſſeſſor: cujus contrarium obtinet in vindicatione rerum corporalium, in quibus ſufficit, quòd quis poſſideat. In ſervitutibus autem non fruſtrà negat poſſeſſor vicino jus eſſe. Ratio differentiæ eſt, quòd agendo debeat quis de ſuo jure contendere, quod conſequi poteſt: in incorporalibus autem poſſeſſor, negando alteri jus eſſe, non firmat ſuum jus, quia etſi res non ſit adverſarii, non tamen ideo noſtra. In ſervitutibus verò agens negatoria jus ſe licet vicino non eſſe, de jure ſuo agit, de ſui ſcilicet prædii libertate, quam conſequitur excluſione adverſarii: probato enim, adverſario jus non eſſe, ſequitur ejus reſpectu fun-

7 dum eſſe liberum, *l. 1. ſup. Si uſusfr. petat.* * Huc referendum eſt, quod habetur *Inſt. De actionib. §. æquè verſ. Sanè, uno caſu, qui poſſidet, actoris partes ſuſtinet,* Ubi rectiùs legendũ, *Sanè hoc caſu,* cum Cujacio, ut referatur ad ſervitutes, de quibus

8 proximè actum erat. * Poſſidere in Confeſſoria is dicitur, qui tigna immiſſa habet, aut eſt in exercitio alicujus ſervitutis: in Negatoria, ſi tigna non ſint immiſſa aut exercitium ſervitutis non ſit vicino, *l. Sicut 8. §. ſed ſi h. t. l. Servitutes 19. ſup. t. 2.*

9 Secundò conveniunt, Quòd in utramque veniant fructus, *l. 4. §. 2. l. 6. § fin. hoc tit.* id eſt intereſſe, ſive utilitas, quam petitor, in actione confeſſoria habere potuiſſet ſi agere non prohiberetur, in negatoria, quam habuiſſet petitor, ſi adverſarius non uteretur ſervitute. Tertiò, Quòd utroque in judicio non ſolum veniat res præſtanda, ſed etiam officio judicis veniat præſtanda cautio de non imminuendo aut prohibendo jus victoris, *l. 7. & l. Egi 12. h. t.*

TITVLVS VI.

Quemadmodum Servitus amittatur.

SVMMARIVM.

1. *Servitutes prædiorum morte domini non pereunt.*
2. *Pereunt Confuſione.*
3. *Remiſſione.*
4. *Rei Interitu.*
5. *Tempore aut conditione eveniente.*
6. *Reſoluto jure concedentis.*
7. *Non utendo.*
8. *Diſtinctio hoc in caſu inter ſervitutes urbanas & ruſticas.*
9. *An bona fides eo caſu deſideretur.*
10. *Non uti quis dicendus.*

1 PRædiorum ſervitutes etſi natura ſua ſint perpetuæ, variis tamen caſibus amittuntur, & quidem iiſdem pœnè modis, quibus uſusfructus: præterquam quòd morte naturali aut civili ipſius domini non pereant, *leg. 3. hoc tit.* eò quòd non tam à perſona quam à prædijs, dependeant. * Pereunt Primò, Confuſione, ſi idem

2 utriuſque prædii, & dominantis & ſervientis, dominus eſſe cœperit, *l. 1. h. t.* Cujus ratio conſiſtit in regula, quæ habet, quòd nemo ſibi ipſi ſervitutem debeat, *l. Quidquid 1. ſup. tit. 4.* Et hoc, ſi in ſolidum accedat vicinum prædium: nam ſi pro parte tantùm, ſervitus pro parte retinetur, *l. Ut pomum 8. §. 1. ſup. tit. 1.* Unde fiet, ut ſi poſtea alterum prædium vendatur, liberum ecoleatur vendi, niſi nominatim ſervitus imponatur, *l. Si quis ædes 10. ſup. tit. 2.* Si confuſio contigerit per aditionem hæreditatis, illa venditâ in priſtinum ſtatum ſervitus reſtituenda per emptorem, *l. Si ei 8. ſup.*

& sup. tit. 4. quia emptor est loco heredis, & venditori jus suum pristinum debet esse salvum, *l.* 2. §. *cumque inf. De hæred. vendita.*

3 Secundò, Remissione eaque verbis declarata, vel facto: ut quando quis patitur in fundo serviente quid à vicino fieri, quo impeditur servitus, *l.* 8. *h. t.* Cujus ratio consistit in regula, Nihil esse tam naturale quam unumquodque eo modo dissolvi, quo colligatum est. *l. Nihil* 35. *de R. I.*

4 Tertiò, Rei interitu, *l. si locus* 14. *h. t.* Quòd si res redeat, aut restituatur, strictò quidem jure manet extincta servitus, vult tamen benignitas, ut ea sit salva priori domino, ejusque patientiam dominus fundi servientis præstare debeat, *l. Servitutes* 20. §. 2 *sup tit.* 2. *& l. Vnus* §. *fin. cum l seq. sup. tit.* 3.

5 Quartò, Si concessa sit sub tempore aut conditione: nam licet ad tempus ipso jure non constituatur, quòd perpetua ejus debeat esse caussa, uti dictum, vult tamen æquitas, ut eam vindicanti contra placitum obstet exceptio. *l.* 4. *sup. tit.* 1.

6 Quintò, Resoluto jure concedentis: ut, si heres fundo legato sub conditione imposuerit servitutem, existente conditione extinguatur servitus necesse est, *l. Is cui* §. *fin. h. t.* quia nemo plus juris in alium transferr, quam ipse habet.

7 Sextò. Non utendo per annos decem inter præsentes, viginti inter absentes. Et hoc non tantum jure novo, sed & antiquo obtinuit, quo ante legem Scriboniam longo tempore libertas quærebatur, quæ non tam sublata per legem Scriboniam, quam approbata, *l.* 4 §. *fin. inf. De usucap.* Quod si temporis intervallo sit distincta servitus, ut tantùm alternis annis aut mensibus debeatur, duplicato tempore admittitur, *l.* 7 *h. t.* Si singulis quinquenniis tantùm semel iter sit concessum, ut quia fortè per singula lustra semel sylva cædatur, per quatuor quinquennia non utendo, iter amitti statutum *l fin. De serv.* Si alternis diebus, vel horis, vel una etiam hora debeatur in die, aut etiam noctu tantum, extinguetur non duplicato tempore, sed ordinario, *d. l.* 7. eo quod talis servitus videatur quotidiana.

8 Est autem hac in re ponenda differentia inter urbanas & rusticas servitutes, quòd hæ per simplicem non usum amittantur, ut sufficiat sola cessatio ejus, cui debentur, etsi ille, qui debet, nihil agat: illæ verò solo non usu non pereant, sed requiratur factum aliquod domini servientis prædii, ut qui debito tempore foramen, cui tignum immittendum erat, obturatum habuit, aut altiùs ædificatum, luminibus officiendo, aut aliàs, *l.* 6. *sup. t.* 1. Ratio differentiæ est; quòd rusticæ consistant in facto ejus, cui debentur, quo cessante ponitur non usus: urbanæ verò in ædificiis, quarum ideo possessio videtur durare, donec ædificia sunt adaptata servituti *d. l.* 6. *in fine.*

9 Ubi Quæsitum, An requiratur bona fides? Quòd attinet ad rusticas, non videtur desiderari, cùm in iis non requiratur factum aliquod servientis domini, sed sufficiat sola negligentia non utentis Ut nihil obstet, quòd Canones requirant bonam fidem: nam intelligendi in casu, quo intervenit factum aliquod ejus, qui præscribit. Ut in urbanis omnino bona fides desideretur, quia indigent facto usucapientis, uti dictum. Vid. Bald. *De præscript.* 3 *p.* 4 *partis quæst.* 3.

10 Cæterum non uti dicendus, qui omninò non utitur, sive per se, sive per alium: nam & per alium eundo retinemus servitutem, ut socium, fructuarium, possessorem, *l.* 6. *h. t.* etiam prædonem, *l. Qui fundum* 12. *h. t.* Satis enim est, quòd fundi nomine sit itum, *d. l.* 6. sive justè, sive injustè. Non censetur etiam uti, qui utitur quidem, sed alio modò, quàm concessum: ut si is, cui noctu datum ducere aquam, interdiu duxerit: nocturnum enim ductum amisit, *l si Communem* 10. §. 1. *l. si quis* 18. *h. t.* Si tamen duobus diverso tempore aqua sit permissa, & illi horas permutent, etsi videantur non uti suo tempore, retinent tamen aquam quia alter pro altero uti videtur, *l.* 5. *in fine inf De aqua quotid.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 6. *Quemadmodum servitus amittatur.*

Ad *n. VII.* Iter Sepulchro debitum, non utendo nunquam amittitur, inquit Paul *in l.* 4. *h. t.* ratio ejus obscura est, putat Cujac. religionis favore id constitutum, quæ posset confirmari ex Fornej. 1, *Select.* 9. Quod Donell neg. 11, *comm uli* per *l.* 14, §. 1, *de Servit.* Quocirca ipse hanc reddit, quod videlicet natura non patiatur, ut eo itinere, semper & perpetuò uti queamus &c. ut hoc d. loco latiùs explicat. Videatur Tre. t. *vol.* 1. *disp* 17. *th.* 17. *lit. b.* Arum. *disp.* 9. *ad Pand. th fin.*

FINIS LIBRI OCTAVI.

HENRICI ZOESII J.C.
IN LIBRUM NONUM.
DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

Si Quadrupes Pauperiem fecisse dicatur.

SUMMARIUM.

1. *Pauperies quid.*
2. *Actio de Pauperie cui & contra quem detur.*
3. *Ad quid detur.*
4. *Quando illi locus sit.*
5. *Obtinet quoque, si canis pauperiem det.*
6. *Actio Ædilitia de pauperie.*
7. *Actio de Pastu.*
8. *Animal damnum dans an jure includatur.*

Noxales actiones licet sint Personales, naturam tamen Realium imitantur, cùm sicut in illis, ita & in his ad exhibendum agatur. Sunt autem aliæ civiles, aliæ Prætoriæ. Hoc Tit. primò agitur de actione de Pauperie, quam 1 quadrupes dedit, inducta per Legem XII. Tabb.* Pauperies propriè vocatur damnum datum sine injuria facientis, ratione carentis, *Instit. eod. in pr.* Nulla enim injuria dici potest nisi à consilio profecta. Quadrupedis nomine veniunt pecudes, quæ gregatim pascuntur, non etiam aliæ bestiæ, 2 uti canes, ursi & similes. *l. 1. §. in bestiis h. t.* * Ut hæc actio directa competat in casu, quo pauperies data per pecudem, uti Bovem, Ovem, Capram, Equum, Asinum, Mulam, etiam Suem, *l. 2. in fine h. t.* Et quidem ipsi domino, cui damnum datum, cujus interest, ut commodatario, fulloni, *d. l. 2.* etiam hæredi & successori, *d. l. 1. § fin.* quia est rei persecutoria. Contra eum, cujus est quadrupes, quę damnum dedit, eo tempore, quo agitur. *l. 1 §. & cum*, quia Noxa caput sequitur. Unde si ante litem cœptam animal decesserit, extincta erit actio. *d. l. 1. §. plane.* Si post litem cœptam occisum ab alio fuerit, dominus litis æstimationem offerre debet; nisi malit actionem legis aquiliæ sibi quæsitam contra eum, qui occidere mandarit, cedere, *d. l. 1. § pen.*

3 Datur ad hoc, ut Noxa, id est, damnum sive æstimatio præstetur, aut quadrupes noxæ dedatur, *d. l. 1. in princ.* etiam in casu, quo liber homo vulneratus: nisi quod deformitatis non sit habenda ratio, *l. 3. h. t.* quia liberum corpus non æstimatur. Quod in mare admittunt, non etiam in fœmina cui deformitas illata per cicatricem est damnosa ut etiam reparationem desideret, Gomez. 3 *Var.* *r. 6. n. 12.* Venit & interdum tantum æstimatio, si dominus falsò quadrupedem suam esse negaverit, *d. l. 1 §. Interdum*, idque caussâ mendacii.

4 Non aliàs autem huic actioni locus est, quàm si animal contra naturalem feritatem commotum damnum dederit, ut si Equus calce percusserit, Bos cornu petierit, *d. l. 1. § itaque*, Quo modo hæc actio cessabit, si propter loci iniquitatem, aut plus justo oneratum, aut etiam per alium irritatum damnum dederit, eritque locus Aquiliæ contra eum, qui in culpa. Quod si alia quadrupes aliam incitaverit, quæ damnum dedit, ejus, quæ incitavit nomine agendum, *d. l. 1.*

§. ult.

§. etsi alia. Si duo animalia committendo unum alterum occiderit, & id quod aggressum perierit cessat actio; si verò aliud, quod provocatum, in dominum ejus actio est, *d.l.1. §. Cum arietes*. Dicitur, si contra naturalem feritatem, nam si secundùm illam actio cessat, quia cum quisque eam præsciat, cavendum ei est, qui si incautus lædatur, imputet sibi. Quod & dicendum, si dominus signo aliquo feritatis præter naturam admoneat occurrentes, quò spectat illud Horatii, *lib. 1. Satyra 4.*

—— *Fœnum habet in cornu, longè fuge.*

5 De pauperie agit tantùm hæc lex, quæ data per pecudem. Videtur tamen & obtinere, si canis pauperiem det, *d.l.1. § sed et si canis*, de quo Pesulonia lege cautum esse ait Paulus, *2. sentent tit. 15.* ubi Cujac. pro *Pesulonia*, legendum censet *Solonia*, quod per Solonem ea de re cautum sit. Et generaliter utilis actio dicitur competere, si aliud quodvis animal dicatur nocuisse, *l. 4 h. t.*

6 Præter actionem de Pauperie ex L. XII. Tabb. cautum & idem Ædilitio edicto, ne quis Canem Verrem, Aprum, aliudve animal solutum vel ligatum ibi habeat, quà vulgò itur. Contra factum si fuerit, & liber homo perierit, in ducentos solidos, si illi nocitum, quanti æquum judici videbitur, in tantùm condemnatur reus: cæterarum rerum nomine duplum venit, *§. finali instit eod. & l. Hi 40 cum seqq inf. De Ædil. edicto.* Domi habens canem vinctum, qui fortè intrantem læsit, extra hanc actionem est, *l. 2. in fin. h. t.* quia intranti erat cavendum, quòd communiter canes custodiendæ tabernæ caussâ habeantur. Concurrit autem hæc actio ædilitia cum ea, quæ est de pauperie, ita ut una aliam non consumat: nam, ut ait Imp. *in § fin Instit. eod.* & Ulp. *l penult. inf. De obligat. & actionib.* numquam actiones pœnales de eadem re concurrentes, aliæ alias consumunt, qua de re infrà, *d. tit. De oblig. & act.* ubi videatur Du ren *cap. 7* & Cujac. 8. *Obs c. 24.*

7 Est & actio de Pastu, quæ actione superiore non concluditur, cùm agatur de damno dato per pecudem, secundùm naturam sui generis Habet locum, quando animal aliena pascua depascitur. Ubi injuriosa magis est depastio, quæ fit ex proposito, domino immittente animal, quàm quæ per accidens; & quæ revulsis septi claustris, quàm non revulsis est que domino damnum restituendum, & injuria reparanda. Ubi æstimatio non referenda ad præsentem fundi statum, sed inspicitur lucrum, quod sperabatur futurum, *l. 3. in fine h. t.* Sic si animal frumentum alienum, quod in herbis erat, depastum sit, & corruperit, non herbæ præsentis, sed grani, quod sperabatur, æstimatio fiet. Vid. Menoch. 2. *Arbitr. casu 49. n. 21.* Licere animal expellere non est dubium, non tamen eâ vehementiâ, ut lædatur. *l. Quintus 39. l. Boves 53, inf. tit. seq.* Binsf. *ad cap. 4. qu. 2. concl. 5, ✠ De injur.*

8 Ubi Quæritur, An jure quis includat animal, donec damnum reparetur? Videtur id negare *d. l. Quintus 39. §. 1.* ubi dicitur non jure includi, sed dominus monendus, ut animal suum recipiat. Quod accipiendum in casu, quo dominus est notus: nam aliàs jure includi posse videtur, juris sui conservandi caussâ, cujus persecutio aliàs incerta, Bart. *in l. Prætor. §. si dominus inf. De damno infecto.* Comparenti tamen domino & damnum emendare parato restituendum pecus. Plerisque in locis consuetudo permittit simpliciter includi, & retineri, donec damnum emendetur, quæ nititur auctoritate Neratii, in *l. Rates 8. inf. De incendio & l. Hoc amplius 9. §. Neratius inf. De damno inf.* ubi permittitur in simili casu retentio. Vide Costal. *ad d. l. 39* Binsfeld. *d. q. 2. concl. 4.* In principis pascuis hoc singulare, quòd animal inventum in iis fisco pro noxa cedat, *l. 1. Cod. De fund. & saltib. domin. lib. 11.*

Hæc ita, nisi temporibus certis in alieno pecus pascere licere habeat consuetudo, uti post collectos fructus, aut etiam si contingat agrum quiescere, uti in aliquibus locis, quale tempus vocatur mortuum, quo nulla fit injuria domino: qui tamen hoc ipsum impedire poterit, si ipse velit uti. Idem obtinet in pascuis communibus, ubi tamen servandum erit moderamen quoad immittendam pecudum multitudinem, & servanda consuetudo loci.

ADDITAMENTA.

Ad lib. 9. ff. tit. 1. Si quadrupes pauper. fecisse dicatur.

Ad n. III. Hodie noxae deditio non usurpatur, sed pauperies aestimatur arbitrio Judicis, ut ex ordinat. Imp. c. 130. notat Wes. *h. t. n. 6.* & Treutl. *vol. 1. disp. 8. th. 2. lit. F.*

Ad n. VII. Custodes condemnantur de damno facto in herbis per animalia. Vivius *decis.* 280. ubi id ampliat etiam in animalibus Ecclesiae, & Ecclesiasticarum personarum, simulque tradit, quomodo damnum datum per animalia, in segetibus, in herbis existentibus sit aestimandum. Adde Schneidvv. *ad pr Inst. De servit. num. 40.*

Pascua qui venenant, igne comburuntur. Carpz. *p. 4. Constit. 18. def. 1.*

Ad n. VIII. De pignorationibus, an & quando ex Jure civili, consuetudinariove licitae sint? Vid. eleg. Schvvanm. *in diff. I. C. & Cam. diff. 51. per tot. ubi num. 1, 2, 3, & 4.* elegantia de hac ipsa quaestione tradit.

De hac materia vide Vigel. *in M. I. R. lib. 5. c. 10. reg. 60.* Oldendorp. *Class. 6. act. 13. fol. 988. & seqq.* Althus. Dicaeol. *lib. 1. c. fin. latius* Schneidvv. *ad §. Inst. si quadrupes paup. fecisse dicatur.*

TITVLVS II.

Ad Legem Aquiliam.

SVMMARIVM.

1. *Actio L. Aquilia mixtam caussam continet.*
2. *Primo capite hujus legis agitur de cade servi aut quadrupedis.*
3. *Alterum desiit jam olim esse in usu.*
4. *Tertium ad caetera damna pertinet.*
5. *Actio haec quando locum habeat.*
6. *An & in foro conscientiae.*
7. *An & damnum veniat omittendo datum.*
8. *Gravius delictum in committendo, quàm in omittendo.*
9. *Actio L. Aquilia an detur & ob levissimam culpam, contra naturam contractus.*
10. *Non tenetur de damno dato furiosus & infans*
11. *Non etiam dormiens.*
12. *Ebrius an & quatenus teneatur.*
13. *Casus quatenus excuset.*
14. *Excusatur & qui jure permittente quid agit.*
15. *Rerum defensio quatenus licita.*
16. *Aedes vicini intercidens incendii à se avertendi caussa an teneatur.*
17. *Actio ex hac lege triplex.*
18. *Datur & haeredibus.*
19. *Adversus quem detur.*
20. *An & contra mandatarium.*
21. *Plures percutientes quatenus teneantur hac lege.*
22. *An lethaliter ab alio vulneratum occidens teneatur de occiso.*
23. *In haeredem rei haec actio non datur.*
24. *Quid veniat in hanc actionem.*
25. *Quid aestimandum veniat.*
26. *Haereditatis servo relicta praestanda aestimatio.*
27. *Intellectus* l. Pretia 63. ff. Ad L. Falcidiam.
28. *Cum actione L. Aquilia quae actiones concurrant.*

Est & Actio de Damno per Injuriam dato juris civilis, inducta per Aquilium Tribunum plebis, unde & Legis Aquiliae dicitur, *l. 1. h. t.* Mixtam caussam continet, rem scil. & poenam, *§ ex maleficiis Inst. De Actionib.* & ad privata delicta potius spectat, ut patet *Inst. eod.* Habet tamen affinitatem cum realibus, quòd earum exemplo detur domino, in dominum, & possessorem. [1]

Hujus Legis tria Capita olim fuere. Primo agitur de caede servi, aut quadrupedis, quae est loco pecudis, & gregatim pascitur, veluti Oves, Boves, Caprae, Equi, Muli, Asini & Sues, Elephanti & Cameli, *l. 2. §. 2 h. t.* Quòd istae quadrupedes servis exaequentur, est, quòd maximè serviant rei familiari. Quomodo caedes contigerit, non disputa- [2]

l.7.§ 1.h.t. unde & servum aut quadrupedem fame necans tenetur *l pen h t.*

3 Secundùm Caput in desuetudinem abiit, & quid eo aut de quo cautum fuerit, incertum putat Cujac. *hic in Parat.* de quavis alia ratione damni dati, citra læsionem rei, eo cautum fuisse, ut de intercepta nobis utilitate.

4 Tertium Caput, præter hominem & pecudem occisos, ad cætera damna quomodolibet data, urendo, scindendo, rumpendo, perdendo, miscendo, aut aliàs pertinet, *l. Si servus 27. §. tertio autem & seqq h.t.* Competit interdum etiam re illæsa in factum, ut dicetur infra.

5 Ut huic Legi locus sit, necesse est damnum datum sit injuria, cum passim dicatur Actio damni injuriæ, sive injuriâ dati. Ubi nomen *injuriæ* non accipitur pro contumelia, sed pro eo, quod factum non jure, & contra jus. Ut hac actione non tantum vindicetur damnum datum culpâ latâ, aut levi, *l 5. §. 1. hoc tit.* sed & levissima *l. In lege Aquilia 44. hoc tit.* etiamsi desit injuriæ animus, *l. 5. §. final hoc titul.* ubi in castigando discipulum docendi caussâ modum excedens tenetur hac lege: uti & per lusum damnum dans, *l. Item si 29. hoc titul.* Quod & dici potest de marito in castigatione uxoris modum excedente, *d. §. final. l. 4. in fine hoc titul.* Varios modos, quibus damnum hoc dari contingit, videre est hic, uti putando arbores prope viam publicam, dando medicamentum, percutiendo, equitando & similibus.

6 Quæri hic posset, An *d. l. 44.* decisio obtineat in foro conscientiæ? Negat Innoc. *ad cap. Sicut 6. num. 3. X De homicid.* qui vult sufficere eo nomine pœnitentiam agi. Cujus dictum tamquam singulare approbat Abbas *in c. 1. num 11. X De const. ut.* Jason. *ad §. sed ista n 130. Instit. De action.* Cagnol. *In l. Quod à quoquam 45 n. 6. D. R. L.* Ex ratione, quod sit pœna, quæ non debetur in foro conscientiæ ante sententiam. Verùm rectè Covar. *De matrim. cap. 6. §. 8. num. 17.* addit istam regulam procedere in casu, quo est mera pœna; non etiam quando pœna à lege civili inducta est ratione damni dati, de cujus reparatione agitur, ut in *d. l. 44.* quod cum legis civilis justæ decisio obliget in foro conscientiæ etiam ante sententiam Nav. in *Man. c. 23, n. 8.*

7 Alia Quæstio est, an damnum ejusmodi tam consideretur in omittendo quam committendo? Volunt qui tunc utilem subsistere eam competere. Pro quibus facere videtur *l. 8. & l. Si servus 27. § si fornicarius hoc titul* ubi etiam per omissionem & negligentiam damnum datum culpæ adscribitur; & vindicatur hac lege. Contra tamen responsum ab Ulpiano, in *l. Si cujus 13. §. De præteritis supra De usufructu*, ubi qui agrum non proscindit, vites non subserit, aquarum ductus corrumpi patitur, dicitur non teneri hac lege. Nec est, quod ejus legis generalitas restringatur ad actionem utilem, cum quoad effectum nihil inter utilem & directam intersit. Et facit, quod non fuisset necesse secundum jurisconsultum ibi prætorem aliam actionem istis casibus polliceri.

8 Facit &, quod gravius censeatur delictum in committendo, quam in omittendo, ut egregiè deducit D. Thom. *2. 2. qu. 79. art. 4.* & Tiraq. *de jure constitutin. 18.* Qua de caussa non succurritur minoribus in committendo. *l. Auxilium §. in delictis sup. de min.* quibus tamen in omittendo succurritur, *l. 1 C. Si advers. delict.* Hinc Covarr. *d. l. num. 17.* tradit, propter levissimam in omittendo culpam non teneri quemquam in foro conscientiæ.

Non obstant loca allegata, propterea quod in iis omissio non minorem injuriam contineat non faciendo quod est faciendum, atque faciendo quod non est faciendum. Nam in *d. §. si fornicarius* agitur de servo, cujus erat immittere ignem & illum custodire, qui permittendo alium immittere, juris interpretatione habetur, ac si immisisset ipse *l. 1. §. dejecisse inf de vi & vi arm.* quia autem revera non immisit, sed tantùm interpretativè dicitur teneri utili hac actione.

Quantùm ad *dict. l. 8.* in ea non agitur de nuda omissione, sed de facto concurrente, cum Medicus ibi curam susceptam deserens, mortis caussam præbuerit, *l. 3. inf. De his quæ ut indign.* quod est occidere, *l. Nihil 15. inf. Ad L. Corn. De sicar.* Quod de mulione habetur *d. l. 8.* omnino referendum ad culpam in committendo: siquidem affectare id, in quo intelligere debebat suam infirmitatem alteri futuram periculosam ad commissionem spectet, non etiam ad omissionem Barb. *ad l. Si morà 10. n. 33 inf. Soluto matrim.*

9 Quæritur etiam hic, An, si secundùm naturam contractus non sit actio nisi ex levi culpa, possit tamen Aquilia agi ratione levissimæ culpæ? negat Covarr. *dict §. 8 n. 18* & ante eum Caballinus in *Tract. De eo quod interest n. 180.* qui volunt non aliam culpam vindicandam, quam quæ vindicatur pro natura contractus, accipientes *d. l. 45.* non pro regula universali, nec generaliter, sed solùm pro capacitate actionis, quod scil. actio Legis Aquiliæ dari possit ob levissimam culpam, dummodo materia subjecta sit ad hoc

disposita. Contrarium tamen videtur colligi ex *l. 5. §. fin. h. t.* ubi dubitat J.C an sit locus actioni locati; agi tamen lege Aquilia non dubitat. Facit ad idem *l. Domum 46. in princ. infra Locati*, ubi si conductori domus servi locantis damnum dederint, non est actio locati, sed tantum noxalis: quidni & similiter locus esse potest legi Aquiliæ, etsi ex contractu non sit actio? Ratio est, quod istæ actiones oriantur ex diversis principiis; cum ex contractu detur actio, propter partium conventionem, ex lege autem Aquilia propter bonum publicum, ad puniendum factum ejus, qui damnum dedit Barb. *d. loco n. 31. & seqq.*

10 Tantum itaque injuria damnum datum hac actione vindicatur. Ut extra eam sit casu potius quam consilio damnum dans, cujus defectus facit deesse injuriam. Hine excusatur Furiosus, Infans, *l. 5. §. 2. hoc titul.* ille fati infelicitate, quæ enim culpa in eo, qui non est suæ mentis? hic consilii innocentia *l. Infans 12. inf. Ad L. Corn De sicar.* Idem dicendum in impubere; nam & hunc consilii inopia excusat, nisi tamen injuriæ sit capax, ⁑ *De delict. puer*, * Videtur & Dormiens de damno dato non teneri, *arg. Clem. 1. De homicid.* nisi tamen damnum in caussa provisum sit, uti quia scivit se dormientem surgere, & obvia quæque violare; quia non occurrendo isti malo videtur damnum fieri non sine culpa. Titaq. *De pœnis caussa 5. n. 10.* * Damnum ab Ebriis datum à judicis conscientia metiendum, cum usu compertum sit, plerosque adsuetudine vini judicio non privari, sed rem suam non rarò bene agere. Ut non semper indulgendum sit vinosæ excusationi, si post vinum in noxam inciderint; sed videndum, an judicium illis constiterit, quod ponet culpam, & huic legi obnoxios reddet, uti & Lege Corn. de sicariis; & indistinctè obnoxius erit quisque prasciens, se madidum vino ad damna infligenda pronum, nihilominus sibi indulget; nam non deest culpa. Carolus V. Gloriosissimæ Memoriæ Imperat. sanxit, in delictis non excusare ebrietatem: ut nec excusabit à damno, quod vindicat hæc lex.

13 Excusat & Casus, quia provideri non potuit, *l. Quæ fortuitis 6. C. De pignorat. act.* nisi tamen culpa præcedens non auferat omnino voluntarium, *c. un. ⁑ De commodato.* Hinc Titium saxo petens, si fortè occurrentem Cajum lædat, non excusatur, quia in culpa est saxum jaciendo *l. Scientiam 45. §. pen. hoc titul.* Putator similiter prope viam, quà vulgò iter ramos dejiciens, non proclamando tenetur, quia licet casu contigerit damnum transeunti, culpa tamen præcessit in eo, quod non proclamaverit, aut non tempestivè. *l. Si Putator 31. hoc tit.* ubi eicitur secus obtinere, si iter vulgò non sit. Ratio differentiæ est, quia illo casu potuit cogitasse quempiam transiturum, non hoc. Si tamen transeuntem quem videns, ramum dejecerit, ex dolo tenebitur, *d. l. 31.* Excusat & casus eum, qui in campo jaculatorio se exercens, transeuntem occidit, quia hic incautè per campū transivit, ille suo jure usus est, nisi data opera in transeuntem jaculatus fuerit, *l. item 9. §. fin. hoc tit.* Sic & extra hanc legem sunt, qui ludentes loco destinato ad ludendum, pila tonsoris manum percusserunt, & per hoc adacto cultello, servi, quem tonsor ibi tondebat, gula sit præcisa, quia illi suo jure utebantur, hic verò in culpa erat ibi tondendo. Contra dicendum, si ibi ex consuetudine non luderetur, *l. 11. item Mela 11. in pr. h. t.*

14 Excusatur etiam, qui jure permittente quid agit. Exemplum est in *l. Qui occidit 30. h. t.* ubi servum alienum adulterem deprehensum occidens, non tenetur, quia id licitum lege Julia. Exemplum etiam in *l. 4. 5. Scientiam 45. §. qui cum aliter h. t.* ubi insidiatorem vitæ occidens hac lege non tenetur, eò quod sui defensio à natura cuilibet sit permissa, *l. 3 sup. de just. & jure* quatenus servatur moderamen inculpatæ tutelæ & injuria non potest aliter evitari, eaque tanta est, ut cum tali nocumento possit propulsari. Excessus culpam ponet.

15 Ubi Quæsitum, An sit licita rerum defensio cum cæde servi? Distinguitur *l. 4 in fine hoc tit.* inter furem nocturnum & diurnum, quod ille licitè occidatur, hic non aliàs, quam si telo se defendat Idem habet *cap 3. ⁑ De homicidio* Cujus ratio est, quod, quando noctu venit, agatur etiam personæ periculum; quod si desit non videtur impunè occidi, *l. Furem 9 inf. Ad L. Corn de sicar.* de die autem non sit periculum, nisi telo se defendat. Verum ista distinctione non obstante, probabilius est, integrum cuique esse, rem familiarem, modo sit alicujus momenti, defendere contra invasorem, si alias eam salvam habere non possit. Quò facit decisio *c. Olim ⁑ De restit. spoliat. c. 6. De sent excomm. in 6.* ubi defensio rerum permissa etiam Clericis. Et facit ratio, quod res ad conservandam vitam necessariæ eodem jure censeri debeant quo vita ipsa. Nec facit distinctio inter nocturnum & diurnum furem; nam illa bene inspecta permittit bonorum defensionem; nam fur non potest videri aliàs telo se defendere, quam contra dominum res suas defendentem.

fendentem, & furem arcentem. Bald in *l.1.C. Unde vi*, Clarus *§. Homicidium num.21. & 27.* Latiùs hac de re infra *de tit. Ad L. Corn. De sicariis.*

16 Huc venit alia resolvenda Quæstio, An vicini ædes intercidens, incendii à suis avertendi caussa, teneatur ad damnum? Videtur non teneri, secundùm, *l Si quis 44. in fine h.t.* quòd nulla subsit injuria, cùm res ea spectet ad ædium suarum defensionem, jure permissam, *l.3. §. quod ait Prætor inf. De incendio.* Quod Bart. in *l. Si alius §. est & alia inf. Quod vi aut clam*, ita accipit, si ignis ædes vicinas jam attigerat, per textum in *d. §. est & alia*: & ex ratione, quòd non possit videri damnum datum ædibus certò perituris. Damnum autem erit, si destruantur, antequam ignis eo pervenerit: unde isto casu dat actionem in simplum. Rectè tamen istum §. intellexeris in casu, quo id factum temerariò, ut ex textu patet: ut contra dicendum sit, si justus metus caussaverit vicinarum ædium destructionem, cum non solum præsentem vim submovere liceat, sed & impendentem. Aliqui volunt damnum resarciendum esse à vicinis, Gail. 2. *obser. cap. 22. num. 5.* Peck. *ad l. 2. ff. Ad L. Rhod.* Stracha *De mercat. tract. De nautis & navib. p. 5. §. sed nec est numer. 2. per l. 1. & 2. infra Ad leg. Rhod.* ubi succurritur ei, cujus res missæ sunt per alios, quorum res salvæ. Verum alia est istarum legum ratio: nam ideo reliqui tenentur, quod omnium rerum erat æquale periculum: ut non magis unius res fuerit mittenda quam alterius atque ideo ei, cujus res missa aliàs salvas fecit, succurritur.

17 Ex hac lege triplex est Actio. Directa, ex verbis legis descendens, quando corpus corpore læsum, Utilis, ex mente, quando corpus quidem læsum, sed sine corpore, ut si quis suadeat servo, ut arborem ascendat, in puteum descendat, qui eadem læsus est: In Factum prætoria, quando sine læsione corporis damnum datum. Exempla sunt *Instit. eod §. fin.* Datur ei, cujus servus aut pecus occisa, aut deterior facta. Utilis etiam non domino accommodatur, uti emphyteutæ bonæ fidei possessori, fructuario, usuario, creditori nomine pignoris. *l. Item Mela 11. h.t. l. Si dominus 17. l. Qui occidit 30. hoc tit.*

18 Q. An & hæredibus competat? Posset videri non competere, quòd injuriarum actio hæredi non detur. Verùm hoc procedit in illa, quæ meram vindictam persequitur, *Instit. De perpet. & tempor. act.* hæc autem lex persequitur etiam id quod abest; ut hæredi non veniat deneganda ejus actio.

Constituitur adversus eum, qui damnum de 19 dit, sive per se, sive per alium suo mandato. *l. Liber 37. h.t.* cùm mandans ipse fecisse videatur.

Q. An & contra mandatarium eo casu sit 20 actio? Distinguitur in *d.l.37.* an mandans habuerit jus imperandi, nec ne; ut illo casu teneatur tantum mandans, hoc etiam mandatarius. Ratio differentiæ est, quòd illo casu necessitas parendi excludat culpam in mandatario, *l. Is damnum 169. De R.I.* idque in non atrocibus: nã alias nec mandatario esset factum impunitũ, *l. Ad ea 157. De R.I.* Hoc verò casu nihil est, quod sublevet mandatarium, *Glos. 1. in fine d.l.37.* Cagnol. *n.5. & seqq.* Decius *ad l. 4. n 7. De R.I.* Servus si damnum dederit, sine mandato domini, tenetur tamen dominus, *l. Si servus 27. §. Proculus h.t.* qui tamen noxæ dando se liberat, ut dicetur infra Tit. finali. Æquè autem ex cæde servi quis tenetur, si ex vulnere obierit: non etiamsi suâ incuria, *d.l.30. §. 2.* Competit etiam in eum, qui fatetur se damnum dedisse, licet non dederit, propter confessionem *arg. l. Qui solet 45. sup. De petit. hæred.* modò damnum appareat, quod omnino necesse est, *l. inde 23. §. fin. l. 24. & 25. h.t.* nam aliàs nihil subest, quod æstimari possit.

Quid si plures percusserint? Responsum in *l.* 21 *fin. inf. Ad L. Corn. de sicar.* ictus singulorum considerandos esse; si non appareat, omnes de occiso teneri, *d.l. Item Mela 11. § sed plures l. Ita vulneratus 51. h.t.* quòd cum de damno constet, & omnes concurrerint, nec facilè constitui possit, cui damnum sit imputandum, ne alicui delictum sit impunitum, constitutum omnes teneri, ita suadente publica utilitate, quæ subtili rationi disputandi & stricto juri præfertur, *d.l.51. in fine.* Ita ut ab uno ex pluribus soluta pœna alios non sublevet, *d.l.11. §. si plures*, cùm agatur de delicto quod puniendum in singulorum delinquentium personis.

Disputatum inter Celsum & Julianum, An le- 22 taliter ab alio vulneratum occidens teneatur hac lege de occiso? Ille in *d.l.11. § Celsus* tantùm de vulnerato vult teneri priorem; hic in *d.l.51. in princ.* utrumque teneri Aquilia vult de occiso; subjuncta ratione, quod dicatur occidisse non tantum qui ita vulnerat, ut continuò vitâ priver, verùm etiam, ex cujus vulnere certum est aliquem vita excessurum. Cujacius putat per Julianum reprehendi Celsi sententiam in *d.l.51.* in verbis, *Quod si quis absurdè à nobis hæc constitui putaverit, cogitet longè absurdiùs constitui, neutrum lege Aquiliâ teneri aut alterum potius, cum*

neque impunita maleficia esse oporteat, *nec facilè constitui possit, uter lege teneatur*, scilicet de occiso. Rectiùs videtur hæc pugna conciliari, distinguendo inter vulnus mortiferum, quod vel tale, ut quis certò ex eo moriturus sit; vel tale, ex quo mors quidem sequi posset, non tamen necessariò: nam & hoc mortiferum dicitur, respectu periculi quod caussat vulneris qualitas. Priori casu uterque hac lege tenetur, secundùm *d.l.51. in pr.* ubi verba, *ut maturiùs interficeretur, quàm ex priore vulnere moriturus fuerat*, præsupponunt vulnus omnino letale fuisse, ut uterque mereatur pœnam primi capis legis Aquiliæ. Quò facit, quòd in *c. Significasti 18.* ✠ *De homic.* in casu, quo vulnus est letale, non tantùm posterior sed & prior incurrat irregularitatem. Posteriori verò casu prior tantùm tenetur de vulnerato, ex tertio capite, quia incertum erat, an vulnus tale fuerit, quòd necessariò caussasset mortem, *d. §. Celsus & l. Huic scripturæ 18. § 1. hoc tit.* in verbis, *non est passa ruina apparere an sit occisus*, hoc est an vulnus à priore illatum fuerit letale. Cujus ratio est, quòd in pœnalibus leges sint proniores ad absolvendum, quàm ad condemnandum: Covarr. *ad Clement. Si furiosus p. 2. §. 1. n. 2. 4.*

23 ¶ In hæredem rei hæc actio non datur, quia est pœnalis, *l. Inde 23. § hanc actionem h. tit.* cùm præter id, quod abest, etiam pœnam persequatur: pœnalis autem in hæredem non detur; *l. Pupillum 111. in fine De R. I.* nisi vel locupletior factus sit damno actoris; quia non est æquum, alieno scelere ditari hæredem, *l. un. C. Ex delictis defunct.* aut lis contestata sit cum defuncto, *d. l. un.* quia per contestationem quasi per novationem obligatio ex delicto in eam, quæ est quasi ex contractu, transfunditur, *l. 1. §. idem scribit inf. De peculio*, quæ ligat hæredem. Quæ ita procedunt, etiamsi in hac actione contingat amplius non peti, quàm quod abest; ex eo, quod naturâ suâ sit pœnalis, & non veniat inspiciendum, quod fit per accidens: ut rectè *Inst. eod. §. his autem* dicatur *quæ transitura fuisset, si lis numquam ultra damnum æstimaretur*.

24 ¶ Venit in hanc actionem damnum datum: quod æstimatur non tantùm quanti plurimi res fuit tempore læsionis, sed quanti plurimi toto anno retrò à læsione, quantum ad primum caput legis Aquiliæ; triginta verò diebus retro tantùm in ceteris damnis, ex tertio capite hujus legis, *Instit. eod. § his verbis*. In simplum est in confitentem, in duplum verò in temerè inficiantem, ad

25 mendacium ejus puniendum, *l. 2. §. 1. h. t.* ¶ In æstimationem venit non tantùm corpus ipsum, sed id omne, quod extrinsecus interest, ut expensæ in Medicos, operæ cessantes, *l. Ait lex 21. in fine h. t.* Quod verbis quidem legis non continetur, sed interpretatione inductum; *Instit. eod. §. illud*, habetque rationem, ne quis culpâ alterius damnum subeat. Ut omnis caussa corpori cohærens veniat æstimanda, *d. l. 21 in fine & l. Proinde 22 h. t.* Ubi etiam venit id, quod nomine occisi stipulatori præstitit ob servum suâ die non traditum, & propter unum ex Comœdis aut Symphoniacis, aut gemellis, aut quadriga occisum; ejus quoque ratio haberi debet, quo reliqui depretiati.

26 ¶ Et in *d. l. 23. §. 1.* hæreditatis servo relictæ venit præstanda æstimatio, quòd ea absit domino per cædem servi; si tamen post mortem testatoris sit occisus, quia tunc jus ad adeundum est apertum. Quod & dicendum, si domino sit relicta hæreditas, si servum manumiserit; quia propter servum occisum deficit conditio, atque ita interest, *d. l. 23. §. 2.* Sin vivo testatore occidatur servus, nulla hæreditatis nomine domino est actio, *d. §. 2.* nam ut ea competat, oportet sit spes certa, quæ vivo testatore non est certa; cui liberum mutare voluntatem. Hinc nomine damni dati circa retia in mari jacta, aut posita in sylvis, non venit æstimatio piscium, aut quadrupedum, aut avium, quia incertum est, an caperentur, *l. Quemadmodum 29. §. item Labeo h. t.*

27 Videtur dictis obstare *l. Pretia 63. inf. Ad L. Falcid.* ubi non pluris dicitur æstimandus servus instituturus hæres, etiam testatore mortuo quòd multa possint contingere, ut hæreditatem non adeat. Verùm iste textus spectat ad legem Falcidiam, in qua inspicitur id, quod jam habetur, idque in æstimationem venit; ad diminuendam Falcidiam, ut patet ex isto textu, non etiam quod haberi potest: in hac verò lege etiam id, quod haberi potest, etiamsi non habeatur, inspicitur, idque propter delictum, quod facit interpretationem ampliorem sumi in odium delinquentis. Non obstat etiam *l. Si sterilis 21 §. cum per venditorem inf. De action. empti*, cum neget tantùm venire, id, quod est remotum, & incertum; an veniet; hic autem satis est certum, esse venturum.

28 Ceterum cum hac actione & aliæ concurrunt, ut communi dividundo, pigneratitia, depositi, locati, furti, rapinæ, injuriarum de sicariis, ut videre est passim *hoc tit.* Non tamen utrâque agendum, cùm si unâ quis egerit, judicis officii sit, ut altera omittatur, *l. Si magister 25. §. culpa l. Si vulneraverit 43. inf. Locati.* Si tamen in omissa

actione

actione quid plus fuerit, hoc per eam petetur, *l. Qui servum* 34. *in princ. inf. De oblig. & act.* ubi postquam injuriatum est actum, potest lege Aquilia agi in id, quod amplius est. Sic nec per actionem legis Aquiliæ præjudicium fit legi Corneliæ, *d.l.* 23, §. *si dolo.* Nec impeditur, qui ex tertio capite egit, agere ex primo: nihil tamen amplius postea consequetur, quam si ab initio egisset ex primo de occiso, *l. si vulnerata* 46, *cum l. seq. h.t.* Non obstat, quod dicitur in *l. Interdum inf. De publ judic.* præjudicium fieri publico judicio per actionem legis Aquiliæ, & similem: hoc enim non quasi privato proposito publicum esset, sed quò facilius & expeditius publicum procedat. Ut præjudicium fieri ibi sit, ex judicio civili, quod prius finitum, sumi exemplum & argumentum, quod judices in criminali sequantur, non etiam impediri actionem criminalem.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 2. Ad L. Aquiliam.

AD *n. XI. & XII* Vid. disputationem meam de injuriis, *concl.* 11 12, & quos ibi allegavi: Adde Reink. in Reg. Secul. & Eccles. *l.* 1, *Class.* 1, *c.* 8, *n.* 33, 34, 35, *& seq.* Treutl. *vol.* 1. *disp.* 30, *th.* 5, *lit. A.* Wendel. in Ethec. *pag* 602, Ludov. Gilhaus. de arbot. Jud. Crim n *cap.* 5, *ramusc.* 3, *de Except. n.* 115. *& seq.* Besold. *in thes. Pract. verb.* Trunckenheit/zutrincken/ 2c. Schwanm. *obs. Cam.* 25, *n.* 8, *&* 9, ubi habet elegantia de Ebrietate vitanda, &c. R. A. *de anno* 1500. *& de anno* 1512. *de anno* 1530. *t.* 48, *&* 1577, ubi sub gravi pœna immoderata bibendi consuetudo reprobatur, & interdicitur, &c. quos Recess. Imp. allegat. Weh *in obs Pract. verb.* zutrincken/ ubi eleg. huc pertinentia adducit. Et Menoch. *de arbitr. Cas.* 316, Berlich. *part* 4, *concl.* 1, *n.* 93 *& seq.*

Ad n. XIV. Defensio necessaria quæ dicatur vid. Gail. 1. *de P. P. cap* 16, *nu.* 5. Et in quibus consistat moderamen inculpatæ tutelæ. Arum. *disp.* 3. *ad Pand. th.* 2. *&* 3. Schot. in Exam. Juris. *p.* 310. Gail. 2. *obs.* 110. *n.* 3.

Ad n. XVI Incendii materia, quæ aliàs ampla & intricata est, per quinque capita præcipua succinctè explicatur à Mynsi. *cent.* 6 *obs.* 88.

An pharmacopola ipse teneatur, si minister venena ex errore præbeat ei, qui medicamentū petit? vid. Consil. Altorff *Consil.* 31 *& seq.* qui allegat Besold. *in thes. Pract. verb.* Apothecker 2c. ubi habet formulam Juramenti Pharmacopulorum.

An in hac actione in considerationem veniant cicatrices & dolores: Et quæ sub verbo Abtrag contineantur. vid. Gail. 2 *de P. P. c.* 2. *n.* 9 Besold. *in thes. Pract. verb.* Abtrag 2c. *ibiq. alleg.*

TITULUS III.

De his, qui dejecerint, vel effuderint.

SUMMARIUM.

1. *Actio de Effuso & Dejecto gravior actione L. Aquilia.*
2. *Caussa hujus actionis.*
3. *In quem vel quos detur.*
4. *Datur in inhabitantem, licet ipse non effuderit.*
5. *In patremfam. nomine filiifamilias.*
6. *Perpetua est hac actio.*
7. *Actio de suspenso.*

1 ACtio de Effuso & Dejecto, à Prætore inducta, superiori est similis, quod de damno dato agat: in eo tamen gravior, quòd hæc in duplum teneatur damnum dans, effundendo, dejiciendo, etiam citra infitiationem. Si liber homo occisus fuerit, quinquaginta aureorum judicium dat Prætor: si nocitum tantùm, ob eam rem, quantum judici æquum videbitur, tanti judicium dat in reum, *l.* 1. *in princ. h.t.* habitâ ratione, non ipsius corporis, quod liberum nullam recipit æstimationem, sed impensarum in curationem, & operarum, quibus caruit, & cariturus.

2 Huic Edicto caussam dedit publica utilitas, interest enim publicè sine metu pertransire publica commeatu. Ut tantùm compereat in casu, quo dejicitur, aut effunditur quid ibi, quà vulgò iter, sive locus sit privatus, sive publicus, *d.l.* 1, §. *parvi.*

3 Datur in eum, qui inhabitat ædes, ex quarum cœnaculo, vel fenestris effusum, dejectum, *d.l.* 1

in princ. Si plures in eodem cœnaculo habitent, in quemvis hæc actio est, d. l. 1. in fine, eo quod nesciatur, quis dejecerit, aut effuderit; & quidem in solidum. Si tamen cum uno per actum fuerit, cum aliis non agendum, concesso tantùm regressu ei, cum quo actum, contra alios, pro rata damni, quod luit, l. 2. 3. 4 hoc t.

Nihil obstat l. Item 11. §. sed si plures sup. t. 2. ubi unius solutio alios non liberat: nam ita in lege Aquilia, in qva agitur de delicto plurium, qvi omnes puniendi: hic autem tantùm agitur de delicto unius, qui cùm ignoretur, uno electo, non potest agi contra reliquos, quia damnum per unum est reparatum.

4 Quod autē teneatur inhabitans, etsi non effuderit, dejecerit est, quòd sit in culpa, non prohibens effundi, dejici, vel admittens tales, qui effundunt, dejiciunt. Condemnatus tamen inhabitans contra dejicientem, effundentem habeat actionem in factum, l. 5. § cum autem h. t. 5 * Paterfam. tenetur nomine filiifamilias secum habitantis, non etiam seorsim, quia tunc nulla patris culpa, Inst. De oblig. quasi ex delicto §. si filiusfamilias. Tenetur & servi nomine dominus, qui tamen & potest noxæ dedere. A. l. 1 in pr. * Perpetua hæc actio 6 dicitur d. l. 5 §. hac autem h t. quòd rem, quę duplo inest, persequatur. Datur hæredi, non etiam in hæredem, cujus respectu est pœnalis, uti & eo casu, quo liber homo periit, eritque tunc annalis, d §. hac autem.

7 Altera Edicti pars est de eo, quod quis Suspensum aut positum habet supra locum, qua vulgò iter, quod cadens damnum dare posset. Pœna est decem aureorum, etiamsi non ecciderit, aut lapsum damnum non dederit. Ratio est, quòd utile sit per itinera sine metu commeari. Servi factum luit dominus, aut noxæ dat, d. l 5. §. praterea. Et hoc ita de eo, quod periculosè est positum: nam si ita firmum fixumque, ut cadere, nequeat, cessat actio, quia cessat culpa d. l. 5. §. Prator. ait. Hæredi hæc actio, non in hæredem, quia pœnalis est, d. l. 5. § fin.

ADDITAMENTA.

Addit. 3. De his qui dejecerint vel effuderint.

AD n. III. Effundens, & per hoc vestes transeuntis lædens, quâ pœna puniatur? Vid. Schneidvv. ad §. item is Inst. de oblig. q. ex q. delict. nasc. n. 8.

Ad n. VII. An liceat habere viridaria, vel herbas in ollis ante fenestras. Vid. Scho prox. cit. loc. n. 12.

TITVLVS IV.

De Noxalibus Actionibus.

SVMMARIVM.

1. *Noxia & Noxa quid?*
2. *Noxalis Actiones unde competant.*
3. *Ad quid dentur.*
4. *Deditio Noxa quid operetur.*
5. *Ductio servi similis deditioni.*
6. *Dominus ex delicto servi quatenus teneatur.*
7. *Alienato servo quis conveniendus.*
8. *Sciente domino damnum datum ipse luit.*
9. *Noxa deditio an amittatur per litis contestationem*
10. *Noxalis actio quibus casibus cesset,*
11. *An competat & in bona fides possessorem.*
12. *Olim & in liberis hominibus noxa deditio locum habuit.*]

1 NOxales Actiones oriuntur ex servorum delictis, quibus Noxia est data, id est, damnum, ex qua caussa dicuntur noxæ dedi. Quo nomine venit corpus quod nocuit, interdum etiam pœna. Confunduntur tamen à Jurisconsultis nostris ista duo vocabula. * Non competunt hæ noxales 2 nisi ex privatis servorum delictis, non in servos, sed dominos. Publica delicta ipsum auctorem tenent, cùm alieno nomine aliquem in corpore puniri non ferat ratio. * Ad hoc, ut dominus litis 3 æstimationem, id est damnum datum resarciat: cui tamen permissum noxæ deditione defungi, Inst eod & l. 1. h t ex ratione, ne servi nequitia ultra ipsius corpus domino sit damnosa. * Deditionis istius effectus est, quòd servus exemptus 4 potestate priori domini, ei, cui nocuit, potestati subjatur: qui si pecuniâ damnum resarcierit,

tit, utroque domino invito, manumittitur, Prætoris auxilio, §. *si dominus Inst. eod.* Ratio est, quòd neutri fiat injuria: non priori, quia dimisit: non posteriori, quia damno reparato nihil habet, quod ampliùs desideret. * Noxæ deditioni similis est ductio servi ex Prætoris jussu, si nemo eum defendat: nam & ejus quæritur dominum, *l. Electio 26 in fine h. t.*

Ita autem dominus tenetur, quatenus servus in ejus dominio permanet: ut etiam teneatur, si fortè commodatus sit, aut pignori datus, quia res ea non mutat dominium, si facultatem repetendi habeat, id est pecuniam paratam, quâ redimat servum, *l. si servus 22. h. t.* * Alienato servo non pristinus, sed novus dominus convenietur, quia noxa caput sequitur. Nisi prior dominus dolo fecerit, quo minùs eum in potestate haberet. quò casu electio est actoris, agat in eum, qui dolo fecit, quò minùs possideret, vel in novum dominum, aut etiam in servum manumissum *l. De illo 24. 25. & 26. h. t.* Cessante dolo, in manumissum est actio directa ad litis æstimationem *l. 6. h. t.* cùm seipsum nemo dedere possit ad pœnam. Ut isto casu noxalis in directam mutetur: ita & è contra contingit directam mutari in noxalem, si is, qui liber nocuit postea servus fiat, §. *Omnis Inst. eod.* * Si sciente domino, & non prohibente, servus nocuerit, cessante noxali, tenetur in solidum dominus, quia ipse damnum dedisse videtur, *l 2 & 3. h. t.* Et hoc, si prohibere potuerit, nam aliàs est noxalis, *l 4. h. t.* * Electio noxæ dandi non amittitur per litis contestationem, nec per sententiam, *l. 1. h. t.* sed demum si intra tempus judicati, id est quadrimestre post sententiam non satisfiat: nam conventus electionem non habet, *l. Item 20. § idem resctipt. sup. De har. pet.*

Sunt & Casus, quibus noxalis omnino cessat. Ut si servus domino noxam dederit, §. *si servus Inst. eod.* nam cùm sit eadem cum domino persona, actio inter eos nequit *l. 4. sup. De judic.* quæ ne quidem alienato servo revivisceret, ex regula *l. Quæ ab initio 29 inf. De R. I.* Si post damnum alicui datum ejusdem potestati subjiciatur, quia devenit ad casum, in quo non consistit. Nec facit subsecuta alienatio, quia semel actio sublata *d. § si servus*. Nisi tamen venditus sit post litem contestatam, *l. si alienis 27. h. t.* tunc enim tenebitur venditor. Si in solidum contra dominum tamquam scientem actum fuerit, & is absolutis: consumpta enim censetur & altera actio, quòd res semel in judicium sit deducta, *l 4. §. fin. h. tit.* quamvis pendente judicio actori liceat mutare intentionem. Cessat denique omnis actio, mortuo servo ante judicium acceptum, *l. si plures 39. h. t.* nisi motam dominus fecerit in judicio accipiendo, *d. l. 2. § si is.*

Competit itaque hæc actio in dominum. An & in bonæ fidei possessorem? Posset videri non dari, quòd noxæ deditione nihil juris transeat in eum, cui damnum datum, cùm possessor dominium non habeat. Quo non obstante defungi eum qualicumque noxæ deditione responsum in *l. si noxale n. 27, & 28 h. t.* cùm idem ferè consequatur actor, ac si dominus fuisset factus, cùm si dominus servum vindicet, eum non offerentem æstimationem per exceptionem repellat. *d. l. 27, & 28* Atqui non tenetur Aquilia bonæ fidei possessor, *l. si servus 27. § sup. tit. 2.* ubi agi volunt de possessore, qui tempore judicii possidere desiit, quod est divinatorium. Dicendum, ideo negari possessorem teneri, quòd eum præstare æstimationem sit iniquum, & actoris servum renuit facere non possit: non tamen ibi negatur teneri eum jure suo cedere Cujac. *ad d. l. 18, per d. l. 27, & 28,*

Non ex servorum tantùm delictis, sed & liberorum olim fuit noxæ deditio: quam asperitatem in liberis respuendam duxit mitior conversatio, ut ait Justin. *Inst. eod. in fine*: quòd patet per corpus filii periclitetur. In supplicio enim filii torquetur pietas paterna, & præcipuè in filiabus, quarum periclitatur pudicitia. Quo modo cessante hac noxali, ipsi liberi pro suis delictis conveniuntur, & condemnatis iis actio est in patrem de peculio, quasi ex contractu, *leg. 3. §. idem scribit inf. De peculio.*

FINIS LIBRI NONI.

HEN-

HENRICI ZOESII J.C.
IN LIBRUM DECIMUM DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

Finium Regundorum.

SUMMARIUM.

1. *Actio Mixta, partim in rem, partim in personam.*
2. *Actio Finium regundorum ad quid competat.*
3. *Fines regere quid?*
4. *Actio hac habet locum in prædiis rusticis.*
5. *Fines sive spatium quinque pedum olim immune ab usucapione.*
6. *Actio directa quibus competat.*
7. *Super fundo communi inter socios non datur.*
8. *Officium judicis in hac actione.*

1 Sunt & ſimiles actionibus in rem illæ, quas Mixtas vocamus, quia partim ſunt in Rem & quidem principaliter, *l.1, hoc tit. & l.3, Cod. eod.* partim in Perſonam, ex conſequenti, ratione perſonalium præſtationum, quæ in eas veniunt. Cujac *in Parat. Cod. h. t.* Bronch. *cent.2 aſſ.10.* Bachov *ad Treutl. p.1. diſp.19. th.1. lit. H. Diſſ.* Donel *ad §. quadam 20. Inſt. de action.* aliter Ant. Fab. *conject. c.10.*

2 Prima hic proponitur Finium Regundorum, quâ agitur de finibus confuſis dirigendis, & determinandis inter confines. Stricti juris eſt, cùm fructus demum poſt litem conteſtatam veniant, *l.4 §.2 h. tit.* quod eſt actionum ſtricti juris: unde & inter actiones bonæ fidei non numeratur. *Inſt. De actionib.* 3 * Fines regere eſt terminos agrorum confuſos demonſtrare, *l.3, C. h. t.* quod fiebat per agri menſorem, de quo libro ſequenti. 4 * Habet locum in prædiis ruſticis tantùm, quæ confinia dicuntur: non in urbanis, quæ vocantur potiùs vicina, *l.4, §. pen. h. tit.* Fines hic indicant ſpatium quinque pedum inter confines agros ex Lege XII. Tab. relinquendum, ad commodiorem agrorum culturam, Alciat. *in com. ad d. l. quinque pedum.* 5 * Erat id olim uſucapio biennii, & ne quidem poſtea longo tempore uſucapi potuerunt, *l. pen. C. h. tit.* ſeu tantùm triginta annis acquiri, *l. fin. h. t.* ſi nimirum ultra quinque pedes lis moveatur de finibus terræ. Alciat. *ad l. quinque pedum* Cujac. *ad tit. C. De præſc. 30. vel 40 ann & ad l. 4, §. fin. D. De uſucap.* Fachin. 8. *contr. c.35.*

6 Dominis datur directa hæc actio, quaſi dominis utilis. Atque in hoc judicio cùm uterque actoris partes ſuſtineat, utriuſque eſt probare fines per vetera documenta, ſepes, foſſas, terminos, qui in poſtrema venditione fuere, *l.1 C. h. t.* niſi mutati fuerint dominorū conſenſu, qui ſervandi *l.2, C. eod. t.* Judicio pendente neuter quid uſurpabit ex fundo alterius: aliàs ereptor ſeparatus tantùm agri modum amittet, quantùm adimere, alteri tentavit, *l. 4, C. h. tit.* 7 * Super fundo communi inter ſocios hoc judicium non eſt, non tantùm in caſu, quo agitur ſolùm de fundo communi, cùm res ea ſit extra controverſiam, eo quòd nulli ſui fines, ſed etiam

ter ex sociis confinem habet, *l. 4. §. si communem h. tit.* Ratio est, quia aliquis contra se agere videretur, propter fundum confinem proprium, quod non est admissum. * Officio judicis incumbit fines probatos per agri mensorem distinguere *l. 8. h. t.* etiam parte absente per contumaciam, *l. 3 Cod. h. tit.* Mensor, si dolosè egisse convincatur, tenetur parti, *inf. Si mensor fals. mod. dix.* Si ita turbati sint fines agri, ut discerni nequeant, adjudicatione controversia finitur, habitâ ratione ejus, quod alterius interest, *l. 2 & 4. h. tit.* Fructus uti dictum, veniunt post litem contestatam. Est & actio criminalis in eos, qui terminos & fines movent, *inf. De termino moto*; & Lege x. I. Tabb. cautum, *Qui terminum exarassit, ipsius & boves ejus sacres sunto.*

ADDITAMENTA.

Ad lib. 10 ff. tit 1 finium regundorum &c.

Quomodo hæc actio à rei vindicatione distinguatur, vid Schot. *in Exam. Iurid. pag.* 321.

De probatione finium territorii, vid. Andr. Knichen. *de sublim. & Reg. territ. Iur. c. 3. in princ.* ubi multos allegat. Mascard, *conclus.* 392, *& seq.* Menoch. *Consil.* 147. Et idem *lib. 6 præs.* 143 144. Mynsi. *cent. 6. obs.* 25. 26.

Qualiter pronunciandum sit in controversiis finium, & quod sit ea in re Judicis officium. Mynsi. *prox. alleg. cent. obs* 27.

An quando & qualiter limites præscribi possint, & quid de cohærentiis finium sive limitum. Mynsi. *dict. cent 6. obs.* 28.

Si in Confinibus [in einer Gräntze] quis occidatur, cognitio super isto delicto, ad quem pertineat, an ad eum ubi caput invenitur, vel ad eum ubi Pedes. vid. Schneidew. *ad §. fin. Inst. de Iur. Nat. Gent & Civil. n.* 8. Wehen. *in Obs. Pract. verb.* Glaid. *pag.* 235.

Si condemnatus inter eundem, se manibus Carnificis extrahat, & in alterius territorium confugiat, an à ducente unico actu apprehendi, & rursus sisti possit? De Jure rigoroso negatur, quia princeps extra suum territorium, habetur pro privato *l fin. ff. de Iurisd. l. 3. ff. de offic. præsid.* Rolant à Valle *Consil.* 85. *n.* 3 *vol.* 4. Wel. *Consil.* 5. *n.* 5. De æquo & bono affirmatur, ne delicta maneant impunita *l. 1 ff. de furt. l. si a reo* 70. *§. fin ff. de pœn.* quo etiam respicit Constit. Imp. *de anno* 1559. *Aug. §* und wie wol &c. quæ latrones & similes socios, extra territorium prosequi & apprehensos, Juri sistere permittit: non quidem vi Jurisdictionis, sed legis permissione Bald. *in l. requirendi n. 2. c. de servo fugitiv.* Cum etiam vicino prosit, suum territorium à malis hominibus purgari l. Congruit 13 *ff. de offic. præs. l. in nomine 2. §. limitaneis* 8. *C. de offic. præf prat. Afric.* Hanc quæstionem tractant Gail 1. *de P. P. c.* 16. *n.* 15. *& seq.* Mynsi. *cent.* 2. *obs* 28. Besold. *in thes. Pract. verb.* Nacheil &c. An in lacu possint constitui confinia, & super illis agi, actione finium regundorum. vid. Modest. Pistor. *q* 43.

Ad n. VIII. Qui dolo malo terminos ejiciunt, contra eos criminaliter agi potest P H O *art.* 114. Treutl. *vol. 1. disp.* 19. *th.* 7. Jul. Clar. *§. fin. q.* 83. *vers.* si terminos movens &c. Vig. *in M. I. R, lib. 5. c.* 8. *reg.* 38. Menoch. *Cas* 393. Alth. Dicæol. *lib. 1, c.* 116. *n.* 34.

TITVLVS II.

Familiæ Ercifcundæ.

SUMMARIUM.

1. *Actio familiæ ercifcundæ duplex & bonæ fidei.*
2. *Familia quid?*
3. *Actio hæc quibus detur.*
4. *Quæ veniant in hanc actionem.*
5. *Nomina non veniunt.*
6. *Non venit etiam peculium castrense & quasi.*
7. *Nec quæ titulo singulari hæredes possident.*
8. *Veniunt præstationes personales.*
9. *An & emolumentum ex pecunia profectitia perceptum.*
10. *Emolumentum cum impensis compensandum: & impensæ quæ & quando repetantur.*
11. *Imputandum & quod nomine hæreditatis abest.*
12. *In casu læsionis etiam locus est* l. 2. Cod. de rescind. vendit.
13. *Debita quæ & qualiter luenda veniant.*
14. *Divisio facienda per arbitrum.*
15. *Etiam sorti hæc res committi potest.*
16. *Non nisi semel hoc judicio experiri licet.*
17. *Effectus illius.*
18. *Divisione semel factâ an postea compertâ veritate sit locus condictioni.*

1 EST & hæc actio principaliter in rem, universalem scilicet, de qua dividenda agitur, in personam verò ex consequenti, ratione personalium præstationum, quas admixtas habet. Duplex est, quia unusquisque hæredum & actoris & rei partes sustinet *l. 2 §. 1. h. t.* Est & bonæ fidei, *Inst. De actionib. § actionum*, quasi ex contractu, civilis, 2 quia venit ex Lege XII. Tabb. * Familiæ appellatio variè accepta, ut videre est apud Brisson. *V. Familia*, hoc loco hæreditatem designat. Verbum *Ercifcunda*, antiquum est idem quod dividundæ: venit enim hac actione hæreditas indivisa inter plures officio judicis dividenda, ne res communis uni soli sit lucro.

3 Datur Cohæredi, & petitur ab eodem, qui talis apparet. Si cohæres esse negetur, judicis est videre, an sit: nam aliàs illi nihil adjudicandum, *l. 1. h. t.* Peti potest etiam ab uno cohæredum, reliquis invitis, *l. Arbitrium 43. h. t.* cùm nemo cogatur manere in communione, quòd soleat ea parere discordias. Accipitur & rectè inter pauciores ex pluribus, quod tamen aliis non vocatis non parit præjudicium, *l. De hæredibus 17. C. eod.* Pupillus ad hoc judicium non rectè provocat: cujus ratio est, quod divisio contineat quandam alienationem, quæ non est permissa sine decreto in rebus pupillaribus immobilibus, *inf. t. De reb. eor qui sub tut.* Socio tamen provocante ad divisionem, sine decreto rectè proceditur, quòd alienatio isto casu sit necessaria, non indigens decreto, *l. 5. & §. puto in fine inf. De reb. eor.* Directum hoc judicium competit veris hæredibus, vel ex testamento, vel ab intestato: utile bonorum possessori, fideicommissariis, & iis, qui veri hæredes non sunt, *l. 2. §. 1 hoc tit.* non tam ex verbis, quàm ex mente & interpretatione legis. Datur contra cohæredem non autem contra possidentem titulo singulari, *l. 25. §. quod pro emptore h. t.*

4 Veniunt in hoc judicium ipsæ Res hæreditariæ, dividendæ ab intestato æqualiter, quatenus fert rerum natura & conditio, *l. Inter 11. Cod. h. titul.* ex testamento secundum judicium patris, etiam inæquale, salva tamen aliis legitima, *l. Filii 16. Cod. hoc tit.* etiam non solemne, saltem quoad liberos, non etiam quoad extraneam personam mixtam, *l. final. Cod. hoc tit.* Nisi à liberis talis voluntas sit subscripta, *Auth Si modo C. eod.* Si aliquas res pater indivisas reliquerit, illæ distribuentur pro portionibus, *l. Si cognatione 21. Cod. hoc tit.* & hoc vel per arbitrum vel etiam per ipsos hæredes, *l. Si divisione 15. C. eod.* sive scripturâ interveniente, sive absque ea, *l. Non ideo 12. Cod. hoc tit.* Mobiles sint, an immobiles, non distinguitur, nec tantùm quæ fuerunt defuncti, & mansuræ in hæreditate: sed & abituræ, ut servus legatus sub conditione, cum sua tamen caussa *l. Et post 12. § 2. h t.* etiam alienæ bonâ tamen fide possessæ, ut pignora, *l. Si pignori 29. h. t.* Sint tamen res honestæ; nam inhonestis artibus quæsitæ, uti furto, latrocinio, cum sint restitutioni obnoxiæ, in hoc judicium non veniunt, *l. 4 §. pen. h t.* Perniciosa si quæ sint, uti venena, medicamenta mala, libri magici, hæretici, statim à Judice corrumpenda, *d. l. 4. §. 1.*

5 Nomina in hoc judicium non veniunt, cùm non recipiant divisionem, utpote ipsa in portiones hæreditarias ex Lege XII. Tabb. divisa, *l. 6, Cod. h. t.* Facienda tamen eorum adsignatio, ut quisque sciat, à quo debitum exigat, *l. 2 §. fin. h. t.* uti & adsignandum debitum passivè, ut quisque sciat,

sciat, cui solvat. Quæ adsignatio non præjudicabit creditori, cui salva manet obligatio pro portione hæreditaria in singulos *l. Licet* 23. *C. h. t.*

6 Castrense quoque peculium, & quasi castrense, non venit in hoc judicium, uti nec adventitium, *l. pen. Cod. h. t.* Secus traditum de profectitio, *l. Certum* 13. *Cod. eod.* ad quod spectat dos data filiæ per testatorem. Cujus ratio est, quod hujus proprietas & ususfructus sit patris, illud verò alii, etiamsi à patre sit profectum, nomine militiæ, aut magistratus, aut muneris alicujus publici, quod filius gerit, intuitu, aut etiam st idii caussa quia dum studet, ad togatam militiam separat fil. 9. *l. Quæ pater* 50. *h. t.* Et hoc quoad mobilia: nā immobilia à patre profecta, licet eunti ad militiam data, non sunt tamen peculii castrensis. Aliunde quæsita prædia quam à patre occasione militiæ, castrensi peculio cedere rescriptum *l.* 4. *Cod. eod.* quòd res ista alios liberos non gravet, *l. pen. Cod. eod.*

7 Illa quoque non veniunt, quæ singulari titulo possident hæredes, *d. l. pen.* Uti nec ea, quæ testator aliquem hæredum præcipua habere voluit *l. Filia* 18. *Cod. d. tit. l. Si ita* 42. *hoc tit.* sequitur enim ... judicium patris, uti antè dictum, qua de re a...tur ... infrà, *tit. De collat.* Dos etiam uxori ... pertinet, cùm filio detur ad sustinenda onera matrimonii, *l. Si filia* 20. *h. t.*

8 Hæc de Rebus: ultra quas etiam veniunt personales præstationes, quarum respectu hoc judicium est in personam, ad præstanda, quæ æquum bonum præstari exigit. Est enim hoc judicium bonæ fidei, *l. Non est* 9. *Cod. h. t.* Unde si unus hæredum fructus aut aliud commodi quid perceperit ex hæreditate, totum id in medium conferet, §. *Si familiæ Inst. De offic. jud.*

9 An etiam emolumentum ex pecunia profectitia negotiando perceptum? Ita videtur, quod filius rem patris egisse ideatur, atque ita non sibi, sed patri lucrum quæsivisse, ideoque commune hæreditati nisi permissu patris lucrum sibi quæsiverit, tamquam adventitium, secundùm *l. Cum oportet* 6. *in princ. C. De bon. quæ liber.* Aliter ... *Success. tomo* 3. §. 19. *n.* 40. Vide Menoch. 2. *Arbitr* 116. Priorem sententiam communem adserit & sequitur Chassan *ad consuet. Burg. Rub.* 6. §. 2. *Gl.* 1. *n.* 5.

10 Ita autem emolumentum conferendum, nisi cum impensis nomine hæreditatis compenseiur: ... as excedentes justè repetet, factas tamen nomine hæreditatis a lite. Nam quod antè gestum, non potest videri gestum nomine hæreditatis, *l. Qui erat* 49. *h. tit.* quo tamen casu negotiorum gestorum actio competet, *l. Ejus* 4. *inf. De reb. cred.* Neque aliter impensæ repetentur, quam si eas impendi fuerit necessè, & quidem totas: si partem tantùm, pars in hoc judicium deducetur, *l. Hæredes* 23. §. *finnus hoc tit.* * Id 11 quoque imputandum, quod nomine hæreditatis aberit, ut quia pro ea obligatus quis est, *l. Filia* 20. *h. t.* aut res adjudicata, vel ex divisione accepta evinci poterit, *l. Si familia* 14. *Cod. h. t.* Cujus nomine etiam præstanda cautio, eo quòd hæc divisio sit instar emptionis, *d. l.* 25. §. *pen.* Omissâ tamen cautione nihilominus tenetur cohæres cohæredi de evicta hæreditaria re, *d. l.* 14. nisi specialiter convenerit, ut quisque rei suæ eventum in se reciperet. * Hinc etiam est, quòd positâ 12 læsione ultra dimidium sit locus *l.* 2. *Cod. De rescind. vendit. l.* 3 *ubi* Bart. *& alii Cod. Communia utriusque jud.* Uti & vicissim ratio habenda eorum, quæ alter absumpsit, vel deteriora fecit. *l. Incerti* 19. *C. h. tit.* quæ ex hæreditate surripuit, *l.* 3. *Cod. d. t.* aut aliter absunt; ne factum unius aliis sit damnosum.

Debita hæreditaria communiter luenda esse, 13 & adsignanda singulis, dictum est. Ubi quæsitum. An uno scripto hærede mobilium, alio verò immobilium, debita ista communiter veniant luenda? Et videtur dicendum, licet pars alterius multò sit superior, eos tamen æs alienum agnoscere, pro portione, qua scripti sunt. Habentur autem æqualiter scripti ex semisse, *l. Ex facto* 35. *in princ. & §.* 1. *Inst. De hæred. instit.* Non obstante, quòd res una alteri præponderet, cùm fiant adjudicationes hinc inde per arbitrum familiæ erciscundæ, *d. l.* 43. §. *cum hæc* Costal. *ad l.* 3. *hoc tit.*

Per arbitrum itaque fit divisio, & quidem o- 14 mnium rerum, quantùm fieri potest, æqualiter, singulis res adjudicando. Si quæ sint, quæ divisionem commodam non patiuntur, potest eas vel alternis temporibus adjudicare, vel uni proprietatem, alteri usumfructum, *l. Et puto* 16 *h. t.* vel uni rem totam, per modum licitationis, eumque alteri vicissim in pretium condemnare, ad servandam æqualitatem, §. *Si familia Inst. De officio Iud.* * Potest & sorti rem committere, quæ in istis di- 15 visoriis judiciis non est reprobata, estque ea res minus obnoxia querelis. Menoch. 2. *Arb.* 123. Multis in locis mos habet, ut senior dividat, minor eligat. Mynf. *cent* 4. *Obser.* 37. Fach. 6. *c.* 37.

Cæterùm in hoc Familiæ erciscundæ judicio non 16 nisi semel agi potest, quia est universale. Quòd

 si res

si res aliquæ manserint indivisæ, communi dividundo judicio agendum, *l. Si filia 20. §. familia h.t.* Cujac 23. *Obs.c.1.* Bronch. *cent.3.aff.1.*

17 Ejus effectus est, quòd rem ante communem faciat propriam ei, cui addicta, *§ fin. Inst.d.t.* Est enim adjudicatio dominii transferendi species, dans justam usucapiendi caussam, in casu quo res aliena addicta, *l. Si per errorem 17. inf. De usu.cap.*

18 Unum hic subjiciendum, An si cum aliquo, qui putatur cohæres, acceptum judicium familiæ erciscundæ, & adjudicationes factæ fuerint, postea compertâ veritate non competat condictio aut vindicatio? Respondet J. G. in *l. Cùm putarem 36.h.t.* non competere, quòd solutio facta sit ex caussa judicati; idque propter auctoritatem rei judicatæ, cui standum, & propter transactionem, quæ subest, qua de re latiùs infrà, *t. De condict. indeb.* Contra obtinebit, si sine judicio divisio facta fuerit: competet enim condictio, cùm non subsit idem impedimentum, *d. l. 36. in fine.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 2. Familiæ erciscundæ.

AD *n. VIII.* Qui familiæ erciscundæ Judicio agit, an is adversarium sibi cohæredem esse fateatur vid. Arum. *disp. 10. ad Pand. th. 13.* Ubi pro & contra LL. allegat.

Ad n IV. An unus arbitrum familiæ erciscundæ petere possit? vid. modò dict. Auct. *th. 14.*

Ad n. V. In judicio familiæ erciscundæ & communi dividundo, res commodam decisionem non recipiens, adjudicanda est ei, qui majorem portionem ejus rei habet, *per text. in l. sancimus 34. §. ne autem 2. C. de donat.* Simon. Ulric. Pistor. *in not. ad Hartm. Pistor Obs. 147. n. 13. & seq.* Coler. *p. 1. decis. 54. num. 10.* Schneidew. *ad § quadam actiones Inst. de act. com. divid. num. 5.* Carpzov. *part. 3. Constit. 15. defin. 34.*

Feuda an inter Vasallos dividi possint. vid. Gail. *2. obs. 153. per tot.* Vult. *de feud. lib. 1. c. 8. n. 36.* Rosenth *de feud. c. 1. concl. 6. in not. lit. A.* Menoch. *lib. 3. præsumpt. 97. num. 10, 12, & 14.* Besold. *in thes. pract. verb.* Abtheilung der Herrschafften.

Ad n. VI. Quod hic dicitur, peculium profectitium, pleno Jure pertinere ad patrem, atque eo mortuo conferri debere, inde oboritur hoc dubium, quod tale peculium, filio frustra concedatur: Sed respondetur, utilitatem in eo esse positam, quod confiscatis bonis paternis, peculium illud maneat filii *l. 3. §. fedustrum 4. in fin. ff de minor.* Item si filiusfam. Vivo patre emancipetur, neque peculium expressè adimatur censetur esse donatum *l. donationes 31. §. 2. de donat.* Præterea etiam hoc peculium manet semper obligatum æri alieno, etiam post mortem patris, *l. frater à fratre 38 ff. de Condict. indebit.*

Pactum de non dividenda hæreditate, Juramento firmatum, an retractari possit? vid. Tessaur. *decis. 142.*

Ad n. XV. In divisione hæreditatis, ubi major partes facit & æstimat, minor eligit ex statuto, quomodo procedatur, vid. ap. Coler. *p. 1. c. 3 n. 40. & seqq.* & Dan. Moller. *lib 2. semestr. c. 27, 28, 29.* Divisio inter fratres, quando facta vel secuta præsumatur, vid. post Mascard. quem allegat Ant. Tessaur. *decis. 205* Vogel. *in M. I. R. fol. 140, 141.*

Quoties inter fratres, de bonis paternis lis est, non spectantur Regulæ Juris, quæ sunt summi Juris sed benignitas & æquitas *L. 8. de Collat. bonor.* ubi Cujac. *in libr. 2. qq Papin. pag. 8. lit. d. & 1. ait* non esse ad vivum resecanda ea de quibus disceptatur inter fratres, facit *l. 1. C. de inoffic. testam.*

Quàm periculosa sit divisio hæreditatis inter Illustres personas, vid. Reinking *de Regim. Secul. lib. 1. Class. 4. c. 17. n. 13.* Treutl. Consil. 15. n. 97 Decian. *vol. 1 Consil. 7. n. 16.* Ubi autem Jus majoratus sive primogenituræ est introductum, liberi posteriores, certo apennagio pro dignitate sibi attributo sustentari debent, videatur A. Bulla *tit. 15. inf* Belo *l. 1. differt. Nomicopolitic. 5. n. 9. & seqq.* Rosenthal. *de feud. 9. concl. 55. num. 11.* Bodin. *6. de Republ. 5. n. 734. prope finem & seqq.* Treutl. *vol. 1. disp. 19. thes. 16.* ibique *alleg.*

TITU-

TITVLVS III.

Communi dividundo.

SVMMARIVM.

1. *Iudicium hoc in quibus simile judicio familiæ erciscundæ*
2. *Et non præscribitur.*
3. *An ex longo tempore divisio præsumatur?*
4. *Duplex hoc judicium est.*
5. *In quo differat à judicio familiæ erciscundæ.*
6. *Quibus detur.*
7. *Creditor habens rem pignoratam ab uno an possit ab altero domino provocari ad divisionem*
8. *Iudicium hoc in quo differat ab actione pro socio.*

1 SUperiori vicinum hoc judicium, cùm eoque in multis convenit: ut quòd emptionis vicem obtineat, non rescindatur nisi ob graviorem læsionem, nisi facta in judicio sit divisio, secundùm *l. 13. Cod. Commun. utriusque judic.* modò lectio sit bona [nam in ea aliqui adserunt malè legi *in judicio*] quòd adjudicatio & hic admittatur, *leg. 1, 2, 3 Cod. h. t.* quòd minor & Ecclesia ad divisionem non provocent, provocari tamen illam admittant, secundum dicta Tit. superiori: quòd sit bonæ fidei, *§ Actionem Inst. De Action.* ut dolo culpave admissorum præstetur ex æquo & bono, *l. si ut 10. h. t.* Fructus item veniant, & expensæ repetantur *l. Per §. 3. h. t.* ne res communis uni sit lucro aut damno, *l. 6. h. t.* sitque meri facti, pendens ex voluntate eorum, inter quos res com-
2 munis * Ut ei non præscribatur: & facit ratio alia, quod præscriptio sit inducta ad sopiendas lites, quæ hoc in casu operaretur contrarium; eò quod condominio solet excitare discordias. Unde & paciscens, ne dividatur, reprobatum, *l. in hoc 14 § si conveniat hoc tit.* Costal. *in l. 1. sup. tit. pro.*

3 Posset hic Quæri, An saltem possit divisio præsumi, [illegible] qui longo tempore res hæreditarias communes separatim possederint, [illegible] dando [illegible]? [illegible] *cum Glossa in l. penult. Cod. h. tit. & l. Cum in rem [illegible] inf. De usur. & l. 2. Cod. De acquir. possess.* idque ex præsumpta voluntate, ratione tanti temporis, quod facit præsumi intervenisse requisita. Cravetta *De antiq. tempor. p. 3. cap. 1.* Et optimè facit textus in *l. Si Filiusfam. 10. Cod. de hæred. petit.* ubi filiusfamilias, qui per longum tempus delatam sibi hæreditatem detinuit, quasi eam agnitam, dicitur quæsivisse patri suo ejus commodum. Bald. *De præscript. 1. parte 3. p. q. 10. n. 39.* Böer. *decis. 58. num. 3.*

4 Est præterea duplex hoc judicium, quia uterque actoris & rei partes sustinet: ille tamen actoris loco habetur, qui provocat, *l. 2. hoc tit.* Partim esse in rem, partim in personam, communis habet sententia, quod rei communis petatur divisio, ut quæ pro diviso est cum aliis communis fiat pro parte divisa sola nostra, & veniant personales præstationes: etsi quidam velint, eam esse tantum personalem, quod ex contractu veniat. Est & hoc commune, quod ut hæreditatis communis pars potest vendi, obligari, ita & rei communis, *l. 1. Cod. hoc tit.* quia ut rei, quæ tota nostra est, nobis est arbitrium; ita & partis *l. quæ de tota supra de rei vindic.* Et hoc ante litem contestatam, quod per contestationem res fiat litigiosa, quæ alienari non potest, *l. 2. Cod. De litigios.*

5 Differt, quod familiæ erciscundæ locum habeat in universalibus, hoc vero in singularibus, & competat quidem ex jure dominii circa rem quovis modo communem: in illud verò multa veniant quæ non sunt in dominio defuncti, ut pignora, res bonâ fide possessæ. Item quod hoc sæpius agatur, illo tantum semel, *l. 3. §. 2. hoc tit.*

6 Datur hoc judicium solis dominis rei corporalis, sive mobilis, sive immobilis, quoquo modo communis, sive caussa societatis, sive alia, *l. 2. hoc tit.* sive alter sive neuter, sive uterque possideat, *l pen. h. t.* modo possessio non sit injusta, *l. 7. §. inter hoc tit.* Et hoc quoad directum: nam utile etiam quasi dominis accommodatur, ut emphyteutæ, creditoribus, *d. l. 7. §. si duo & §. inter eos.* Quod & competit in casu, quo fundum communem cum Titio putans, cùm esset cum alio communis, in eum impendit, aut fructus ex eo cepit, *l. 6. in pr. & l. Si quis 29 h. t.* Quod si impenderit tamquam in suum, non est nisi negotiorum actio: si tamquam in alienum, retentione sibi consulet. *l. in hoc § 1 h. t.*

7 Posset quæri, An creditor, habens rem ab uno domino sibi pignoratam, possit ab altero domino

provocari ad divisionem? Decisum hoc *l. 7. §. si debitor hoc tit.* ut cogatur etiam debitor ratam habere istam divisionem, utpote necessariò factam. Amplius quòd in casu, quo creditori licitanti fuerit adjudicata, non possit debitor partem prædii, soluto eo, quod debuit, recuperare, nisi & eam partem sit paratus recipere, quam creditor per adjudicationem emit, *d. §. si debitor*. Cujus ratio est, ne creditor invitus incidat in communionem. Si creditor non provocatus diviserit, res ea non nocitura debitori, secundùm Costal. ad *d §. si debitor, arg. l. dictum 56. §. 1. inf. de evictionib.*

Differt hoc judicium ab actione pro socio. Primò, Quòd hoc detur etiam non sociis. Secundò, Quod actio pro socio non pertineat nisi ad præstationes personales hinc inde, non etiam ad divisionem rei communis. *l. 1. hoc tit.* Neque enim jus permittit, ut ex contractu agatur ad contractus dissolutionem. Hoc in judicio observandum id, quòd non liceat quidquam facere in re communi, altero invito, quòd in ea potior sit caussa prohibentis, *l. Sabinus 28. h. t.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 3. Communi dividundo.

AD n. II. Etsi pactum, ne divisio fiat, reprobatum sit *d. l 14.* Juramento tamen firmatum servari debet. *c. cùm contingat* ꝫ *de Iurejur. arg. l. 23. c. famil. ercisc.* Treutl. *vol 1. disp. 19. th. 14. lit. I.* ibique alleg.

An Pater vel testator in testamento possit prohibere, ne filii vel hæredes bona hæreditaria decidant, sed maneant in perpetua communione, & communiter possideant & administrent illa bona? vid. eleg. Schneidvv. *tr. comm. divid. num 21. 22.* Vivius *decis 294.*

Dispositio Testatoris, quod ejus filiis stantibus in communione, bona acquirenda, sint inter eos communia, an intelligatur, de acquirendis post mortem testatoris, aut etiam eo vivente. Vid. Cravett. *Cons. 165.*

Correo adversus Correum, an competat actio communi dividundo. Besold. *in del. 6. lib. 10. q. 4.*

TITVLVS IV.

Ad Exhibendum.

SVMMARIVM.

1. *Actio hæc est personalis, in rem scripta.*
2. *Exhibere quid?*
3. *Cui detur, & contra quem.*
4. *Materia hujus actionis.*
5. *Quæ veniant exhibenda & restituenda.*

1 ACtio hæc realis esse non videtur, quòd actor per eam non tam intendat se dominum declarari, quam adversarium aliquid facere cogi. Ut potiùs sit personalis, in rem tamen scripta: & quia est præparatoria vindicationis ac noxalium *l. 3. §. 3. h. t.* inter actiones mixtas hic ponitur.

2 Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei qui agit experiundi sit copia, *l. 2. h t.* aut, ut ait Ulpian. *in l. 9. §. quantum h t.* est in eadem caussa præstare, qua fuit, cùm judicium acciperetur, ut quis rei copiam habens possit exequi actione, quam destinavit in nullo casu, quam intendit, læsa.

3 Datur ei, qui in rem actutus qualicumque actione, etiam pignoratitia, Serviana, hypothecaria, *d. l. 3. §. 3. h. t.* etiam ususfructus petitione *d. l. 3. §. 4.* Ei quoque cujus interest, *l pen. h. t.* etsi vindicationem habeat, *d. l. 3. § sciendum est 9* dum tamen intersit justa & probabili de caussa, *d. l. 3. §. si mecum.* Contra possessorem, etiam naturaliter tantùm, uti creditorem, qui habet exhibendi facultatem, *d l. 3 §. fin.* & contra eum, qui detinet tantùm, *l. 4. & 5. in princ & § 1. h t.* etiam in eum, qui dolo possidere desiit, *d. l. 9. in princ.* quia dolus rem repræsentat.

4 Materia est res mobilis, non etiam immobilis, quæ cum per se pateat, exhibitionem non desiderat:

fiderat; ut hac actione contineatur servus, animal, res quælibet inanimata; tabulæ etiam testamenti, quatenus hæres agit, *d. l.* 3. § *si quis extra.* Aliis salvum est interdictum, quod & salvum est liberum hominem petenti. Excipitur tignum ædibus aut vineæ junctum, quod Lex XII. Tabb. solvi vetuit propter utilitatem publicam, ut dicetur infra, *tit. De acquir. rer. dominio.*

Res in ea caussa restituenda, in qua fuit tempore judicii accepti, ut etiam fructus post litem contestatam percepti veniant, *d.* 9. *quantum cum seqq.* Quòd si eo modo non exhibeatur res, arbitrio judicis condemnabitur reus, quanti interest actoris jurantis in litem, rem non fuisse exhibitam *l.* 4 *Cod hoc tit.* Unde rem usucaptam post litem contestatam exhibens non videtur exhibuisse, nisi judicium subire velit, quasi non usucepisset, *d. l.* 9. § *proinde.* Si interierit ejus morâ, damnum resarcit, nisi justa caussa litigandi eum excuset, *l. De eo* 12 § *si post hoc* 1. ubi Costal. Non videtur etiam rem exhibere, qui eam mutatam, & in aliud corpus translatam suo dolo exhibet, *d. l.* 9. § *sed si quis.* Deteriorem rem suo dolo, aut culpa exhibens, videtur quidem exhibere, ut hac actione non teneatur; tenetur tamen in factum, quia non exhibuit, uti oportet *l.* 7. *C. h. t.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 4. Ad exhibendum.

Actio hæc præparatoria unà cum rei vindicatione cumulari potest: & quodnam sit in hac actione officium judicis. vid. *Wesh. t. n.* 1. *&* 6.

FINIS LIBRI DECIMI.

HENRICI ZOESII J.C.

IN LIBRUM UNDECIMUM.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De interrogationibus in jure faciendis & interrogatoriis actionibus.

SUMMARIUM.

1. *Interrogationum hujusmodi usus.*
2. *Interrogatus tacens pro contumace habetur.*
3. *Confitenti quando succurratur.*
4. *Interrogandus quis de se, non de alio.*
5. *Interrogationes hodie in usu esse desierunt.*

Habent contenta hoc libro affinitatem cum actionibus in rem & mixtis, de quibus suprà actum. Et quidem Tit. primus ad illas est præparatorius: nam qui peritorio judicio usurus, dubitas, al-ter-

tet possideat, & qua ex caussa, aut parte, requiri solet, an is, cum quo litigaturus, possessor sit? Vel dolo desierit possidere? Item an hæres sit? & qua ex parte? ex testamento? An ab intestato, *l.* 1. 2. 9. 11. *& aliis h. tit.* Noxali, vel Aquilia acturus, interrogare solet, an quadrupes, quæ pauperiem fecit, aut servus, qui noxam dedit, sit ejus à quo noxa postulatur, *l.* 7. *&* 8. *h. t.* ut post confessionem cum eo judicium instituatur. Cujus ea vis utlicet confessus se hæredem, aut possessorem, aut dominum, quamvis falsò, habeatur tamen pro tali, & condemnetur, propterea quòd fides ei contra se habeatur.

2 Interrogatus autem in jure, id est apud Magistratus, Præsides, aliosve judices, *l.* 4. *h. t.* si tacuerit pro contumace habetur & in solidum convenitur, in pœnam contumaciæ, quia Prætorem videtur contemnere, *d. l.* 11. *§. qui tacuit.* Habetur enim tacens interdum pro confitente, interdum & pro negante, ut illi magis est nocivum, *d. §. qui tacuit*; nisi caussa tacentem, aut recusantem respondere excuset, ut quia patitur controversiam hæreditatis, *l.* 6. *§.* 1. *hoc tit.* Ita autem confitenti etiam falsò creditur, si confessio sit probabilis, & naturæ conveniens, *d. l.* 13. *hoc tit.*

3 Facit verò caussa confitenti succurri: nam qui interrogatus respondit se hæredem, & prolatis tabulis apparet exhæredatus, aut falsum, inofficiosum, irritum testamentum pronuntiatur, excusabitur quòd non possit videri Prætorem decepisse, *d. l.* 11. *§. ex caussa, & §. qui justo.*

4 Interrogandus autem quisque de se, non de alio, *l. Nona* §. *alius h. tit.* quia nemo alteri præjudicat: unde filius pro patre agens non interrogandus, *l. Si filius* 19. *h. t.* uti nec servus in judicio, quia in eo personam standi non habet, *d. l.* 9. *§. sed si.*

Abiisse has interrogationes in desuetudinem, ait J.C. in *l.* 1. *in fine h. t.* quòd iniquum videretur, de jure suo ante judicium quemquam respondere cogi, *l. pen. Cod. De petit hæred.* cùm actorem instructum ad judicium venire oporteat, & intentionem suam implere, *l. fin. C. De rei vind.* non etiam à reo exhibitionem eorum petere, per quæ illi negotium fiat *l.* 7. *C. De testib.* Et hoc ante litem contestatam: nisi tamen judicem moveat æquitas, ut ante etiam interrogari permittat, uti volunt per *l. penult. h. t.* Hodie lite contestata positiones fieri solent, ad quas reus respondere cogitur, quem sua confessio tenebit. Est & usus interrogatoriorum quoad testes. Videatur Speculator, *ad tit. De interrogationibus.*

TITVLVS. II.

De quibus rebus ad eundem Iudicem eatur.

SVMMARIVM.

1. *Continentia caussæ non dividenda.*

1 AD mixtas actiones pertinet hic Tit. in quo deciditur, si inter plures familiæ erciscundæ aut communi dividundo agatur, non esse dividendam caussæ continentiam; sed coram eodem judice eos comparere debere; &, si actum fuerit inter aliquos familiæ erciscundæ, postea inter eosdem communi dividundo, aut alia quæstio existat, ad eundem judicem, ut de caussa instructum, omnes compendii caussâ mittendos, *l.* 1. *&* 2. *h. t.*

ADDITAMENTA.

Ad lib. 11. ff. tit. 2. De quibus rebus ad eundem Iudicem eatur.

DE Continentia causarum. Videatur Mynsf. *Cent.* 1. *obs.* 4 & ibi Arnold. de Reyger. *in addit.* Gail. 1. *obs.* 31 *per tot.* P. Frideric. Mindan. *libr. sign.* de hac mater.

De reconventione: Quis reconvenire vel reconveniri possit? Coram quo judice? Quibus in causis? Quando & quomodo reconventio instituenda & terminanda? Hæc omnia eleganter tractat P. Frideric. Mindan. *de contin. caus. lib.* 3. *c.* 6. *&* 7 Schvvanm. *in Process. Cam. lit. I cap.* 66 67. 68. 69. *&* 70 Adde Berlich. *part.* 1. *concl.* 22. Vigel. *in M. I. R. lib.* 1 *c.* 7. *Rubr. de Reconventione. Reg.* 30 *fol.* 269. Wurmbs. *lib.* 1. *obs.* 1. *& seq. tit.* 12. Rutg. Ruiant. *de Commiss. part.* 4. *lib.* 8. *c.* 7.

Recon-

Reconventionestypi & copiæ extant apud Meisner. *tom.1.lib.1.decis.12.fol.186.tom.4.decis.13 fol.* 319. & ibid. *decis.32.fol.857.* & ap. Adrian. Cistmann. *in Sympbor, tom.1. part.1. tit.2,* de reconventione.

TITVLVS III.

De Servo Corrupto.

SUMMARIUM.

1. *Corrumpi servus quando dicatur.*
2. *Quando recipi.*
3. *Actio de servo corrupto quando competat.*
4. *Cui & ad quid detur.*

AD exemplum Legis Aquiliæ hæc actio videtur inducta, quæ agit de servo corrupto: in eo tamen diversa, quod illa ad corruptionem, quæ corpori infertur, pertineat, hæc ad eam, quæ est animi, Rubrica tantùm loquitur de servo corrupto: Edictum tamen Prætoris, de quo in *l.1. hoc tit.* etiam unà loquitur de recepto alieno servo, & occultato. 1 * Corrumpere servum est animo eum deteriorem facere dolo malo, persuadendo, & sollicitando ad faciendam alieni injuriam, fugiendum, peculium intricandum, intercidendas, & adulterandas rationes dominicas, in summa ad aliquid agendum, aut cogitandum, quo servus vel bonus fiat malus, vel malus fiat peior, *l.1. & aliis h.t.* Notat autem Prætor dolum malum, quo cessante cessabit & hæc actio. 2 * Recipere, est refugium abscondendi causa servo alieno præstare, vel in suo agro, vel in alieno loco ædificiove, *d.l.1.§.1.*

3 Directa hæc actio est de servo corrupto, non etiam de filio, aut filiafam. Quoniam tamen interest nostra, animum liberorum nostrorum non corrumpi, utilis eo nomine concessa, *l. Vt tantùm 14.§.1. hoc tit.* Servum communem corrumpens, socio tenetur, *l.Si quis 9. hoc tit.* Nec tantùm si liber corruperit servum alienum, hæc actio est, verum & si servus extraneum servum corrupetit. Qui si communis fuerit, in utrumque dominorum est actio: altero tamen solvente alter liberatur, *d.l.14.§.2.* eo quod unum tantùm sit delictum.

4 Actio hæc, quanti ea res est, in duplum datur, etiam citra inficiationem: in quo differt à Lege Aquilia, *l.5.§.2. hoc tit.* Æstimatio, quanti servus vilior factus, refertur ad tempus servi corrupti, vel recepti. *d.l.5.§.fin.* nec extinguitur manumissione semel nata actio, venitque & præterita utilitas, *d.l.5. in fine & l.6. hoc tit.* & æstimatio rerum, quas secum servus abstulit, *l.In hoc tit.* Datur domino, & hæredi, *l.8. hoc tit.* Fructuario competit utilis, quò & ejus intersit frugi esse.

TITVLVS. IV.

De Fugitivis.

SUMMARIUM.

1. *Servus fugitivus & erro quis dicatur.*
2. *Servum fugitivum celantis pœna.*
3. *Fugitivarii qui.*

A corruptione non abest recipere, & occultare 1 fugitivum qualis est non qui consilium tantùm fugiendi à domino suscepit, licet id se facturum jactaverit, sed qui ipso facto fugæ initium mente deduxit: ex adsumpto enim actu crimen oritur, *l. Fugitivus 225. inf. De V.S.* Unde Ulpianus definit fugitivum, qui extra domum domini fugæ causa, quo se à domino celaret, mansit, aut rectiùs, qui ea mente recessit, ne ad dominum redeat, *l.Quis sit 17. in princ. & t. inf. De ædil. edicto.* Venit & isto nomine erro, *l.1.§.fugitivum h.t.* qui frequenter sine causa vagatur, & temporibus in res nugatorias absumptis domum redit, *d.l.17. §.erronem* * Celans talem furti pœna tenetur, *d. 2 l.1. in princ.* Iure Codicis hæc pœna statuta est, ut susceptus una cum alio pari vel viginti solidis reddatur: qui si eam præstare non possit in corpore castigandus, *l.4. C.h.t.* Servum fiscalem occultans, & eum restituit, & duodecim libras argenti fisco dependit, *l.pen. Cod. d.t.* Fugitivi nomine olim requisitio in alieno erat permissa, impetratis eo nomine à Magistratu litteris, *d.l.1.§.2.* * Erant & fugitivarii, quorum men- 3 tio est in *l. 18, inf. De præscr. verb.* qui fugitivos

persequebantur, & reducebant, vel dominis indicabant, ubi laterent *l.15. inf. De praescript. verb.* Reddendi autem fugitivi dominis, etsi se in arenam dederint, *l. fin. hoc tit.*

TITULUS V.

De Aleatoribus.

SUMMARIUM.

1. *Alea nomine qui lusus veniant, & quando liciti.*
2. *Alearum lusus jure civili prohibitus.*
3. *Alearum prohibitio ex Iustin. Constitutione.*
4. *Idem lusus prohibitus Clericis.*
5. *Contractus ludi an licitus.*
6. *Victo datur soluti repetitio.*
7. *Etiam in casu consuetudinis, admittentis hujusmodi lusum.*
8. *Iurans se soluturum an possit uti exceptione* l. Alearum C. h. t.
9. *An eo casu solutum repeti possit.*
10. *Sponsio quid, & quando licita.*

1 NOmen Aleae lusum omnem complectitur, qui magis fortunâ quam arte gubernatur, qualis tesserarum, talorum, chartarum, circa quem contractus initur, quo hinc inde exposita victori cedunt. Ad cujus justitiam requiritur ut ludentes habeant liberam rei dispositionem, ut alter alterum per fraudem ad ludendum non pertraxerit, ut fraudibus non utatur, contra leges ludi: nam quae semel communiter sunt recepta nihil mali involvunt. Covarr. *ad c. Peccatum De R. I in 6 p. 2 §. 4. n. 7.* Navarr. *in Manuali c. 20. & seqq.* Less. *de jure & just lib. 2. c. 26. dub. 2.*

2 His positis, jure naturali lucratum retinetur & promissum solvi debet, ex pacto justo, quod servandum. Jure tamen civili praedicti ludi sunt prohibiti, estque in eos, qui aleatores recipiunt, cautum edicto Praetoris, *l. 1. in princ. h. t.* quod sic se habet: *Si quis eum, apud quem alea lusum esse dicetur, verberaverit, damnumve ei dederit, sive quid eo tempore dolo ejus subtractum est, judicium non dabo.* Idque in odium ejus, qui hospitium isti nequitiae praebuit. Denegatque Praetor judicium non tantùm poenale, sed & condictionem, & vindicationem, *d. l. 1. §. penult.* In eos quoque, qui aleae ludendae caussa vim inferunt, cavit, uti quaeque res erit se animadversurum: & hoc, vel per mulctam, vel ducendo in vincula, aut latumias, id est, lapidicinas, *d. l. 1 in fine.* Permittit & repetitionem pecuniae ludendo amissae, tamquam indebitè solutae, *l. 2. h. t.* Quae & patri, & domino salva est, si filiusfam. aut servus ludendo quid amiserit: in quos & dabitur actio de peculio, quatenus in eo aliquid est ex lusu filiifam. aut servi, *l. fin. §. 1. h. t.* Prohibitum autem Senatusconsulto in pecuniam ludere, non etiam in convivio vescendi causa, *l. 2. § 1. l. fin. in princ. h. t.* Uti nec vetitum certare legitimo certamine, virtutis aut honoris caussa, *d. l. 2. §. 1.*

3 Justinianus, permissis lusibus istis quibus ars praevalet, & ad exercitationem corporum citra periculum spectant: sub certo tamen pretio, lusum alearum, sive in publico, sive in privato strictè prohibuit; promissi denegans actionem, soluti permittens repetitionem, non tantùm iis, qui victi solverunt; sed & eorum haeredibus, aut his negligentibus, patri, vel defensori civitatis, & tandem fisco, non obstante nisi quinquaginta annorum praescriptione, *l. Alearum C. h. t.* Movit eum, quòd in isto lusu saepe fraudes committerentur, ex eoque procederent blasphemiae in Deum, Beatam Virginem, Sanctos, lites, & pugnae inter ludentes, substantiae evacuatio, quae facit ludentes converti ad latrocinia, furta, aliaque scelera. Quò spectat illud Virgilii de ludo:

> *Si quis habens nummos veniens exibit inanu,*
> *Lusori cupido semper gravis exitus instat.*

4 Pontifex etiam lusum alearum prohibuit Clericis *can. 1. dist. 35.* Imò & interesse eos ludentibus vetuit. *c. pen.* ✠ *De vita & honest. cleric.* in tantùm, ut & publicos aleatores à beneficiis, & officiis removeat, *c. Inter* ✠ *De excess. prael.* ob caussas superiùs tactas, & quod lusus iste minus deceat Clericorum gravitatem, eosque ab officiis divinis avertat. Propter quae loca approbata à Conc. Trid. *Sess. 22. c. 1. De reformat.* vult. Clericos lusores peccare mortaliter Navarr. *d. c. 20. n. 9.* Consuetudine tamen videtur contrarium inductum; quam ut iniquam, & ad peccatum trahentem improbat Abbas, *in cap. Cleric. num. 14.* ✠ *De vita & honest. Clericorum.* Alii tamen eam sustinendam volunt, quò prohibitio ista sit juris humani, quam per consuetudinem, quae altera est juris species, tolli posse tralatitium est, modò per legem non sit reprobata, qua de re supià, *tit. De legib. ad l. De quibus.* Et posset ea videri

videri non indecens, & extra peccatum esse Clericis, si eos ab officio non abstrahat, & cum Cicerone, 1. *De inoffic.* modus retineatur, atque ita lusu utantur, sicut somno, & cæteris quietibus, tum, cùm gravibus seriisque satisfecerint, si studia majora, aut graviora non impediant, & ab honestatis actionibus alieni nihil interveniat, desit libido luxuriandi, desint rixæ, & alia mala, quæ Justinianum ad prohibendum lusum alearum moverunt.

5 Ut autem lusus iste sit prohibitus, contractus per eum non potest dici irritus, saltem jure communi, nec retentio soluti illicita, sive inspecto solo jure naturæ, ut suprà dictum sive etiam civili; quod prohibuit quidem usum, non tamen contractum irritum posuit: ut procedat regula, 6 quod à separatis non fiat illatio * Quò facit, quod jus civile non oneret lucrantem ad restitutionem; sed tantum det victo soluti repititionem; non propria auctoritate, cùm nemo sibi jus dicat; sed competentibus actionibus. Unde ante sententiam non videtur victor obligatus restituere quod accepit, quia ea res ad pœnam spectat, ad quam nemo tenetur, etiam in conscientia, ante sententiam. Nisi tamen artibus malis sit usus, pertrahendo aliquem ad lusum per simulationem, aut coactionem, aut in ipso lusu chartas suffurando signis notando, aut aliis fallaciis, contra leges lusus, ut tradit Molina, *Tractatu 2. De justitia & jure Disput.* 517. Præterea si quis cum eo luserit, cui non est licitum alienare, ut cum filiofam. minore, Religiosove, receptum retinere non potest; nisi adsit tacita consensio parentis, curatoris, aut Prælati, ut quia est exiguum pretium. Molina *d. loco Disput.* 519. 520. ab eo lucratum, qui dominium rerum non habet, ut fure, usurario, depositario, retinere neutiquam potest, quia non fuit ejus, cum quo lusum, ut domino proprio sit restituendum. Videatur Lessius, *d. loco dub.* 4. & 5.

7 Repetere itaque licet lusu alearum amissum. Quid si consuetudo lusum istum admiserit? Dici potest, nihilominus repetitionem esse, quod correctio juris sit odiosa, atque ita intelligenda strictè, ut quàm minimum corrigat. Unde cùm ista consuetudo possit intelligi, ut corrigat tantùm legem in uno effectu; scilicet quod faciat non esse illicitum ludere, intelligenda tamen, ut eum effectum solum operetur, non etiam, ut removeat licentiam repetendi, & promissum non solvendi, nisi in utrumque effectum clarè disposuerit.

Quæri hic posset, An qui juravit se soluturum, 8 possit uti exceptione *d. l. Alearum*? Videtur non posse, cùm juramentum non sit de re ex se mala aut illicita, quòd solutio nihil mali involvat: quæ proinde servanda, secundùm *cap. Cùm contingat* 28. ⁒ *De jurejur*, Navarr. *d. cap.* 25. *n.* 27. Nihil obstat *d. l. Alearum*, quia promissionem non irritat, sed actionem tantùm ex ea denegat: quæ cum concernat privatam utilitatem jurantis, & in solvendo non vertatur aliquod præjudicium animæ, tenetur servare juramentum, juxta *d. c.* 28. Nisi tamen secluso juramento subsit culpa, ut quia lusu amissa vergunt in detrimentum uxoris, aut aliorum.

Ubi item quæri posset, An in casu, quo quis solvere juravit, solutum repeti possit? Affirmat Navarr. *d. c.* 20. *n.* 17. qui vult & ante solutionem impetrari relaxationem à juramento posse, cum effectu, ut solvere non teneatur. Ducitur argumento *c.* 6. ⁒ *De jurejur.* Ubi qui juravit solvere, usuras, potest illas solutas repetere, & antequam solvat, obtinet relaxationem juramenti. Verùm inter hos casus multum interest discriminis; nam in receptione usurarum peccatum est, cum usurarius licitè eas non recipiat, nec in conscientia retinere possit. Ut Canones à tali juramento absolutionem indulgeant, & post solutionem repetere concedant: & hoc sine detrimento accipientis, cui ad illas nihil est juris. Aliud est in hoc casu, quia ludens secundum jus naturæ licitè lucratum accepit, & in foro civili licitè retinet ante sententiam: ut nihil peccati subsit, & nihil sit caussæ, quare contra juramentum detur repetitio, aut ante solutionem juramenti relaxatio, secundùm *d. c.* 28. ⁒ *De jurejur.* & *Auth. Sacramenta puber. Cod. Si advers. vendit.* Nisi juramentum probetur vi, aut metu extortum, quæ res dabit relaxationem justam, & facilem *d. c.* 28.

Contractui, qui in ludis initur, vicina est sponsio, seu depositio, usu frequentissima, quæ est 10 contractus, quo de veritate alicujus rei, vel eventu contendentes vicissim aliquid spondent, quod fiat illius, qui veritatem est adsecutus, vel pro quo stat rei eventus. Estque, vel de futuro, ut quòd navis ex Asia veniet intra certum tempus, quòd victoria cedet tali Principi; de cujus justitia non dubitandum, cùm uterque æqualiter sedet periculo; nisi tamen talis casus sit, in quo alter omninò certus: vel de præterito aut præsenti, ut quòd Rex Persarum sit occisus, vel non. Ad cujus justitiam requiritur hinc inde

æqualitas, id est, ut uterque sit dubius, & uterque se periculo amissionis ejus, de quo conventum, exponat. Si enim victoris dolus arguatur, aut simulatio ignorantiæ ejus, de quo agitur, cum omnino certus esset, atque ita alterum ad spondendum induxerit; sponsio injusta erit, ob inæqualitatem inter partes, quam ponit scientia alterius, alterum facere involuntarium, cum alter si non rem ut se habet, præscivisset, numquam fuisset sponsionem initurus. Si post tamen declaratam seriò certitudinem ab uno, alter nihilominus velit contendere non potest videri injusta illicitave sponsio nec injustum lucrum, cum volenti non fiat injuria, & pertinaci atque incredulo imputandum sit damnum, quod sentit Navarr. in *Summa capit.* 10, *num.* 18. Covarr. *ad reg. Peccatum* §.4.

Ubi illud in dubium posset vocari, An licita sit sponsio, qua Titio dantur centum; ut in casu, quo intra decennium moriatur, reddat ducenta: si verò supervixerit, datam summam lucretur. Sunt qui talem contractum usuraria labe laborare judicent, *per caput Naviganti* ✠ *De usuris.* sed malè, cum accessio & lucrum non procedat ratione moræ, sed ratione periculi, & dubii eventus. Nihil obstante *dict. cap. Naviganti*, de cujus intellectu agemus inferiùs, *titul. De nautico fœn ore.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 5. de Aleatoribus.

AD *n.* V. Quod in lusu creditur, non habet exactionem, vid. *Gloss. in l.* 1. *§.* 3. *verb.* Simpliciter h. t. ibique Wes. *n.* 4. ubi etiam habetur Quod ille qui pœnam promittat, si deinceps luserit, ludendo ad pœnam obligetur.

An id quod quæritur in ludo, dicatur quæri titulo lucrativo vel oneroso? Bald. *in l.* 1. *in fin. C. Si quid in fraud. patron. dicit*, quod licet ludentes apponant pecuniam vigilant, sudant, macerantur, perdunt pecuniam, aliquando lucrantur tamen dicuntur habere titulum lucrativum, etiamsi alias multa perdiderunt, Non enim debet censeri gravamen vel onus, id, quod per illicita media acquiritur. Et quicquid ex maleficio quæritur, dicitur esse lucrum sed illicitum. Vid. allegatos à Schneidvv. *ad §. Item si quis in fraudem* 6. *Inst. de action. num.* 34. 35. *& n.* 36. ubi tractat: Si famulus ludendo amittat res domini quod Dominus illas res à vincente & à quocunque possessore, possit vindicare.

Ad n. VII. Extra ordinem possunt civitates, interdum ærario imminuto, ad inferendam pecuniam uti ollâ fortunæ, Vid. Besold. *in thesaur. pract. verb.* Glückhaffen *& in verb.* Spielen/ *&c. Item* VVeh. *in obs. pract. verb.* Auff Borg spielen/ apud quos eleganter huc pertinentia inveniuntur.

Ad n. X. Sponsio: [Das Wetten:] apud nos frequens est: Et secundùm eas in Dicasteriis pronunciatur quod validæ sint & efficaces, & quod reus conventus & victus, ad solutionem promissæ summæ teneatur *per l. si rem* 19. *§. si quis sponsionis de præscript. verb. ubi Jas. & l. cum ad præsens* 37. *si cert. pet. l.* 3. *h. t.* Matth. de Afflict. *Dec. Neapol.* 389. Straccha in tr. de mercatura in verb. Sponsionibus.

Sponsionum præcipuos effectus & quas actiones producant: Item quæ Sponsionibus contraria existant vid. ap. Besold. *in thes. pract. verb.* Wetten/ *&c.*

TITV-

TITULUS VI.

Si mensor falsum modum dixerit.

SUMMARIUM.

1. *Mensor falsum modum renuntians ad quid teneatur.*
2. *Renuntiare quis quando dicatur.*
3. *Actio ex hoc edicto cui & in quem detur.*
4. *Datur & contra tabularium.*

Titulus hic pertinet ad judicium finium regundorum, in quo adhiberi plerumque solet mensor, *l. 8. sup. Fin. regund.* * Cui advertendum, ne falsum modum renuntiet; nam aliàs actione in factum tenebitur, quam ideo Prætor proposuit, quòd hæc res non videretur spectare ad locationem conductionem, cùm id, quod datur mensori, non tam mercedis nomine detur, quàm honorarii, *l. 1. & 2. h. t.* Dolus hic notatur, non tamen exclusa lata culpa, quæ dolo proxima, *d. l. 1, §. 1.* Ubi & levis culpa venire dicitur, si mercedem acceperit. Imperitia mensoris extra dolum imputatur illi, qui eum adhibuit, *d. §. 1.* * Renuntiare dicitur, qui, vel per se, vel per alium, cui agri mensuram agere commisit, renuntiat: cujus factum præstat, quòd dolo malo versatus videatur, tali homini mandando, *l. 2. §. 1. hoc tit.* Duobus si fuerit mandata mensura agri, & ambo dolosè fecerint, contra singulos in solidum agitur: unius tamen satisfactio alterum liberat, quia unum est delictum.

Competit hæc actio ei, cujus interfuit, vel emptori, vel venditori, *l. 3. §. 1. h. t.* Datur & hæredi, quia actoris respectu est rei persecutoria: non in hæredem, quia ejus respectu est pœnalis, saltem in casu, quo per judicem mensor adhibitus, nam si per partem, erit actio ex contractu, quæ & in hæredem datur, tametsi dolus intervenit, *l. Ex debito 12. inf. De oblig. & act.* Servus mensor si fefellerit, noxale judicium videtur esse *l. 3. §. fin. h. t.* & de peculio agi posset. Quo casu & hæc actio dicitur perpetua, *d. l. 4.* quòd initium non à circumscriptione, sed à suscepto negotio originem acceperit. * Competit & in renuntiantes falsum modum aliarum rerum, *l. 5. §. fin. l. 6. §. 1. h. t.* ut & contra tabularium, id est, calculatorem, qui artem calculandi tenet, competat, *l. fin. in fine h. t.*

TITULUS VII.

De Religiosis & sumptibus funerum, & ut funus ducere liceat.

SUMMARIUM.

1. *Locus illatione mortui qualiter religiosus fiat.*
2. *In locum alienum an & quando inferre liceat.*
3. *Item in locum communem.*
4. *Inferens in locum alienum cui & ad quid teneatur.*
5. *Sepelire mortuum in civitate L. XII. Tabb. cur vetuerit.*
6. *Per illationem mortui an etiam hodie locus fiat religiosus.*
7. *Actio funeraria cui, contra quem, & ad quid competat.*
8. *Favor sumptuum funeris.*
9. *Actio prædicta oritur ex bono & æquo.*
10. *Competit, alia actione deficiente.*
11. *Funus ducere quà liceat.*
12. *Sepultura non impedienda ex caussa debiti.*

Hactenus actum est de dominio circa res humanas; hoc, & sequenti Tit. agitur de jure, quod circa loca religiosa competit * qualia fiunt propria auctoritate per illationem mortui, sive totius, sive etiam partis principalis, id est capitis, per quod distinguimur, *l. Cùm in diversis 44. h. t.* Non ultrà autem locus fit religiosus, quam quatenus cadaver capit, & æterna sede ibi collocatur; nam quod temporis gratia deponitur non facit locum religiosum, *l. Si quis 39, h. t.* Servus, an liber sepeliatur, non interest, *l. 2. h. tit.* * Et hoc, si in locum proprium inferatur, non in alienum, qualis tenetur actione in factum, & in pœnam pecuniariam, *d. l. 2, §. Prætor.* nisi vel consensus domini præcesserit, qui sufficit, frustrà eo postea reclamante, quia quod semel placuit, postea displicere non potest: vel postea ratum habuerit, quia ratihabitio mandato comparatur. Alienus locus habetur, cujus ususfructus alienus est; nam nec hic minuendus, invito fructuario, nisi inferendus sit is, qui usumfructum legavit, si in alium locum commodè inferre non possit, *l. 2. § fin. usufructum hoc tit.* Locum qui servit, proprietarius, invito eo, cui debetur servitus, religiosum facere nequit, nisi per alium lo-

cum servitute non minùs commodè uti possit, *d. l. 2. §. penult.* * In communi loco id juris esse videtur, ut & socio invito liceat inferre cadaver, modo sit religioni destinatus; cujus ordinis olim erant sepulchra familiaria, *l. 5. hoc tit.* cum utens re communi ad usum destinatum nequeat dici abuti. Contra obtinet si locus sit purus, non destinatus religioni; quia in re communi potior est caussa prohibentis *l. Sabinus 28. sup. Com. divid.* nisi tamen alius locus non sit, in quo sepeliatur, *l. Si plures 43. h. t.* Extraneum inferre in locum communem stricta ratio prohibet; quam tamen remitti facit publica utilitas, ne corpora maneant insepulta, *l. Sunt personae h. t.* Et hoc ita, ut ad tempus ibi maneat, donec alius locus inveniatur, ut patet ex *d. l. Sunt personae*, quae negat per extraneum illatum, locum communem fieri religiosum; qualis tamè fieret, si perpetuam ibi sedem habuerit, *d. l. 39.* Cujac *ad d. l. Sunt personae.*

4 Contrà inferentem in locum alienum est actio in factum ei, cujus locus est, etiam hæredi, & fructuario, *l. 8. § penult. h. t.* & in hæredem estque actio perpetua, *l. 7. princ. h. t.* quòd in eam quantitatis pecuniariæ ratio deducatur, *l. 9. in fine hoc tit.* Actio hæc eò tendit, ut is, qui intulit in alienum, tollat id, quod intulit, aut loci pretium præstet, *l. 7. h. t.* Ubi religioni datum videtur, ut eligere possit is, qui intulit mortuum. Domino loci non permissum cadaver effodere sine decreto Prætoris, aut jussu Principis, *d. l. 8. in pr.* ne cadavera inquietentur, *dict. l. 39. hoc tit.* Quod obtinet in iis quæ perpetuæ sepulturæ sunt tradita; nam quæ tantùm temporariæ nihil implicat transferri, *l. 3. inf. De sepulc. viol.*

5 Cæterùm vetitum Lege XII. Tabb. sepelire mortuum in civitate: cujus ratio datur *l. Mortuorum 12. h. t.* ne sanctum municipiorum jus polluatur. Paulatim tamen hoc inductum, cœmeteriis positis in oppidis: postea etiam in Ecclesiis admissum; & primò quidem in dignioribus, deinde hominum ambitio eò se protrusit, ut quilibet, etiam inferioris sortis, in Ecclesiis sepeliri desideret.

6 Posset hic quæri, An etiam hodie locus purus fiat religiosus per illationem mortui? Ratio dubitandi ex eo sumitur, quòd per nostræ fidei Antistites designata sint certa loca hominibus sepeliendis, quæ Cœmeteria dicimus, id est, Dormitoria, quæ in eum finem benedici solent. Ut alibi sepultum cadaver possit videri non efficere locum religiosum; quod videtur velle Glos. *in can. In Ecclesiastico* XIII. *q. 2.* & Innoc. *in cap. penult.* *De sepult.* cumque secutus Cardin. in *Clem. 1. in princ. n. 12. De sepult.* Sed rectè Faber, *ad §. religiosum n. 30. Instit. de rerum divis.* per hoc jura civilia correcta negat; cùm etiam moribus nostris alibi, quàm in sacris locis homines sepeliantur in variis casibus, uti parvuli sine baptismo mortui, excommunicati, hæretici, qui seipsos occiderunt, & ob scelus indigni loco sacro; & ratio juris civilis subsit, scilicet, ne ossa humana inquietentur, & vexentur.

7 Altera Tituli pars est de sumptibus funerum, quos, qui fecit persequitur actione funeraria, contra eum, ad quem res ea pertinet *l. Si quis 1. h. t.* ut hæredem, patrem, in cujus potestate defunctus erat, dominum, *l. Etsi 14. §. fin. l. in patrem 21. l. Si filiusfam. 31. h. t.* in maritum, *l. In eum 16. & 17 l. Celsus 22. h. t.* * Quorum is favor, ut, si 8 bona solvendo non sint: ex solvendi tamen veniant, non tantùm ante legata, *d. l. 14. §. 1.* sed etiam ante pensiones rei locatæ, *d. §. 1.* sive is, cujus bona veniunt, funeratus sit, sive alius, quem defunctus suis impensis sepelire cogeretur, *l. 2. inf. De privil. credit.* Hypothecis videntur non præferendi, per *l. Eos 9. C. Qui pot in pig. hab.* qua de re infra, *tit. Qui potiore. in pign.* Ratio privilegii consistit in pietate, cui repugnat, cadavera jacere insepulta. Et hoc ita, si sumptus animo recipiendi sint facti, de quo tutiùs est protestari, ne postea in quæstionem deducatur, *d. l. 41. § sed interdum.* Sint & facti secundùm qualitatem defuncti: nam immodici non repetuntur; non etiam nimis modici, quia potiùs dedecus, quàm honorem concernant, *d. l. 14. §. hæc actio & §. judicem.* * Actio ista non videtur esse bonæ 9 fidei: nihil faciente, quòd ex æquo, & bono dicatur oriri; nam aliud est ex æquo & bono oriri, id est, suggerente æquitate, aliud esse bonæ fidei; hoc enim casu datur judici potestas ex æquo, & bono judicandi, non etiam illo. * 10 Non aliàs autem competit, quàm si alia desit: unde qui ex mandato fuerat, ex mandato agit: cohæres familiæ erciscundæ, *d. l. 14. § Labeo.* Ex quo tamen non rectè quis intulerit, ita numquam huic actioni locum futurum, quòd scilicet semper negotiorum gestorum actio competere possit; quia non est animus gerendi negotium, quòd cum defuncto potiùs dicatur contrahi, quàm cùm hærede *l. 1. h. t.* Cujus sensus non est; quasi verè cum defuncto contraheretur: sed quòd in funus impendens ejus sit animi, ut recipiat ex bonis defuncti. Vicina huic est actio de de impensis in mortem defuncti, *l. 3. C. h. t.*

Ter-

11 Tertia Rubricæ pars est, ut funus ducere liceat per viam publicam, *l. Ne corpora* 38. *h. t.* quia funeris faciendi aditus semper esse debet, *l.* 10 *h. t. l.* 5. *inf. De sepul. viol.* Non habenti viam ad sepulchrum, cedere eam vicinum coget Præses, *l. Si quis* 12. *h. t.* ne corpora prohibeantur sepeliri.

12 * Ex caussa debiti sepultura neutiquam impedienda: quia corpora mortuorum nec detinenda, nec vexanda statuta in reum pœna quinquaginta librarum auri; qui si minùs idoneus sit corpore pœnas luit, *l. fin. Cod. De sepul. viol.* Prohibitum & jure Novellarum inquietare moribundum, & intra novem dies ab obitu ejus, adversus hæredem molestiam facere, *Auth. item qui eum seq. C. hoc tit.* quod tamen consuetudine non ita servatur.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 7. De Religiosis & sumptibus funerum.

AD *n. VII.* Impensa funeris ante omnem creditum, cùm bona solvendo non sunt, ex hæreditate deducuntur, *l. pen h. t* Quod etiam ad eas expensas, quæ ob morbum defuncti, puta in pharmacopolio contractæ sunt, extendi consuevit. vid. quos allegat W es. *h. t. n. fin.* Schot *in Examine Iur. pag.* 345. Et an hujusmodi expensæ præferantur creditori expressam hypothecam habenti? vid. Surd. *decis.* 111. Aliàs Impensæ funebres, quibus privilegiis gaudeant, & quibus creditoribus præferantur, vid Berlich. *part. 1. concl. 64. n.* 84. 85. 86. Et funebrium Impensarum nomine, quæ veniant? *n.* 87. 88. 89. *& seqq.*

Si maritus uxorem funerari curavit, & in ejus exequias impensas fecit, quis illas impensas sufferre debeat Vid. Berlich *part* 3 *concl.* 29. *n.* 120. *DD. communiter ad l* 11 *C. de Neg. Gest.*

Ad n. XI. An mortuum liceat ducere per alterius territorium absque denunciatione? Vid. Besold. *in thes. Pract. verb.* Durchführung der Verstorbenen.

Judex Ecclesiasticus potest cadaver usurarii alicujus sequestrare & facere ut non sepeliatur, donec illius hæredes caveant de usuris restituendis. Vid. Pett. Peck. *de Iur sistend c.* 5. *n.* 25. *pag.* 61. *in fin.*

TITVLVS VIII.

De Mortuo inferendo, & sepulchro ædificando.

SVMMARIVM.

1. *Interdictum de mortuo inferendo.*
2. *Item de sepulchro ædificando.*

1 MOrtuum inferre, quò inferendi jus habet, impeditus potest agere interdicto prohibitorio, *l.* 1. *hoc tit.* Potest etiam uti actione in factum in id quod sua interest, *l.* 9. *tit prox.* Pregnantem lex humari vetat ante excisum partum, quòd posset spiritus animantis perimi, *l* 2. *h. tit.*

2 * Non est etiam quis impediendus ędificare monumentum, ubi sepeliendi jus habet, eique competit interdictum, quia religionis interest monumenta extrui, & exornari. Reficere quoque nemo impediendus, *d. l.* 1. *in fine*, uti nec imperfectum perficere *l. fin. hoc tit.*

FINIS LIBRI UNDECIMI.

HEN-

HENRICI ZOESII J.C. IN LIBRUM DUODECIMUM. DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De rebus creditis, si certum petetur, & de Condictione.

SUMMARIUM.

1. *Contractus quibus modis ineatur.*
2. *Rerum creditarum nomine quæ hic veniant.*
3. *Condictio & Condicere quid.*
4. *Condictio alia certi, alia incerti.*
5. *Contractus qui re iniri dicantur.*
6. *An & innominati?*
7. *Mutuum quid?*
8. *Requisita ad contractum mutui: primò, ut interveniat quantitas.*
9. *Datâ specie, ut ex ejus distractione pecunia sit mutua, an mutuum contrahatur.*
10. *Secundò, ut dominium rei mutuatæ transeat in accipientem.*
11. *Debita nobis pecunia, eam alteri delegando, an fiat mutua?*
12. *Deposita pecunia, quæ sit depositarii, transit in mutuum.*
13. *Pecunia ex re furtiva redacta est materia mutui.*
14. *Item nummi proprii, dati nomine alterius, absentis & ignorantis.*
15. *Alteri per alterum quando non acquiratur.*
16. *Pecunia nostra nostro nomine per alium, nobis ignorantibus, mutua datur.*
17. *Tertiò, ut eadem res reddatur.*
18. *Lectio & intellectus tex.* Instit. Quib. modis re contrah. oblig.
19. *Reddi potest eadem res in specie, si extet.*
20. *Reddenda res ejusdem generis, non alterius.*
21. *Pecunia in simili specie reddenda, ex conventione.*
22. *Non etiam, si nihil de eo convenerit.*
23. *Corpora in mutuum cur non veniant.*
24. *Reddenda quantitas pecuniæ, quæ fuit tempore numerationis.*
25. *In aliis rebus fungibilibus inspicitur bonitas intrinseca ipsorum corporum.*
26. *Æstimatio referenda ad tempus solutioni dictum.*
27. *Tempore nullo adjecto, in bonæ fidei judiciis spectandum tempus rei judicatæ, in strictis litis contestatæ.*
28. *Ratio hujus distinctionis.*
29. *Eadem est ratio juris in loco adjecto.*
30. *Ex caussa moræ inspicitur tempus, quo res plurimi fuit.*
31. *Intellectus* l. 3. De condict. tritic. & l. 8. §. 1. De condict. furt.
32. *Æstimatio cur non referatur ad tempus contractus, aut dati mutui?*
33. *Actio ex mutuo quibus competat.*
34. *Præsidibus provinciarum non competit.*
35. *Filiofam. & servo quatenus detur.*
36. *Servus post mortem domini, eam ignorans, acquirit hæreditati.*
37. *Mutuum non contrahit.*
38. *Actio ex mutuo contra quem detur.*
39. *Pupilli, furiosi & prodigi quatenus ea teneantur.*

40. Pro-

40. *Procurator mutuum accipiendo an obliget dominum?*
41. *Civitas ex mutuo per administratores contracto non obligatur, si non in rem ejus sit versum.*
42. *In rem esse versum probare creditor debet.*
43. *Nisi ex mandato speciali mutuo accepto.*
44. *Creditore non probante civitas non tenetur.*
45. *Cives ex hujusmodi mutuo qualiter teneantur.*
46. *Mutuo per tutores contracto quatenus obligentur pupilli.*
47. *Officium judicis in hac actione, ut jubeat reddi rem ejusdem generis.*
48. *Idque cum omni caussa & fructibus.*
49. *In strictis judiciis à tempore litis contestata, in bona fidei à tempore mora.*
50. *An & usura veniant?*
51. *Intellectus* l. Lecta 47. h. t.
52. *Condemnandus reus ad mutui solutionem, etiam in casu, quo periit.*
53. *Condictio est quoque rerum non fungibilium.*

EXpositis realibus, & annexam caussam habentibus, venitur ad personales actiones, quæ non ex dominii vel possessionis caussa fluunt, sed ex conventionum obligationibus nascuntur, quibus debitum ab eo, qui obligatus est, exigimus. Oriuntur hujusmodi obligationes ex contractu & delicto. De delictis inferiùs agitur.

1 • Contractus re initur, aut verbis, aut consensu, *l. 1. §. 1. inf De oblig. & actionib.* ubi non meminit J. C. obligationis quæ literis aut nominibus contrahitur, quod in desuetudinem abiisset, licet rem pressiùs limitantibus verba, & literæ possent videri potiùs formulæ, accessiones, ac vincula contractuum, quam veræ conventionum species. De iis, quæ re contrahuntur, primo loco agitur, ob similitudinem quam habent cum acquisitione dominii, quod nti traditionem requirit, ita & hi contractus non ante perfecti sunt, quam ubi res tradita initium obligationi dederit.

2 • REI nomen positum in Rubrica, generale est, comprehendens ea omnia, quæ in obligationem deduci possunt. *Credendi* verbum ad omnes contractus pertinet, in quibus alienam fidem sequimur, aliquid recepturi, *l. 1. hoc tit.*

3 • *Condictionis* appellatione, de qua tertia Rubr. parte, omnes in personam actiones denotari traditum *§. appellamus 15. Instit. De actionib.* quod olim in personam actori adversario denuntiare solerent, ut certo die judicio adesset, quod veteres dicebant *Condicere*, id est simul dicere vel constituere. Unde Festus, *Condictio*, inquit, *est ejus rei, qua agitur, in diem certum denuntiatio.* Pristinus ille denuntiandi modus etiamsi hodie cesset, mansit tamen Condictionis appellatio, pro actione personali, qua nobis dari, aut fieri quid petimus.

4 • Condictio alia est certi, quæ ex omni caussa competit ex qua certum petitur, *l. 9. hoc titul* id est, quando id, quod debetur, apparet quid quale quantumque sit, *l. Stipulationum 74. inf De V. O.* juxta secundam Rubricam partem, quam aliqui malè volunt obtinere tantum in pecunia numerata. Nec facit pro iis, *l. 1. inf. De condict. tritic.* cum quod ibi dicitur, eum qui certam pecuniam numeratam petit, actione si certum petetur debere, tantum sit respectu condictionis triticariæ, qua non condicitur pecunia. Vocatur autem ista actio condictitia, *l. Si quis 34. hoc tit.* Alia est condictio incerti, quæ ex omni caussa datur, ex qua incertum petitur, quando scilicet non apparet, quid, quale, quantumque sit id, quod debetur, *l. Ubi autem 75. infra De V. O.*

5 • Contractus re initi, de quibus primò agi diximus, ita dicti, quod ad sui substantiam desiderent, rei interventum; cujus ordinis sunt nominati contractus, Mutuum, Depositum, Commodatum, Pignus. Adjungitur & Indebitum, quod non propriè ex contractu; sed quasi ex contractu obligationem ponit de quo infra Tit. IV.

6 • Innominatos contractus non malè dixeris, re iniri, quod & in his sola conventio non ponat actionem; nam ante rei interventum, non nisi nudum pactum continent. Qua ratione Paulus, in *l. 1. §. item emptio infra De rer. permutat.* ait, permutationem demum ex re tradita initium obligationi dare.

De Mutuo præcipuè hoc Tit. agitur, non obstante, quòd Rubrica *De rebus creditis*, generalior videatur; res enim credi & aliæ dicuntur, quàm fungibiles nihil tamen absurdi inde sequitur, ut patet ex aliis Rubricis, quæ sunt generaliores, & tamen non continent tractatum; nisi de certa obligationis specie.

7 • Crediti itaque species est mutuum, dictum quasi ex meo tuum, *l. 2. § 2 hoc t.* quod est contractus, re initus, quo datur quantitas ea lege, ut non in specie sed in genere reddatur, ejusdem bonitatis, & qualitatis. Ubi notandum, speciem, & genus hic aliter sumi, quam apud Philosophos, quibus species est id, quod de pluribus numero differentibus

prædicatur; genus quod prædicatur de differentibus specie: cùm species hic sit ipsum individuum, ut hæc pecunia mutuò data, hoc triticum, hoc vinum; genus verò sit species, scilicet pecunia, vinum, triticum. Ut sensus sit, idem triticum, vinum, eamdem pecuniam, quæ data, reddi non debere, sed sufficere reddi triticum, vinum, pecuniam.

8 Ut ad contractus hujus valorem desideretur. Primò interveniat quantitas; quo nomine venit res, quæ consumitur usu, constans pondere, numero, vel mensurâ, id est, quæ datur ad numerum, pondus, vel mensuram, & in genere suo functionem recipit, ut mox dicemus. Hujus generis sunt oleum, frumentum, pecunia. Excluduntur aliæ res, non constantes pondere, numero, vel mensurâ; ut bos, equus, fundus, liber, & similes, quæ quidem commodati, precarii, depositi sunt materia, neutiquam mutui: quas si non in specie, sed in genere reddideris, non potes idem videri reddidisse; tum quod rerum istiusmodi dominium semper penes nos manserit; tum quòd affectus sit circa res istas: quorum utrumq; aliter se habet in mutuo, ut patebit ex dicendis. Nec obstat, quod interdum & talium rerum pretium constituatur per libras: hoc enim tantùm per accidens, non secundùm rei naturam, quæ inspicitur.

9 Quæsitum hic, An possit dici mutuum contrahi, dando speciem, ut ex ejus distractione procedens pecunia habeatur mutua? Africanus in *l. Qui negotia 34 in fine princ. inf. Mandati*, negat talem pecuniam ut creditam peti posse; ex ratione, quòd numquam fuerit mutuantis, ut videatur obstare ratio nominis. Facit & *l. Rogasti 19. inf De præscriptis verbis*. E contra Ulpianus, in *l. Rogasti 11. in pr. h. t.* putat mutuam pecuniam factam esse. Ad conciliationem horum locorum aliqui dicunt *d. l. 11.* loqui de pecunia extante, dictam verò *l. 34.* de ea consumpta. Verùm minùs benè, cùm neuter J.C. spectaverit, consumpta esset, nec ne; nec ea res quidquam faciat, cùm, etsi consumpta esset; non tamen consumpta sit obligatio. Rectiùs plerique conciliant hæc loca, accipiendo *d. l. 34.* de stricta juris ratione, secundùm quam non potest dici mutuò à me data pecunia quæ numquam mea fuit; dictam autem *l. 11* de benignitate, per fictionem brevis manus, circuitus evitandi caussa, quasi ea pecunia ab emptore pervenisset ad rei venditæ dominum: ab eo ad mutuatarium, cum per alium accipiens per seipsum accipere videatur *l. 3. §. sed si de donat. inter vir. & uxor.* Cujac. *ad d. l. 34. tract. 8. ad African.* Cujusmodi fictio brevis manus & aliis in casibus recepta, uti mox dicetur. Non obstat *d. l. 19.* ubi isto casu videtur dari actio præscriptis verbis: ibi enim de eo agitur, qui, sive vendidit rem acceptam, sive non vendidit, pecuniam tamen mutuam non accepit.

10 Secundò requiritur, ut dominium rei traditæ transeat in accipientem, juxta nomen ex re natum, ut jam est dictum. Mutuum quippe vocatur, quod è meo tuum fiat, & vicissim ex tuo meum: inest enim isti verbo reciprocatio mei, & tui. Unde oportet dominum esse dantem, *l. 2. §. pen h. t.* quia in rem alienam nihil juris est; & dispositionem liberam habere. Quo modo à pupillo, furioso, prodigo accepta non fit credita, quæ proinde vindicari potest, nisi consumptio bonâ fide faciat mutuum convalescere, *§. nunc admonendi Instit Quib. alien. non licet.* A filiofamilias, servo dati peculiares nummi rectè dicuntur mutui, quia voluntate patris, vel domini videntur dati, atque illis quæritur actio, *dict. §. penult.*

11 Quæri potest de debita nobis pecunia, an alteri illam concedendo fiat mutua? Id juris stricti ratio non videtur admittere, quòd pecunia debita non possit videri nostra. Receptum tamen benignè, ut ait Africanus, in *d. l. 34. inf Mandati*, pecuniam, quàm à debitore meo jussero Titium accipere, creditam fieri; propterea quod qui debitorem delegat, videatur mutuum dare, *l. Qui debitorem inf. De fidejussorib.* Et probat Ulp. in *l. Singularia 15. h. t.* etiam in casu, quo quis quod debet mandat, ut crediti nomine retineat; subjunctâ ratione, quod in duabus personis receptum, in una sit recipiendum, hoc est, si ab alio debitos mihi nummos acceperis meâ voluntate, meos videris accepisse; quidni si à te ipso debitos mihi nummos meâ voluntate habeas tamquam meos? Quod facilior fictio, breviorque manus ibi sit, ubi tantùm est una persona, & tu videaris mihi solvisse debitam pecuniam, & protinus eamdem à me accepisse: licet hoc Africano non placuerit in *d. l. 34.* contra quem Ulp. in *d. l. 15.* argumentatur à minus probabili ad probabilius.

12 Expeditius hoc procedet, quando quis pecunia deposita uti depositarium permittit: quia pecunia, quæ deponentis est, fit depositarii *l. 9. §. fin. h. t.* consensus enim est loco traditionis argumento eorum, quæ traduntur *§. interdum Institut. De rer. divis.* Ut nihil desideretur ad mutuum proprium; quatenus tamen pecuniæ depositæ purè permittitur usus; nec obstat *l. & si 10. h. t.*

ubi,

ubi, si depositæ rei usus arbitrio depositarii permittatur, depositum non mutatur, nec vertitur in mutuum, antequam mota fuerit, id est depositarius eâ utatur. Quo facto demum ostendit se eam mutuam habere velle, ejusque periculum subire; quod & habet *l. 1. § si pecunia apud te 14. inf. Depositi.*

13 Nostram itaque pecuniam dando contrahitur mutuum, non attentâ origine pecuniæ. Unde & ex re furtiva redacta, si detur, mutua fiet, *l. 7. h. t.* cum licet res vendita fuerit affecta vitio, non tamen & ex ea redacta pecunia, *l. Qui vas 48. §. fin. inf. De furtis.*

14 Quid si aliquis nummos suos dederit nomine Mævii absentis, & ignorantis? Posset videri nec numeranti actionem quæri, quia non voluit, nec Mævio, quia non potuit; obstante regulâ, quæ habet, alteri per alterum non acquiri, *l. Stipulatio 38. §. alteri inf. De V. O.* Responsum tamen in *l. Certi 9. §. si nummos h. t.* condictionem acquiri Mævio. * Non obstante *d. §. alteri*, qui accipiendus de actu civili, uti stipulatione, *d. l. 9. §. quoniam*, per quem non potest alteri per alterum acquiri. Secus est in actu naturali, uti numeratione nomine alterius *leg. Ei qui 53. inf. De acquir. rer. dom.* In illo enim consideratur dispositio juris civilis, quæ vult per unum quemque quæri quod sua interest; in hoc autem juris gentium, quod non impedit actum naturalem alteri fieri, *l. 6. C. De condict. indeb. l. 3. C. Per quas pers. nobis acq.* & expressè id ipsum deciditur *l. Si ita 126. §. 2. De V. O.* Ut licet alieno nomine inutiliter stipulemur: non tamen etiam inutiliter credamus. Quod ita jure singulari utilitatis caussa receptum ob crebrum, & necessarium pecuniæ creditæ usum: ut & alia quædam singularia hac in materia recepta esse dicuntur, *l. singularia 15. h. t.* Cujac *ad d. §. 2. lib. 3. Quæst. Pauli* cum aliàs exceptâ possessione, per liberam personam extraneam nihil acquiramus, l. 1. C. *Per quas personas.*

16 * Quod multò magis procedet, si nostra pecunia nostro nomine mutua detur per alium, etiamsi numerationem nomine nostro factam ignoremus; imò etiamsi nomen repudiemus, id est, nolimus agere cum isto debitore, ut patet ex *l. 4. Cod. Si certum pet.* in verbis, *reprobato nomine*, junctis sequentibus, in quibus datur domino pecuniæ licentia cedendi actionem illi, qui numeravit, ut illam ante habuisse debuerit; & hoc ita ex æquo, bonoque quod vult pecuniam meam, quæ ad te pervenit, mihi reddi, *l. Si me & Titium 32. h. t.*

17 Tertiò desideratur, ut res eadem reddatur, non in specie sed in genere, ejusdem qualitatis, & quantitatis, *l. 2. in princ. hoc titul.* propterea quod res, quæ materiam mutui ponunt, functionem in suo genere recipiant, & altera alterius vice fungatur, sine ullo detrimento mutuantis, cui tantundem proficit res in genere reddita, ac si eadem numero, quæ data est, reddita fuisset, *d. l. 2. § 1.* ut vero alia ejusdem generis reddatur res necessarium est; quia aliàs contractus hujus usus inutilis esset, cum usus talium rerum, sit in abusu; cui stipulatio, ut res eadem numero reddatur, impedimentum ponet, & pecunia, quæ sit data, ut recipiatur, non alienabitur, *l. Qui sic 55. De solut.*

18 * Unde quod secundùm quosdam textus, *instit. Quibus modis re contrah. oblig.* legitur *& quandoque nobis non eadem &c.* accipiendum pro *quandocumque*; ut sensus sit, quando cunque mutuum reddendum, non in specie, sed in genere. Rectiùs tamen plerique ibi legunt *& quoniam* nobis meliore sensu, & constructione.

19 Reddenda itaque res eadem in genere, non in specie. Si tamen eadem extet, nihil impediat eandem reddi, quia satisfit obligationi, cum redditur, quod debetur; & satis sit ab initio conventum esse de re ejusdem generis reddenda, ex quo contractum æstimamus, nec interest creditoris, si de bonitate, & quantitate nihil deperierit, Accurs. *in dict. l. 2. Glossa 1.* ubi Vigl. *num* 10. quia mutuo non satisfieret, reddendo rem deteriorem; etiamsi de reddenda æque bona nihil convenerit, quia ex natura actionis hoc actum intelligitur, *l. 3. h. t.*

20 Reddenda autem res non alterius, sed ejusdem generis. Unde vinum vetus si datum fuerit, tale reddendum; novum reddendo invito non satisfeceris, *dict. l. 3.* quia non æquè bonum reddes: vinum enim vetus melius est novo. Multò minùs aliud pro alio obtrudes creditori, uti vinum pro tritico: ut ne quidem æstimationem rectè offeras, quod hæres in genere tantùm suo functionem recipiant, non etiam respectu diversi generis *d. l. 1 in princ.* Volenti tamen ex postfacto unum genus pro alio rectè solvitur, & liberat debitorem, *l. Pretii 9. C. De resc. vend.* cum jure suo renuntiare cuilibet sit permissum.

21 De pecunia mutuò data quæritur, An sit in simili specie reddenda, ut aurea pro aurea? Certum est, si nominatim convenerit de reddendis aureis in specie, speciem reddendam, non æstimationem; lex enim contractus servanda, *l. 1. §. si convenerit inf. Depositi.* Cui non obstat, quod valor

valor nummorum possit excrescere commodo mutuantis, cùm possit & decrescere damno ejusdem, ut res ista sit in casu posita, quem uterque æqualiter subit. Deinde obscuram pactionem illi nocere scriptum reliquit Papinianus, in cujus potestate erat legem apertius conscribere, *l. Veteribus 39. sup. De pactis.*

22 Tantùm est quæstio de casu, quo nihil convenerit. Et posset videri non nisi in simili specie, & forma restituenda pecunia; quia aliàs aliud pro alio restitueretur, cum argentum ab auro toto genere differat. Probabilius tamen, alterius materiæ nummos, probos tamen, reddendo satisfieri creditori, nec eum recusare eos posse; quia cum in nummis non tam spectetur materia, quam æstimatio publica, secundùm quam usum sui præbent, *l. 1. in fine inf. De contrah. empt.* non possit videri tam reddi aliud pro alio, quàm idem, quod creditum scilicet quantitatem, quam creditam esse & non corpora, habet *l. Si is cui 94. §. 1. inf. De solutionib.* quam ideo reddi satis erit: 23 * Non etiam eo pora necessariò reddenda, cum in mutuum non veniant, sed eorum usus in quantitate, & valore consistat Hinc *l. Quæ extrinsecus 65. §. 1 inf De V O.* stipulanti denarios, promittens aureos, in eandem quantitatem dicitur obligari, quod non foret, nisi congruè responsum esset petitioni, & sic ad idem, respectu quantitatis scilicet, non materiæ quæ diversa est; aliàs enim stipulatio vitiosa esset. Et hanc partem fovet *l. Debitorem ad Creditorem 99. inf. De solutionib.* ubi non cogitur creditor in aliam formam nummos accipere, si ex ea te damnum aliquod fit passurus, Unde à contrario sensu, si non est passurus damnum accipere cogitur, Batt. *ibi n. 3.* quod ex diversitate nummorum, si probi sint & auctoritate publica combrobati, ratum est ut accidat, si alia non concurrant, cum uti dictum, non tam ex substantia, quam ex quantitate, & æstimatione publica usum sui præbeant. Ubi rectè monet Batt. damnum istud non esse æstimandum ex nuda affectione creditoris, quæ in nummorum corporibus caussam nullam justam habet, sed quod continet patrimonii diminutionem, quæ contingit, si ex pacto erant reddendi ejusdem generis nummi aurei scilicet, quorum valor jam accreverat. Abbas *ad caput quanto numer. 2. De censib.* Covarr. *De vet. num. f. collat. cap. 7. §. unico numer. 3.* Donell. *ad l. 1. num 10. hoc tit.* Quò videntur principes nostri respexisse, qui edicto anni 1601. art. 5. mandarunt reddi mutuum in eadem forma, quadatum ne aliàs pro beneficio consequatur detrimentum. Quod & iidem in deposito statuerunt, art. 6. in casu, quo usus pecuniæ depositario concessus, vel pecunia in genere deposita.

24 Ex dictis patet, nummis mutuò datis, illam quantitatem esse reddendam, quæ fuit tempore numerationis, quod, ut dictum, illa sit mutuò data, non etiam corpora: nisi aliud actum sit, vel nisi mora debitoris faciat mutationem ei oneri esse, *l. 5. hoc titul.* mora enim sua cuique nocet. 25 * In aliis rebus, uti vino, oleo, frumento, ipsorum corporum intrinseca bonitas inspicitur, non etiam æstimatio, quæ est extra rem, & ejus vice non fungitur, ut aliud faceret pro alio solvi, contra quam receptum hac in materia *l. 2. § 1. hoc titul.*

Difficultatem hic aliquam videtur movere, *l. Vinum 22. hoc titul.* quod in ea agatur de æstimatione præstanda, & inquiratur ad quod tempus illa sit referenda: ut etiam æstimatio possit videri venire, & illam dando liberari debitor. Verùm ibi ideo mentio fit æstimationis: quia potest contingere rem ejusdem bonitatis, generis reddere, minùs integrum esse debitori, aut etiam ratione moræ rei, malle creditorem ad æstimationem agere, vel eam oblatam à reo non repudiare. Dico non repudiare; quia verius est, invitum cogi non posse recipere æstimationem, quæ aliud ab ipso, quod mutuo datum. *d. l 2.* & quia contractus hic stricti juris, non admittens arbitrium judicis ex æquo, & bono Vigl. *ad d. l 22. num. 64. & seq.*

26 Itaque cum æstimatio præstanda venit, quæritur, ad quod tempus sit referenda? Responsum in *d. l. Vinum & l. fin. inf. De condic. tritic.* sub distinctione, scilicet quod, si tempus solutioni dictum fuerit, æstimationis ratio, & determinatio ei sit accommodanda; quòd contrahentes dici certæ electione, & adjectione censeantur in ejus dici æstimationem consensisse, ex quo obligationis effectum nominatim in eam contulerint, *l. Quoties 59. De V. O.*

27 Si nullum adjectum fuerit tempus, dubitatum est, quodnam sit inspiciendum, ob loca variantia, quorum aliqua litis contestatæ tempus; alia condemnationis volunt attendi. Dicendum videtur, cum Cujacio, *ad d. l. 59. De V. O.* in bonæ fidei judiciis spectandum esse tempus rei judicatæ, ut quanti tunc est, quod petitum tantum detur, per *l. 3 § in hac actione inf. Commodati.* in strictis autem tempus litis contestatæ, *d l. V. num & d. § in hac.* quod colligitur ex verb. *d. l. 22.*

l.22. cum petitum esset: judicialiter scilicet. Petitionis enim verbum etsi & extra judicialem designet: probabiliùs tamen ad eam refertur, quæ fit in judicio: & id maximè confirmat *d. l. fin.* 28 in verbis, *cùm judicium acciperetur.* * Ratio differentiæ est, quia in illis judex habet liberam ex æquo & bono æstimandi facultatem, quantum dari oporteat; ideoque tota consideratio eò refertur, ut quod tunc ille æstimaverit attendatur. In his verò judex adstringitur ad quantitatem petitam; ut veniat res præstanda quanta tunc est. Nam æstimatio, quæ fit officio judicis, eo tempore ineunda, quo primùm ei locus esse cœpit, id est cùm lis contestata, per quam quasi contrahitur, *l.3. §. idem scribit inf. De peculio,* seque obligat reus ad rem, quæ est in obligatione: nec videtur judicium ultra suscepisse, quam res ipsa est litis contestatę tempore.

29 In loco idem juris, scilicet quòd ejus loci æstimatio sit attendenda, de quo expresse, vel tacitè convenit, *d.l.22. in fine & d l.fin.* Dant enim conventiones, & pacta legem contractibus, & loca, uti tempora pretii Diversitatem adferunt, *l. Pretia 63. § fin. Ad L. Falcid.* Si de nullo convenerit, ejus loci æstimatio veniet, ubi res petita; *d l.22. & d. l. fin.* Est enim eadē ratio loci, quæ temporis: ut ex istis textibus sumatur argumentum de tempore ad locum, & contra, de quo Præses Everardi in *locis suis Legalib.*

30 Videtur dictis obstare *l.8. §.1. inf. De condict. furt. l.3. De condict. tritic. & l penult. de contrah. empt.* quibus in locis dicitur illud tempus inspiciendum, quo res plurimi fuit, sive petitionis sive condemnationis, sive interitus. Verùm dicta loca loquuntur in casu, quo mora fuerit commissa, quæ facit considerari illud tempus, quo res plurimi fuit. Ut eò referenda sit æstimatio, non tantùm in bonæ fidei judiciis, *d. §. penult.* sed & in strictis. *d. §.1. & d. l. 3.* idque in odium morosi, cui potiùs est ut mora noceat, quàm creditori. Possent tamen dicta de mora videri minùs convenire *d. l. 22.* quæ in mutuo litis contestatæ tempus vult inspici: de mora non loquitur, uti nec *d. l fin.* * Deinde *d l.3. & d. §.1.* decisio non videtur spectare ad mutuum, vel rem in genere debitam: sed ad speciem certam promissam, factam deteriorem reddendo, aut interemptam post moram debitoris: cujus ideo rationem habere omnimodò postulat æquitas, quod iniquum sit per moram suam rem debitam factam deteriorem reddendo, vel per eam interemptam, eximi debitorem, cujus mora perpetuat obligationem, *l. si servum 91. §. sequitur inf. De V. O.* qua de re actum supra, *tit. De rei vindicat.* Quod idem in mutuo dici nequit, in quo venit res in genere debita, quæ non potest videri periisse, aut pejor facta, non etiam res certa: ut parum referat mora sit facta, necne. Et hoc, quatenus agitur de ipsa re: si enim agatur de æstimatione, mora, quæ contrahitur per adjectionem diei, quæ interpellat pro homine, vel per contestationem, sive per interpellationem convenienti loco, & tempore factam, ut dicetur infra ad *tit. de usur.* mora, inquam, faciet haberi æstimationis rationem, quanti ab eo tempore res fuerit plurimi, *d. §. pen.* Hinc si, quo tempore Titium ad vinum mutuum reddendum interpellatem, pretium ejus fuerit decem aureorum, postea creverit ad quindecim, debebuntur mihi quindecim, quia mora ejus fecit mihi præstandum, quod habere, aut essem habiturus, si vinum mihi tempori fuisset solutum.

31 Quæritur hic, Quare non habeatur ratio æstimationis, quæ fuit tempore contractus, aut dati mutui? Dicendum, aliam esse rationem bonitatis intrinsecæ, aliam extrinsecæ, vel æstimationis. Vinum reddendum est in eadem bonitate, quà datum: quia cum vino simul data bonitas quę à vino separari nequit: æstimatio autem data non fuit, & ita non debita, quia est extra rem, tantumque abest, ut bonitas extrinseca rei sit pars, ut nec bonitate nascatur augmentum, nec etiam diminuantur hujusmodi rerum pretia ex copia aut inopia. Atque ita licet eadem, qua accepta res, bonitate, reddenda sit: non tamen eadem æstimatione, quę præstanda secundùm pretium, quod nunc est rerum ejusdem bonitatis, licet cum damno creditoris: quod sibi imputet, qui contractui aliam legem dicendo, sibi non providit, *l. Veteribus sup. De pactis.* Aliud est in pecunia numerata, in qua quia inspicimus bonitatem extrinsecam, æstimationem referimus ad tempus numerationis, secundùm dicta.

32 Ex mutuo est actio, quæ dicitur condictio certi, competens illis, qui mutuum dederunt, & dare potuerunt. Unde pupillo, furioso, prodigo, qui sine tutore, vel curatore pecuniam dederunt, non videtur competere, quia cùm administrationem pecuniæ non habeant, non potuerunt eam facere accipientis. Ut rei vindicatio sit salva, nisi tamen consumpta bona fide pecunia faciat mutuum convalescere, *l. si à furioso* 12. &

12. & *l. Non omnis* 19. *hoc tit.* Quod & in fure obtinet, ut cum nummos non faciat accipientis, nec sit illi condictio, nisi demùm illis consumptis *l. Nam etsi* 13. *h. t. l. Si is* 94. *inf. De solut.* Sic & error interveniens impedit quidem hunc contractum, consumptio tamen dabit condictionem, licet non semper efficacem, ut in casu, *l. si ergo* 18 *hoc titul.* Nummi quoque alieni dati non ante condictionem patiunt, quàm consumpti, *dict. l.* 13. §. 1. Est autem pupillis, & minoribus condictio pecuniæ datæ, auctoritate tutoris, aut curatoris, vel etiam per illos datæ. Uti & militi competit ejus pecuniæ condictio, quam procu-

34 rator credidit, *l. si pecuniam* 26. *hoc titul.* * Præsides provinciarum, & qui circa illos sunt, negotiari, mutuam pecuniam dare, fœnus exercere prohibentur, *l. Principalibus* 33. *hoc titul.* ut condictionem habere non videantur, *l. Non licet* 46. *De contr. empt.* Cujus ratio in primis videtur, quod minus conveniat negotiari illi, qui provinciam regit. Deinde quod ob imperium, & potestatem posset libertatem exercendi commercii provincialibus minuere. Et licet mutuum gratuitum nihil mali contineat: vitandæ tamen fraudis caussa, quæ legi prohibenti fœnus fieri posset, & hoc prohibitum. Quod ita obtinet in præsidibus, quibus, cum sint temporales, non est grave abstinere à negotiationibus. Ut Officialibus, qui sunt perpetui, negotiari, mutuam pecuniam dare & fœnebrem exercere, non sit prohibitum, *l Præsidis* 34, *hoc titul.* Mutuam pecuniam accipere non est Præsidibus prohibitum *d. l.* 34. *in fine* nisi subsit metus malæ rei, *l. Quisquis Cod. Si certum pet.* Vid. Fanchin. *lib.* 2. *cap.* 79 & 80.

35 Filiusfamilias rem peculiarem mutuò datam hac actione condicit, non etiam rem patris, cujus non habet administrationem. Idem in servo juris est, cui concessa administratio peculii. Ut à servo fugitivo data pecunia non fiat accipientis: consumpta tamen sine dolo malo dabit condictionem ex mutuo, *l. Rogasti* 11. *in fine hoc titul.* Quòd à servo fugitivo data pecunia non fiat accipientis, ideo est, quia videtur revocata administratio peculii, *l. Libera* 48. *infr. De peculio.* Facit enim mutata conditio servi cessare voluntatem domini.

36 Unde Quæsitum in *l. penult. h. t.* An servus præpositus Kalendario post mortem domini, eam ignorans rectè illud exerceat? Ubi Notandum, Kalendarium dictum; quod in singulas Kalendas sive menses & veteres solerent exigere usuras, & novas stipulari & responsum, servû stipulando sibi, etiamsi manumissum testamento, ignorantem tamen, acquirere hæreditati, tamquam bona fide possessum, quæ jacens sustinet personam defuncti; post aditam hæreditatem neutiquam acquirere hæredi, scienti testamento servum manumissum, quod fit in mala fide. Quantùm ad debitores, qui solverunt tali servo, ignorantes mortem domini, responsum eadem *l. penult.* eos liberatos, ob justam & probabilem ignorantiam. * Contra ibi responsum de

37 pecuniis mutuò datis per talem servum, quòd non fiant accipientium, quia alienæ, cum esset mandatum per mortem domini, ut non possit mutuum videri contractum. Nec obstat, quod dicantur debitores rectè solvisse: quia alia est caussa liberationis, alia obligationis. Illa favorabilis, non hæc. Nec faciet quidquam stipulatio domino nominatim facta, quia ea inutilis, ut facta mortuo.

38 Competit hæc actio contra eum, qui mutuum accepit: non etiam contra eum, qui accepturum se promisit, quia non pacto, sed re contrahitur hujusmodi obligatio. Unde dicitur, esse in potestate promissoris, ne accipiendo se obstringat *l. Qui pecuniam* 30. *hoc tit.* * Pupilli,

39 furiosi, prodigi non aliàs tenentur, quam si tutorum aut curatorum auctoritate mutuum acceperint, *Instit. De auctorit. tutor. in princ.* Si tamen acceperint sine auctoritate, & facti sint ditiores, sua det æquitas & his condici mutuum, & permittit rescriptum Divi Pii in *l.* 3. *in princ. inf. Commodati.* Pubes etiam habens curatorem mutuum accipiendo obligatur, *l. Puberes* 101 *inf. de Verb. oblig.* Filiusfamilias quidem ex mutuo obligatur, sed per Senatus consultum Macedonianum tutus patrem non obligat, nisi ex ejus voluntate contraxerit, ut quia præpositus mercibus, vel in ejus rem mutuum sit versum. Quod & de servo dicendum, qui mercibus præpositus, *l. si institorem* 29 *hoc tit.*

40 Dubitatur de Procuratore mutuum accipiente, an obliget Dominum? Videndum, quæ fuerit voluntas domini, constituendo procuratorem, & quam potestatem ei dederit. Hinc si institor fuerit, aut negotiationi præpositus, vel pecuniis mutuò accipiendis & fœnerandis, adversus dominum agi potest, quòd mutuum censeatur contractum ejus voluntate, *arg. d. l.* 29. quia nihil refert, ipse acceperit, an alius e jus jussu.

Civi-

41 Civitatem ex pecunia per administratores ejus mutuò sumpta ita demùm obligari respondit Ulpianus *in l. Civitas 27. hoc tit.* si in utilitatem civitatis pecuniæ versæ sint. Quod in Ecclesiis & aliis collegiis obtinet, ut non aliàs teneantur, ex mutuo accepto per œconomos, quam si in rem

42 earum sit versum. * Cujus probatio posset videri incumbere civitati, collegiis, Ecclesiis, quæ excipiendo, non esse versam pecuniam in rem suam, habentur quasi loco actoris, *l. 1. de except.* ut fundamentum suæ exceptionis probandum sit ab allegante, *l. Exceptionem 19. C. de probat.* Textus tamen in *d. l. 27.* sat insinuat, eam creditori incumbere, cùm velit non aliàs civitatem obligari ex tali mutuo, quàm si in utilitatem ejus sit versum. Ut de eo primùm debeat docere creditor: incumbit enim unicuique probare fundamentum suæ intentionis. Bart. in *l. 1. C. si ad. vers. credit.* quæ hic est obligatio ex caussa mutui, versi in rem civitatis: & id asserit *Auth. Hoc jus,*

43 *in fine C. De sacros. Eccles.* * Excepto tamen casu, quo ex speciali mandato civitatis vel Capituli acceptum mutuum, vel præsente Collegio, *c. penult. De fidejussorib.* & vult id Bart. *ad d. l. Civitas num. 11. & 13.* & Jason. *ibid. num. 18* quia censetur ipsi Collegio mutuum datum: Vid. Fachin. *lib. 2. contr. 76.* Probatio hæc facienda ex conjecturis, in quibus arbitrio judicis multum tribuendum. Videtur autem Menochio 2. *Arbitrar. casu 431. num. 44.* illa sufficiens, si caussa indigentiæ & debiti solvendi sit acceptum mutuum. Quod rectè aliis displicet, ut Fachin. *d. lib. 2. c. 77.* nisi & debitum inveniatur dissolutum, quia probabile est mutuum in rem civitatis versum. Menoch. *d. l. num. 38,* ubi alias conjecturas tradit,

44 sed minùs sufficientes. * Si non probet creditor versam pecuniam in utilitatem civitatis, hæc non tenebitur, quia ejus conditionem non facit deteriorem administrator. Adeò ut ipso jure sit secura, nec egeat restitutione, cùm *d. l. 27.* dicat, tantùm eos, qui contraxerunt, teneri, non etiam civitatem. Nec excusabit administratores consensus Seniorum, quippe in quorum potestate nō sit onerare communitates sine caussa. Ut ridendus non nihil videatur, qui insulsè in sui excusationem Seniorum consensum producebat etiam in casu, quo apparebat injustum gravamen. Quasi verò Seniores, vel civitatis vel collegii liberam habe[r]ent administrationem disponendi res communitatis pro lubitu, & in perdendo, & sumptibus inutilibus gravando. Ut tales teneantur ad restitutionem gravaminis ex æquitate. * Tenentur autem cives ex mutuo

45 verso in rem suam, ut universi, non ut singuli, cùm res universitatis non sit singulorum, *l. 6. §. 1. sup. De rer. divis.* nec quod debetur universitati, singulis debeatur, *l. 2. sup. Quod cujusq. univers. nom. gest. esse dic.* Quomodo & Actor Universitatis pro ipsa, non singulis dicitur intervenire, *l. 7. d. tit.* Nisi tamen singuli in sui obligationem consenserint, vel magistratui sit ea potestas, ut etiam singulos obligare possit. Castren. in *d. l. 7. n. 2. Quod cujusque univers.* V. Pinel, *ad l. 2. p. 2. c. 4. nu. 68. & seqq. C. De rescind. vend.*

46 Idem juris est in mutuo contracto per tutores & curatores, quòd non aliàs obliget pupillos, & similes, quàm si appareat versum in rem ipsorum; aliàs tenebuntur tutores & curatores, cùm pupilli, Ecclesiæ, Respubl. æquipatentur in jure, *l. 3. C. De jure Reip. lib. 11.* ut tradit D. Præses *in suis Locis Loco 66. & 67.* Ubi quidam hanc differentiam ponunt, quòd scilicet Ecclesia & civitas ipso jure tutæ sint, minores autem indigeant restitutione in integrum, *l. 2. & 3. Cod. si advers. cred.* ex ratione, quòd illæ tantùm habeant corpus legale, ut verum naturalemque consensum habere nequeant, ex quo naturalis obligatio inducitur: quod aliter se habet in minoribus. Quod ut ita procedat in casu, quo minoribus est datum mutuum per *d. l. 1. & 2.* non etiam in casu, quo tutores mutuum acceperunt, *l. 3. Cod. Quando ex facto tutorum &c.*

47 Quantùm ad officium Judicis, in primis illi convenit, ut jubeat rem creditam ejusdem bonitatis & generis, secundùm dicta, reddere, nec plus quàm datum est, ne quidem ex pacto, *l. Rogasti 11. §. 1. hoc tit.* Ubi si conventum sit, ut pro acceptis decem reddantur undecim, non condicuntur nisi decem. Ratio est, non quod mutuum sit stricti juris, sed quòd re contrahatur: re autem obligatio contrahi nequit ultrà quàm datum. Ut minus reddatur, quàm datum, pactum valet *d. §. 1.* quia remissio juris sui facilè admittitur. Dixi, ne quidem ex pacto, scilicet nudo: stipulatio enim antecedens faciet quod ultra est conventum præstari, non tamquam ex mutuo, sed stipulatione.

48 Secundò, Judicis est, accepto judicio omnem caussam jubere restitui, *l. Cùm fundus 31. hoc tit.* Quo modo fructus venient, si res talis fuerit debita, ex qua fructus nascuntur, & fœtus, non tantùm primus, sed & secundus, id est qui ex fœtu primo natus tamquam causa. Veniet & partus mulieris, qui licet in fructu non sit, est tamen in caussa,

ca illa, *l. 8. inf. De usuris*, id est in accessione. Ut caussæ nomine id comprehendatur, quod ex re vel usu ejus oritur, quod actor habiturus erat, si litis contestatæ tempore res petita fuisset soluta.

49 * Et in strictis quidem judiciis à tempore litis contestatæ ista veniunt, in bonæ verò fidei judiciis à tempore moræ, qua de re infra, *ad tit. De usuris*. Non obstat, quòd in strictis judiciis fructuum & caussæ ratio habenda non videatur, eò quòd pro omisso in iis habeatur, quod palam verbis non est expressum, *l. Quidquid 99. de V. O.* Cujus decisio ut in iis procedat, quæ extra rem sunt, uti usuris, non tamen & in iis, quæ ex re proveniunt, in quibus visum est iniquum, post rem in judicio petitam, reum fructus & accessoria (cùm rem debuisset restituere continuò) quæsita ex sua contumacia lucrifacere, cum damno alieno. Quod ratio non fert, quę dictat, quod ex re tradita mihi tempori habere potuissem in meis bonis, etsi ad alium pervenerit, mihi restitui debere, *l. 3. §. 1. inf. De usur.* quod id ipsum & in judicium hoc videatur deductum.

50 Verùm Quæritur, si fructus reddendi, An & usuræ veniant. Quid videri posset; cùm dicantur fructuum vicem obtinere, *l. Usura 34. De usuris*. Sed ista lex loquitur de bonæ fidei judiciis. In strictis aliud juris est, ut nec post litem contestatam, quia sunt extra rem, ut dictum, ne quidem ex pacto in continenti adjecto debeantur, ex quo actionem non dari dictum suprà, *ad tit. De*

51 *pactis*, sed ex sola stipulatione.* Nec tacit quidquam famosa *l. Lecta 47. hoc tit.* quam ob obscuritatem vulgò tradunt non intellectam. Licet enim ex illa aliqui colligant, ex pacto in continenti adjecto in strictis judiciis ad usuras agi posse; malè tamen, cùm in ista lege tantùm agatur de pacto quidem in continenti adjecto, sed ex parte rei, cui eo nomine competit exceptio. Quod non negandum, cùm sit facilior quam actio, ut patet ex ipso textu, & diximus latè supra de pactis.

Finaliter Judicis est, condemnare reum ad *52* mutui solutionem, etiam in casu, quo periit: nam cùm ad mutuatarium ejus dominium transierit, ille etiam ejus subeat periculum, *l. 1. hoc tit.* cùm domino res sua pereat. Ut nihil faciat regula, quæ liberat debitorem rei interitu fortuito contingente, quia locum habet tantùm in debito in specie, non in genere, quod non perit, *l. Ex legati 23. inf. de V. O.* Quod & obtinebit in alio contractu, qui fit mutui caussa, ut in *l. 4. h. t.* ubi deposita pecunia depositario petit, quia eo nomine deposita, ut eam mutuam haberet, quando rem aliquam emisset. Sic in casu *l. Rogasti 11. in princ. hoc tit.* is, cui data res vendenda, ut pretium ejus mutuum haberet, rei periculum subit.

Et hoc ita in mutuo, quod consistit in rebus *53* fungibilibus, de quo plerisque hoc Tit. legibus in quo tamen & agitur de condictione rerum non fungibilium. Ut enim ait Ulpian. *l. 1 h. t.* condictio competit ex omni caussa, ex omni obligatione, quâ certum petitur, sive re, sive verbis, *d. l. 9. §. 3.* Ubi species referuntur. Proponitur ante de aliquibus hoc Titulo de quibus non est peculiaris Titulus. Exemplum est in *l. Fundus 31. hoc tit.* quæ agit de fundo, vel homine per condictionem petendo, quem mutui materiam non ponere ex dictis patet. Est autem id juris in istis rebus in specie debitis, ut earum interitus fortuitò contingens liberet debitorem, secundùm jam dictam regulam. Quod & nummis erit dicendum, si certi debeantur, *l. si certos 37. De V. O.* Mora vel culpa facier perpetuari obligationem, *l. Si servum 91. §. similiter De V. O* & id præstari creditori, quod habiturus erat, si tempori rem præstitisset, secundùm dicta supra de rei vindicatione.

ADDITAMENTA.

Ad lib. 12. ff tit. 1. De rebus creditis, &c.

AD n. V. Hi quatuor contractus Reales, distingvuntur, quod primus transferat dominium, 2. Custodiam 3. Usum 4. Possessionem.

Ad n. VIII. Substantia mutui in quo propriè consistat. vid Klock. *Relat. Camer.* 8. *n.* 41. 43. 44. & 47.

Ad n. XI. Quando debitor debitoris à creditore conveniri possit? vid. Schot. *in Exam. Iurid. p.* 131. Coler. *in process. executiv. part. 2. c. 2. n. 81. & seqq.* P. Peck. *de jur. sistend. cap. 4. n. 11.*

Fot-

Formam petendæ executionis, contra debitores debitoris nostri tradit Coler. *in process. executiv. part.1 cap.8. n.35.*

Ad n.21.22. Augmentum & decretio monetæ, ad quem pertineat? Est quæstio latissima, quam latiss. tractat. Molin. *de usur. quæst.92. n. 693. cum mult. seqq.* P. Frider. Mindan. *lib.2. c.63.* Joseph. Ludovic. *comm. concl.*10. Tessaur. *decis. Pedem* 174. Bereh. *de mutuo c.7. per tot. præcipuè n.17. fol.*310. Coler. *p.1. c.10 n.*20. Syxt. de Regal. *in 7 Reg. Circ finem* ubi allegat. Boer. *decis.*327. Berlich. *part. 2. concl.* 35.36. Weh. *in obs. Pract. verb.* Goltgülden.

Precio simpliciter convento, quæ moneta intelligatur: Item statuta loquentia de moneta, de qua sit intelligenda, vid. Mynl. *cent.4 obs.*15. Gail. *2. obs.*73. *num.*5. Weh. *prox. cit loc. pag.*241.

Ad n.XXXII. Bonitas monetarum intrinseca, in duobus consistit: in liga nempe seu preciositate materiæ & in pondere nos Germani dicimus, Im Gehalt und Gewicht / vel in Schrott und Korn. Liga enim Germanicè, nihil hic aliud est, quàm Gehalt oder Korn: Pondus verò Gewicht oder Schrott / von Schrotten oder abschneiden: Hinc dicimus solutionem fieri debere, secundùm bonitatem intrinsecam, quæ fuit tempore Contractûs, h.e. in Schrott und Korn / wie sie dargeben oder verschrieben. Budelius *de monet. lib.1. c.7. n.3* Extrinseca verò monetæ bonitas vocatur, quæ continetur numismatis æstimatione, valore, cursu & usu. Nos Germani appellamus, Den Werth der Münz: Item wie Gäng und Geb die Münz ist Fiehard. *Cons.46. vol.2.*

Ad n.XXXXI. Adde Coler. *in process. Execut. p.1. c.10. n.22 23.* Schneidw. *ad §.6. Inst. de R D. n.4.* Treutl. *vol.1. disp.20 th.5.* Althus. Dicæol. *lib.1 c.68 n.29.30.* Hart. Pistor. *lib.1. c.37.* Berlich. *part.1. concl.76.* Carpzov. *part.2. Const.6. def.18.19.*

Clausula illa: Zu Mein und der Meinigen Nutzen / &c. quid in instrumento operetur, vid. Besold. *in thes pract. verb* Nutzen & Weh *in obs. Pract verb. isto.* Coler. process. Executiv. *p.1. c.10. num.23.* Sichard. *in l fin. § & fin 14. C. de Iur deliber. fol.*878.

Cum Civitas quædam armata manu expugnatur, aut aliquis ex militibus, Chirographum alicujus debitoris reperiat, & vigore ejusdem, pecunias desuper exigat, ac realiter recipiat, utrum debitor solvendo militi liberetur, ita ut vero creditori amplius ad nihil teneatur. Resp. negativè per solidas rationes decidendi, quas congessit Bürger *in obs.26. cent.1. per tot.*

An Tertius, aliquod ostendendo instrumentum, in quo debitum vel pactum executionis continetur, ad agendum admittendus sit, absque eo, quod doceat, de Mandato, cessione, donatione, &c. vel alio titulo, præsertim si contra illum Reus excipit, se non contraxisse cum illo? Hanc quæstionem elegantem, eleganter tractat pro negativa; Coler. *part.2. c.2. n.50.* Gail. *obs.*133. *n.4.* Verum an hæc sententia etiam procedat, addita illa usitata clausula: Seinen Erben und Erbnehmen / oder sonsten treuen Brieffs einhabern? hoc docet Coler. *d.c.2. n.64. & seqq. multis.* vid etiam latè Menoch. *de præsumpt lib.2. præs.*34.

In caussa necessitatis, Magistratus subditos cogere potest, ad pecuniam mutandam, erga moderatas usuras P. Matth. Steph. *lib.2. c.2. n.*122. Bocer. *de Iur Collect. c.1. n.7.*

TITULUS II.

De Jurejurando, sive Voluntario, sive Necessario, sive Judiciali.

SUMMARIUM.

1. *Iuramentum quid?*
2. *Usus jurandi an licitus Christianis.*
3. *Iuramentum præstare, aut exigere, nihil involvit mali.*
4. *Requisita ad honestatem juramenti primò, capacitas personæ jurantis.*
5. *Impubes sponte se offerens an audiendus?*
6. *Impubes extra judicium rectè jurat.*
7. *A juramento reiiciuntur infames.*
8. *Clericis jurare non licet.*
9. *Secundò intentio jurandi.*
10. *Tertiò comites tres, Veritas, Iustitia, Iudicium.*
11. *Quartò, forma debita.*
12. *Formula jurisjurandi varia.*
13. *Formula,* In fide mea, In fide Nobilis, Regis, boni viri &c *non inesse vim juramenti.*
14. *Ut neque his,* Certò, Certissimè, In conscientia &c.

15. *Iuramentum præstandum per solius Dei invocationem non per creaturas.*
16. *Solemnitas præstandi iuramentum.*
17. *Iuramentum dividitur in Sacrum & Temporale.*
18. *Item in adsertorium & Promissorium.*
19. *In utroque prædicti tres comites requiruntur.*
20. *Adsertorium in civilibus defertur, non in criminalibus.*
21. *Defertur & in famosis actionibus.*
22. *Triplex est Voluntarium, Iudiciale, & Necessarium.*
23. *Iuramentum hoc defert dominus & qui dominorum loco habentur.*
24. *Non defert pupillus sine tutoris, non minor sine curatoris auctoritate.*
25. *Filiusfam. & servi quatenus illud deferant.*
26. *Deferri iisdem potest.*
27. *Necessitas præstandi non est iuramento voluntario.*
28. *Est verò & necessario, & iudiciali.*
29. *Iurat de calumnia illud deferens.*
30. *Remissio iuramenti quid operetur.*
31. *An parentes & patroni iurent de calumnia?*
32. *Lectio corrupta in* l. Iusiurandum 34. §. 4. h. t.
33. *Iuramentum delatum vel præstandum, vel referendum.*
34. *An iustè recusetur delatum ab actore nihil probante?*
35. *An & iusta caussa sit, si actor deficiens in probatione illud deferat?*
36. *Intellectus* l. Si quis 11. ff. De reb. cred.
37. *Revocatio iuramenti permittitur antè sententiam.*
38. *Iuramentum necessarium defertur in supplementum probationis in caussa dubia.*
39. *Caussa dubia quæ & quando dicatur.*
40. *Cui deferendum actori an reo.*
41. *An iustè recusetur ab eo, qui vult probare?*
42. *An per procuratorem præstari possit?*
43. *Iuramentum relatum tenetur præstare qui detulit.*
44. *Nisi iusta caussa eum excuset.*
45. *Iuramentum huiusmodi continet speciem transactionis.*
46. *Cedit loco solutionis.*
47. *Est pro iudicio.*
48. *Habet maiorem auctoritatem, quàm res iudicata.*
49. *Nec retractari potest etiam prætextu periurii.*
50. *Neque per nova instrumenta postea reperta.*
51. *Nisi ex actum super testamento, non visis tabulis.*
52. *In Iuramento necessario aliud obtinet.*
53. *Ac rescindi illud ipso facto per nova instrumenta verius est.*
54. *Ex iuramento adsertorio datur actio & exceptio.*
55. *An præter actionem ex iureiurando detur alia actio.*
56. *Iuramentum præstandum, uti delatum.*
57. *Non extenditur ultra casum, super quo delatum.*
58. *Iuramentum promissorium qui & super quibus præstent.*
59. *Comites requirit, Veritatem, Iudicium, Iustitiam.*
60. *Iuramentum est illicitum, cui subest peccatum.*
61. *Iuramento de solvendis usuris an subsit peccatum?*
62. *Iuramentum posterius contra præcedens an obligatorium?*
63. *Actus posterior contra iuramentum prius an teneat?*
64. *Iuratam alienationem rei dotalis mulier an revocare possit?*
65. *Iuramentum non confirmat actum iure naturali prohibitum.*
66. *Neque actus lege civili prohibitos ratione publicæ utilitatis.*
67. *Neque actus vel contractus in commodum privatorum lege prohibitos.*
68. *Non distinguendo inter ius Canonicum & civile.*
69. *Iuramentum promissionem confirmat.*
70. *Iuramentum metu extortum an servandum?*
71. *Iuramentum non irritat obligationem.*
72. *Dimissus è carcere sub iuramento de redeundo in casum mortis an redire teneatur?*
73. *Iuramentum dolo vel errore extortum an & quatenus obliget iurantem.*
74. *Læsio enormissima an iuramenti effectum impediat.*
75. *Iuramenti effectus est; obligare sub reatu mortali.*
76. *Nec excusat levitas materiæ in iuramento adsertorio.*
77. *Excusat aliquando defectus plenæ deliberationis.*
78. *Non etiam defectus iudicii.*
79. *Levitas materiæ in iuramento promissorio an excuset à reatu mortali?*
80. *Promissum sub iuramento omni meliori modo adimplendum.*
81. *Ita adimplenaum specificè.*
82. *An impletum, non petente creditore?*

83. Iura-

83. *Iuramenti obligatio non transit ad successorem iurantis.*
84. *Transit ad haeredem ejus cui juratum.*
85. *Nisi juramentum includat turpitudinem.*
86. *Ex juramento promissorio non datur actio.*
87. *Quod tamen limitatur non uno casu ex conditionibus adjectis.*
88. *Iuramenti obligatio an per partem, cui juratum, remitti possit?*
89. *Iuramentum in proprium commodum an ab eodem remitti possit?*
90. *Obligationem juramenti condonare an cogi quis possit?*
91. *Prorogato termino solvendi non remitti juramentum.*
92. *Absolutionem sive relaxationem à juramento concedit superior, & quibus casibus.*
93. *Quis superior relaxet, quando partes sunt diversi fori.*
94. *Relaxatio an peti possit ab eo, qui factus perjurus.*
95. *Relaxare iuramentum an potestas secularis possit.*
96. *Irritatio iuramenti ad quos spectet?*
97. *Interpretatio iuramenti quando & quo modo facienda?*
98. *Strictè interpretandum*
99. *Iuramentum dolosum & si ... ulatum an obliget?*
100. *Iurans an & quatenus verbis amphibologicis aut restrictione mentali uti liceat?*
101. *Periurii gravitas & pœna peierantium,*

QUod de iurerando hoc Tit. subiciatur, est quòd in rerum creditarum, & personalium actionum definitione frequentem habeat usum, propter aliarum probationum inopiam, & quod nemo magis sequatur alienam fidem, quàm qui alteri juramentum defert. * Illud Cicero 3. *De offic.* breviter dicit esse affirmationem religiosam. Alii paulò pleniùs definiunt, esse adsumptionem nominis divini in alicujus rei confirmationem. Alii actum invocandi seu adducendi Deum in testem; sive enuntiationem, quæ cum divino testimonio profertur. Non malè, cùm jurare sit Deum in testem evocare. Jurandi verbum D. Thomæ 2.2.*q.* 89. *art.* 1 videtur quasi pro iure introductum, quòd sub invocatione divini nominis dictum pro vero habeatur, & iure stabilitum: unde in hoc Tit & alibi dicitur Ius iurandum.

2 *V*sus iurandi frequens fuit veteribus, nec hodie infrequens. An Christianis sit licitus, in controversiam vocant quidam hæretici, & superiorum temporum, & huius; illi præcipuè, qui anabaptisticas, & similes nugas sectantur. Nituntur dicto Salvatoris, Matthæi *c.* 5. *Ego autem dico vobis non jurate omnino.* & postea: *Sit sermo vester est, est, non, non: quod his abundantius est, à malo est*: & Jacobi 5. *Sit sermo vester est, est, non non ut non sub iudicio decidatis.* Quorum locorum verba secuti, sensum pro more non capientes, simpliciter prohibitum esse iurare adserunt. Et posset videri per se malum, iurare per Deum quòd nomen eius videatur in vanum adsumi, contra Decalogum. Catholica tamen & vera sententia habet, usum iurandi minimè prohibitum, uti patet ex variis Scripturæ locis, & exemplis, ac scriptis Prophetarum, qui sæpiùs iuramento usi, loquuntur his verbis, *Vivit Dominus* & similibus, quæ continent speciem iuramenti, Psal. 92. *Laudabuntur omnes qui iurant in eo.* Possent adduci plura, sed sufficiant hæc iis, qui sunt bonæ mentis, aliis nulla sufficiunt.

Nihil facit dictum præceptum secundum, quia eo non prohibetur simpliciter adsumptio nominis divini in testimonium; sed in vanum, ut volunt subiecta verba, *Non enim insontem habebit Dominus eum, qui adsumpserit nomen Dei sui frustra.* Cui sententię respondet Ecclesię consuetudo subnixa Christi, & Sanctorum exemplis, ut tradit Pontifex in *cap. Etsi 26.* ⁏ *hoc tit.* ex ratione, quod, cùm iuramentum sit invocatio divini nominis, si ex vera fide procedat, tacitam contineat fidei professionem, quòd scilicet Deus sit pura veritas: ut non possit dici continere intrinsecam malitiam ex parte obiecti.

Quantùm ad locum Matth. 5. is varias habet interpretationes, ut videre est apud Suarez *lib.* 1. *De juramento cap.* 2. Accommodatiori & plerisque probata est, quòd ibi non agatur de absoluta prohibitione iurandi, sed de facilitate, & frequentia: ut verba illa sint potiùs consilii, quàm præcepti, ne ex facilitate ad consuetudinem, ex consuetudine ad periurium quis decidat, secundùm illud Ecclesi. 23. *Iuramento non acquiescat os tuum: multi enim sunt casus in illo Nominatio vero Dei non sit assidua in ore tuo, & nominibus Sanctorum non admisceäris, quoniam non eris immunis ab illis* Et postea: *vir multum iurans replebitur iniquitate.* Nec est, quod quis verba ibi subiuncta, *Quod his abundantius est à malo est*, urgeat: nam notandum, Christum ibi non dicere, *malum est:* sed, *à malo est*, id est ab infirmitate eius, qui iurare cogit: ut rectè explicat D. Thomas, *d. loco artic.* 2. Ut

secundùm sensum verborum istorum, per illa tantùm assiduitas jurandi prohibeatur, per quam facilè est, ut in perjurium incidamus, ut patet ex eodem textu, ubi dicit Dominus: *N. n. perjurabis, reddes autem Domino juramenta tua.*

Eodem modo accipienda verba D. Jacobi, Epistolæ suæ cap. 5. *ut non sub judicio decidatis*, id est ut non condemnemini in divino judicio. Non venit autem condemnandus is, qui non leviter: sed necessitate adductus jurat, ita postulante, vel juris sui defensione, *d. c. 26. in fine*, vel infirmitate proximi, ut ei persuadeat, quod utiliter persuaderi potest, ut ait D. Th. *d. loco.* Unde juramentum dicitur imbecillitatis humanæ remedium, non tam illicitum, quàm licitum, cum D. Paulus *6. ad Hebr.* dicat. *Omnis controversiæ finis est juramentum.*

3 Nihil itaque mali includit jurare: ut nec exigere juramentum, cum correlativa videantur, exigere, & præstare, correlativorum autem eadem sit ratio, ut tradit Præses, *in Loco à correlativis*: concurrentibus tamen iisdem conditionibus scilicet necessitate, & cessante omni levitate. Hinc est, quòd leges tam Canonicæ, quam civiles variis in casibus imponant necessitatem jurandi, ubi id Reip. bono, aut ejus membris convenit, Potest enim Magistratus actus honestos, inter quos est juramentum præcipere: cujus ordinis est juramentum fidelitatis, & obedientiæ, *c. Ea te 21. ꝟ hoc tit.* Judex etiam juramentum à litigatoribus exigit, ubi videt id expedire. Privati item in contractibus se mutuo juramento adstringunt in promissi confirmationem.

4 Requiruntur tamen aliqua ejus usum honestantia. Primò, in persona, à qua exigitur juramentum, capacitas, quam ponit rationis usus, qui ex natura rei facit omnes capaces juramenti, non determinandus ex certa ætate, quod non sit idem tempus omnibus perveniendi ad usum rationis, sed prudenter in singulis conjectandus. Præscripta autem à jure pubertas, antequam saltem quis cogi non possit jurare in judicio, *can. Puer, can. parvuli xxii. quæst. 5.* quod ante eam ætatem pleno rationis usu non gaudeant, ut debita cum reverentia jurare valeant. D. Th. *d. q. 89. art. 14.*

5 Quæritur autem, An impubes sponte se offerens in judicio ad jurandum sit audiendus? Volunt id aliqui, ob *d. can. Parvuli & can. Puer*, quibus dicuntur non cogendi parvuli, ut, si velint, non videantur prohibendi. Verùm ratio adducta contrarium insinuat, & jus meritò præsumit eam ætatem non esse capacem juramenti, quòd cum maturitate præstandum, *can. 1. 4. quæst. 3.* qui ante annum ætatis decimum quartum neminem ad testimonium admittit, multò minùs ad juramentum, quod majoris est ponderis. 6 Et hoc ita in judicio: nam extra judicium juramentum ab impubere emissum omnino servandum esse, ex eo patet, quod perjurium committere posse dicatur, *c. 1. ꝟ De delictis puerorum.*

7 Puberes itaque ad juramentum admittendi, non tamen omnes: nam rejiciuntur infames & præcipuè perjuri, non tam in pœnam & commissi vindicationem, quàm honorem juramenti, propter periculum, & præsumptionem, quòd tales non exhibebunt juramento debitam reverentiam. Excommunicati etiam rejiciendi, *cap. 1. De sentent. excom. in 6.* 8 Clericis, præcipuè sacerdotibus, non licet jurare coram Magistratu laico, vel judice, *can. penult. xxii. q. 5.* quod eorum statum id ipsum non deceat, *can. fin. xiv q. 5.* Adeò ut ne quidem ad juramentum calumniæ teneatur coram laico, *c. 1. ꝟ De juram. calum.* & licet sint caussæ, quibus ad juramentum teneri possint Clerici, ut si agatur pro judicium alicujus quoad bona, & fortunas, bonum fidei, & religionis, tranquillitatis Reip. si agatur de nota infamiæ diluenda, non tamen juramentum præstabunt, sine proprii Episcopi consensu, aut potius coram suo Episcopo, *d. can. fin.* Et hoc ita in judicio: extra judicium non videtur requiri ista licentia, *c. Ex rescripto 9. ꝟ hoc tit.* Ratio est indecentia status clericalis, cui minùs respondet, juramentum à Clericis exigere in judicio: non etiam, si voluntariè extra judicium illud præstent, ratione contractus, vel alterius rei.

9 Secundò requiritur, ut voluntaria & deliberata sit intentio jurandi, cùm, ut juramentum inducat obligationem, necesse sit, procedat ab intentione, nam aliàs non esset juramentum. Quæ intentio sufficiet ad obligationem, etsi eam non intendat jurans, cùm juramentum per se, & naturâ sua producat obligationem independenter à voluntate jurantis, supposita materiâ capaci. Vid. dicta ꝟ *h. t.*

10 Tertiò desideratur, tres adsint comites, Veritate, Justitia, Judicium, *can. 2. xxii. q. 2.* Veritas, ut in juramento adsertorio id, quod adseritur, verum sit, vel jurans arbitretur, ita se habere, non ductus levi conjectura, sed certa, vel verisimili. Quod addo, quia jurans falsum, quod præmissa

missâ debitâ diligentia verum putat, culpâ vacat & solùm committit mendacium materiale. In promissorio etiam adsit animus implendi promissi, & promissum impleatur ex fine juramenti, qui est confirmatio veritatis: quam deesse faciet defectus hujus comitis, neque parva foret Deo injuria, eum, qui est infallibilis veritas, vocari in testem rei falsę. Unde rectè Psal. 14. laudatur ille, qui jurat proximo suo, & non decipit. Justitia, ut sit licitum & decens, & res sit honesta; quia turpia sub obligationem non cadunt. Unde requiritur ex parte materiæ, tendat ad bonum sub ratione debiti; declinet à malo, id est, non contineat damnum, vel præjudicium alterius: nam aliàs, & jurando quis peccaret, & implendo crimen crimine cumularet. Judicium, ut non temerè, nec inconsideratè quis ad illud præstandum feratur: sed maturè cum matura, & prudenti deliberatione. Est enim ad omnem virtutis actum, ut studiosè fiat, requisitum judicium prudentiæ, quæ est auriga virtutum mortalium. Conditio hæc latiùs patere videtur, & duas priores ambitu suo concludere, quòd cum prudenti judicio nihil fieri queat: nisi quod verè, ac justè fit. Unde ut: distinguatur ab aliis, referenda ad necessitatem, vel gravem utilitatem, quæ exigit juramenti præstationem, & quæ accedens ad veritatem ac justitiam faciat compleri legitimam, & honestam jurandi caussam; sine qua juramentum futurum vanum, & contra reverentiam Deo debitam. Quanta autem debeat esse necessitas, vel utilitas; videtur committendum discretioni judicis;

10. Quartò necesse est, fiat debitâ forma: quæ ex natura rei non videtur necessariò verba requirere; cùm & per alia æquipollentia suppleri possit: ut in muto, qui ut paciscitur, contrahit, matrimonium init per nutum, aliave signa, ita & jurat; cùm illi non sit alius modus. Quod & dicendum in aliis, qui loqui possunt, cùm nulla sit lex aut canon, qui verba requirat. Non obstat *cap. penult.* ☋ *hoc tit.* ubi interior jurandi intentio non videtur sufficere: nam ibi Pontifex solum significat jusjurandum ante interpositum non trahi ad alium casum, ex sola voluntate ejus, qui ante juraràt. Videatur hac de re Covarr. *De pactis in princ. num.* 5. In foro tamen exteriori est valde consentaneum rationi, & securum, ut, qui, loqui potest, præsens præsenti juret per verba.

11. Varias verborum jurisjurandi formulas fuisse patet ex *l. 3. in fine, & 4, hoc tit,* ut videre est apud Brisson. *De formulis lib.* VIII. Apud Christianos non aliàs ritè fit juramentum, quàm si contineat invocationem Dei, veluti *per Deum juro.* Solum verbum *Iuro* videtur sufficere ad juramentum, ex vi verbi; in usu tamen consideranda intentio, & circumstantiæ additæ, quæ alienant verborum vim. Non est autem istud verbum necessarium ad juramentum, cùm & sine eo verè juretur, uti *Deus sit mihi testis. Ita me Deus amet, Vivit Deus.*

13. Disputatur de his verbis, *In fide mea*, vel *per fidem meam*, an contineant speciem juramenti? Hoc videtur Felino, *ad c. Querelam nu. 6. h t.* & Abbati, *ibid in fine.* Nituntur *c. Ad aures* ☋ *De his qua vi, metusve caussa, & c. fin.* ☋ *Ne prælati vices suas, & can. Iuramenti* XXII. *q* 5. quibus, aliisque in locis videtur affirmatio per fidem humanam æquiparari juramento. Veriùs tamen, prolationi talium verborum non inesse juramentum, inspecto ordinatio, & morali modo hominum talia verba proferentium: nisi additio faciat aliud indicari, veluti, *In fide Christi*, vel *Christiana* Alciat. *ad l. si quis major* 14. *C. De transact.* Adeò ut nec hæ formulæ, *In fide boni viri*, *In fide Nobilis*, *In fide Regis*, contineant juramentum, etsi contra velit Gail. *lib.* 2. *Obser. cap.* 59. & Mynsing. *cent.* 1. *Obser* 17. cùm spectent ad fidem humanam. Nihil faciunt loca allegata in contrarium: nam in istis non æquiparat Pontifex fidem datam per simplicem loquelam juramento; sed tantùm intendit fidelibus commendare veritatem; ut non minùs simpliciter promissa adimpleant, quàm jurato: manente tamen differentia, quòd juramento contraveniens in perjurium incidat non etiam simplici fidei tantùm, Covarr *d. loco p.* 1, *§.* 2. *num.* 3. *&* 4. Pinel. *ad l.* 2. *p.* 3. *c* 1. *n.* 13. *Cod. De resc. vendit.*

14. Idem dicendum de verbis, *Certò, Certissimè; In veritate*, & similibus, cùm per ea nihil aliud intendamus, quàm indicare rem ita se habere; nisi intendat proferens, summam veritatem; id est Deum adducere in testem. Idem dicendum est de formula. *In conscientia; Per conscientiam*, cujus sensus est, non fictè, sed juxta loquentis mentem, verba proferri. Attestationem, *Per animam*, volunt esse juramentum; quòd anima peculiari modo sit exemplum, & imago Dei, nisi hoc verbum non adducatur in testimonium alicujus rei: securiùs tamen ab hujusmodi attestatione abstinetur.

15. Juramentum itaq; ubi caussa exigit, præstandum per solius Dei, & nominis divini invocationem, cùm sit actus religiosus, continens cul-

tum latriæ, finemque habeat confirmationem veritatis, infallibili testimonio quantùm ab homine fieri potest: quæ infallibilis auctoritas non est nisi in solo Deo. Per creaturas non juratur sine gravi piaculo, si ad eas fiat relatio, tanquam testes infallibiles, cùm sit species idololatriæ, iis attribuere, quod solius est Dei, nisi referantur ad creatorem. Quomodo licitè juratur per Evangelium, crucem, quidquid aliqui contradicant, quia juratur per eum, cujus veritas est in Evangelio, qui in cruce pro nobis pependit. Covarr. *d. p.* 1. *§.* 1. *nu.* 16.

16 Quantùm ad solemnitatem juramenti, illa ex vi rei nulla requiritur, cum ipsa verba invocationis Dei in testem, non seclusâ intentione, sufficiant. Inusu tamen olim varios ritus fuisse, videre est apud Alexandrum ab Alexandro, *lib.* 5. *cap.* 10. & alios. Hodie solemne juramentum fit tangendo Crucem, reliquias, sacra Evangelia, subjunctâ verborum formula hac. *Sic me Deus adjuvet, & sancta Dei Evangelia, c. an Tibi Domino dist.* 63. Cujusmodi ritus conveniens est; quòd inducat pejerandi religionem, propter timorem majorem jurantium, ex præsentia & contactu rei sacræ conceptum. Unde licet peccatum sit perjurium simpliciter; gravius tamen solemniter præstitum, ac graviorem meretur pœnam. Covarr. *dict. §.* 1. *num.* 2. Est interdum necessarium, solemniter tactis Evangeliis, aut Cruce, jurare; etiam Episcopis, si jus ita præscribat in caussis gravioribus: quamvis regulariter non teneantur Sacerdotes tangere sacra, sed satisfaciant, si per suam consecrationem tangendo pectus jurent, *can. Si quis Presbyter* 4, 11. *quæst.* 5. Covarr. *dict. loco numero* 13.

17 Juramentum ex parte materiæ circa quam aliud sacrum, vel spirituale, quod adhibetur in confirmationem rei spiritualis, ut in promissione fidei ob caussam obedientiæ Prælatis debitæ: aliud temporale, quale adhibetur negotiis humanis in judiciis, contractibus, aliisque actionibus: super rebus temporalibus, iisque, vel præ-

18 teritis, vel præsentibus, vel futuris. *Unde communiter dividitur juramentum in adsertorium, cujus usus est in adserendis præteritis, aut præsentibus adserendum judicium, unde & dicitur decisorium litis; & Promissorium, quod adhibetur futuris, ad confirmanda pacta, & fœdera humana: ut illius finis non sit alius, quàm scire veritatem rei gestæ, hujus verò major, & firmior obligatio.

19 In utraque hac specie tres comites, de quibus supra, requiruntur. Et quantùm ad adsertorium, omnino requiritur Veritas, quòd, uti dictum, illius finis sit confirmatio veritatis. Judicium requiri, ex eo patet, quòd defectus necessitatis, aut utilitatis caussæ, faceret juramentum esse vanum, & otiosum, quod est contra reverentiam Deo debitam. De Justitia dubium est, ex eo, quòd materia ejus possit esse res turpis, ut adulterium, homicidium, furtum, super quibus tamen licitè exigitur, & præstatur: verùm & ea desideratur ad honestatem istius speciei, saltem ex caussa materiæ proximæ, qualis est, in quam immediatè cadit ipsum juramentum, ipsa videlicet adsertio, quam oportet esse justam Remota, qualis est res, sive factum, quod adseritur, turpis esse potest, uti homicidium, adulterium. Ut autem hæc justitia adsit, non sufficit verum esse, quod adseritur: sed & debitè, & justo modo id proferendum. Hinc adserens occultum alicujus commissum, etsi non peccet contra requisitam in juramento veritatem, peccat tamen contra justitiam, cum non deceat reverentiam Deo debitam, adduci illum in testem ad confirmationem iniquæ, & contra juris ordinem prolatæ adsertionis, cui non respondet delicta occulta propagare.

20 Habet hæc juramenti species locum in rebus, de quibus disputatur, vel extra judicium, vel in judicio: in civilibus tamen, & super quibus pacisci licet, *l.* 7. *§. & generaliter sup. De pactis*. In criminalibus non deferendum, quòd in illis requirantur clarissimæ probationes *l. fin. C. De probat.* nec alteri illud deferri possit, ex cujus juramento durum damnari reum, qui in dubio absolvendus; reo verò deferri non sit extra periculum perjurii, ex caussa evitandæ pœnæ, *Glossa in l.* 5. *hoc tit.* Vide Menoch. 2. *Arbitr. casu* 464. *In actionibus tamen famosis deferri posse, non etiam referri, habet *l. fin.* ¶ *hoc tit. & l.* 11. 12. 13. *inf. Rerum amotar.* Cujus rei rationem eam adfert Cujac. *Ad l. si tibi decem* 17. *§. quadam sup. De pact.* quòd actio ex maleficio descendens, neque pacto, neque juramento tollatur; nisi quatenus lex permisit: permittit autem in istis, furto, injuriis, deferri quidem, non etiam referri. Quæ ratio non est exacta, & eam rejicit Panormit. *in d. c. fin. num.* 2. dicens ideo esse, quia conventus præsumatur melius scire veritatem quam actor. Et licet idem dici possit in aliis criminalibus, tamen in dictis locis agitur de actione quidem famosa materialiter, non etiam for-

21

ma-

malitterquia agitur de actione rerum amorarum, inter conjuges, qualis propriè famosa non est.

22 Triplex est hujus juramenti adsertorii species. Voluntarium scilicet, quod ex partium conventione extra judicium defertur, vel à parte parti refertur per modum transactionis; judiciale, quòd à parte parti defertur in judicio, judice approbante, *l. pen.* §. 1. *h. tit.* Necessarium, quod à judice, ad supplendum defectum probationis, defertur, vel actori ad caussæ victoriam, vel reo ad sui purgationem, *l. 3. Cod. eod. l. Admonendi* 31. *hoc tit.* Quæ divisio, & specierum definitio communiter recepta; etsi aliqui judiciale id vocent, quod hic dicimus Necessarium, & contra.

23 Defertur hoc juramentum ab eo, qui litis decidendæ, vel remittendæ arbitrium habet; cùm hac in specie id agatur, ut à lite discedatur, & jus nostrum remittatur, *l. 1. h. t.* Continet enim speciem transactionis, *l. 2. h. tit.* permissæ ei, cui est rerum suarum libera administratio, secundùm dicta supra, *ad tit. De transact.* Ut rectè illud deferat Dominus, cui rerum suarum est arbitrium, sive is sit reus, sive actor. Dominorum loco habentur, quibus rerum alienarum administratio est concessa, vel à lege, ut Tutor, Curator, Procurator omnium bonorum, vel in rem suam datus, vel habens speciale mandatum, *leg. 17. § 2. & fin. h. t. l. 10. & seq. in fine De pact.* quibus tamen non aliàs videtur permissa hęc delatio, quam si alia probatio desit, *l. Tutor. 35. h. t.* ne alias videantur perdere rem alterius. Quæ lex, licet agat de tutore; in aliarum tamen rerum administratoribus etiam locum habet, *arg. l. Præses C. De transact.* Defensor municipii, vel corporis non aliàs videtur hoc juramentum deferre posse, quàm habens mandatum.

24 Ex quibus patet, Pupillum sine auctoritate Tutoris non deferre juramentum, nec ejus delationem quidquam operari, saltem effectu, cùm exceptio, quæ posset opponi, replicatione elidatur, quia rerum administrandarum jus ei non competit, *d. l. 17. § 2.* secundùm quam accipienda *l. 1. inf. Quarum rer. actio.* Non defert & Prodigus, *dict. l. 35. § 1.* quia rerum administrandarum jus ei non competit. Nec minus dicendum de minore habente curatorem, ratione *l. 3. Cod. De in integ. restitut.* licet contrahendo obligetur, *l. Puberes* 101. *ubi* Cujac. *inf. De V. O.* Habet enim liberam personam, ut obligare se possit. Non habens Curatorem videtur deferre posse juramentum, quòd administratio rerum illi non sit impedita. Si tamen circumscriptum se probaverit, restituitur, *d. l. 3. & l. 9. § si minor h. t.*

25 Deferunt & Filiifamilias juramentum hoc super castrensi, & quasi, ac re peculiari; uti & Servus, cui ejus administratio est concessa *l. si servus* 20. 21. 22. *h. t.* Quo casu actori, qui juravit, est actio de peculio in Dominum, ut pro modo peculii præstet Actori, quod Servo deferenti juravit sibi dari oportere, *d. l. 22. & l. sed etsi 25. eod. tit.* Cui non obstat *l. 5. § 2 De peculio*, quæ videtur hoc negare; nam loquitur de servo, cui non est administratio peculii secundùm Cujac. *ad d. l. 22.* Et hoc extra judicium, quia in judicio non est servo persona Cujac. 8. *Observ. c. 11.*

26 Deferri & prædictis personis juramentum potest, & servis super re peculiari, cujus habent administrationem, uti patet ex *d. l. 20. in V. vel juravit.* ubi ex delato, vel relato juramento ipsi servo, quæritur domino actio, vel exceptio.

27 Delatio istius juramenti ne sit otiosa, oportet habeat adjunctam aliquam præstandi necessitatem, quæ non est æqualis omnibus istis speciebus. Nam voluntario, nec adest præstandi, nec referendi necessitas, secundùm nomen, quod sumptum ex eo, quod liberè deferatur, & suscipiatur, citra coactam relationem, & relati præstationem, Nec obstat *l. Insjurandum, 17. in pr. h. tit.* nam in ea agitur de suscepta jurisjurandi conditione, ad quam alter se obstrinxerat, ut inferiùs dicetur.

28 * Necessarium secundùm nomen, adjunctam habet necessitatem ab eo, cui delatum est à judice; nam si referendum foret, non posset referri parti, quę non detulit, sed judici, qui detulit: quod ratio non fert, cùm ejus res non agatur. Posset tamen subesse caussa recusandi, ut insinuat Pontifex in *c. fin. in hoc tit.* quia res ignota est illi, cui defertur. Judiciale verò, vel præstandum, vel referendum, nisi malit solvere is, cui defertur, *l. Delata 9. Cod. hoc tit.* quod sit manifestæ turpitudinis, & confessionis nolle nec jurare, nec juramentum referre, *l. Manifestæ 38. h. t.* Si tamen judex delationem probaverit, *l. pen. § 1. C. h. t.*

29 * & deferens juraverit de calumnia, *d. l. 34. § 4.* puta, non se calumniandi animo, vel vexandi adversarium caussâ, ei deferre jurisjurandi conditionem: quia fieri posset, ut deferens, sciens sibi nihil deberi, ideo deferat alicui juramentum, ut eum, vel traducat, tamquam religionis contemptorem, si juraverit; vel putet illum metu religionis non facilè juraturum, ut hac illius superstitione in re falsa abutatur. Si deferens jurare de calumnia recuset, actio illi denegabitur, si tamen ab illo exigatur, *d. § 4.* habebiturque loco remit-

tem-

30 tentis, *l. si non fuerit* 37. *hoc titul.* * Remissionis autem vel à præsenti, vel absente ea vis est, ut liceat judici sententiam proferre ac si juratum esset *l.* 5. §. 2. *l.* 9. §. *fin. h. t.* & ad similitudinem judicati actio in factum competat, *l.* 8. *C. hoc tit.*

31 Ab isto calumniæ juramento an parentes, & patroni sint liberi dubitatum? Dubitandi caussam dat, *l. Iusjurandum* 34. *hoc titul.* § *qui jusjurandum.* Ubi dicitur istud neque parenti neque patrono remitti, cum tamen omnibus in caussis propter reverentiam personarum dicatur iis remitti tale juramentum, *l.* 8. §. *penult. supra Qui satisd. cog.* etiam in casu quo juramentum deferunt *l.* 7. *in fine De obseq. parent. præstan.* subjecta ratione, quod dictis personis sit servandus honor: idem habet, *l si patronus* 16. *h. t.* * Ut dicenda sit

32 lectio *d.* §. *qui jusjurandum* corrupta & legendum *æquè patrono & parentibus remittitur* secundum lectionem neotericam. Et sic videtur legisse Glossa *ibid in V. exigatur.* Quo facit *l. Quoties* 34. *hoc tit.* Ubi Paulus, *Quoties* inquit, *propter rem Jurátur nec parenti nec patrono remittitur jusjurandum*, de re scilicet illa, quæ petitur an illa debeatur à filio, vel liberto, ut in ista lege subjicitur, quia hac viâ non læditur honor parentum. Ubi malè aliqui per *rem* intelligunt calumniam, quia ista ad personam spectat, quæ calumniâ utitur, cujus suspicio non cadit in patronum vel patrem Cujac. *ad d. l Quoties* 9. *obs. c.* 37.

33 Exceptis itaque parentibus, & patronis, alii tenentur jurare de calumnia. Quo facto consequens est, ut ille cui delatum juramentum, illud præstet, nisi malit referre. Si recuset, judex in eum quasi confitentem, sententiam feret, à qua tamen appellare licet, quia posset esse justa recusatio propter probabilem ignorantiam, ut in *d. l.* 34. *in princ.* qualis est hæredi circa factum defuncti, *l Qui in alterius* 42. *infra De R. I.* nisi agat, eò, quod non nisi re bene explorata experiri debeat *d. l.* 42.

34 Ubi dubitatur, An justa caussa dici debeat, si deferatur ab actore nihil probante? Quantùm ad voluntarium & necessarium, res non est dubia, illud enim necessariò præstandum, nec referendum, hoc vero omnino requirit probationem, ut mox dicetur. Sola itaque quæstio est super judiciali. In quo posset videri, opus esse probatione, propter regulam, actore non probante reus absolvitur. Contra tamen dicendum est etiam nullâ prævia probatione, rectè nihilominus deferri juramentum: tum quia exigit litium dirimendarum favor? tum quia quod conqueratur adversarius non habet, qui in propria caussa judex constituitur, *l. ubi Cod. De fideicommiss.* Pro qua sententia est textus in *l. Tutor.* 35. *hoc titul.* ubi tutor omnibus aliis probationibus deficientibus, deferens juramentum dicitur audiendus. Quod non potest dici singulare in caussa pupilli, de qua ibi cum ejus ratio in eo consistat, quod hac via divini numinis metu eliciatur ab adversario veritas, quia alioquin in eo est, ut absolvatur, juxta dictam regulam. Quæ cum & in aliis locum habeant, idem in iis statuendum. Facit *l. fin. Cod. De fideicom.* Ubi nulla præmissâ probatione juramentum tamen rectè defertur. Non supra dicta regula, quia non potest videri non probare, qui juramentum deferr: quæ delatio ita actori tribuita, ut si adversarius sine caussa recusaverit præstare, statim ea res cedat pro justa probatione. Amplectitur hanc sententiam Cujac. *in d. l. Tutor.* & 22. *Obser. cap.* 20 Don. 24. *Commentar cap.* 12. *in fine* Duar. *hoc cap.* 3. Fachin. *lib.* 1. *c.* 19.

35 Quæritur etiam, An justa sit recusandi caussa, si post susceptam probationem, actor in ea deficiens, juramentum deferat? potest hoc videri per *cap. fin.* ;; *eod.* Ubi si actor in probatione defecerit, dicitur reus absolvendus; etsi nihil præstiterit. Non deficit autem in probatione: qui non vult probare, sed qui probare incœpit, & non peregit, Dicendum tamen cum Cujacio 22. *Obs. cap.* 28. nec eo casu rectè recusare reum præstare vel referre juramentum, cum jus indistinctè id velit, nec possit videri actor renuntiasse juramento, quia probare cœperat. Quod vel hoc argumento probatur; quod qui unam probationem attulit, quâ non evicit, non impediatur aliam proferre; pluribus enim probationibus uti licet. Est autem probationis genus delatio juramenti.

36 Non obstat *l. Si quis* 11. *Cod. h. t.* ubi non potest quis recurrere ad juramentum, si in probatione defecerit nam hoc ideo, quia ibi ante juramentum detulerat actor & renuntiaverat, quia malebat probare, quam alienæ fidei caussam suam committere: qui ideo non auditur, recurrens ad juramentum, quod absurdum sit ad id, cui renuntiandum duxeris, reverti, in ludificationem judicii. Ut decisio istius legis ad casum præsentem non spectet, in quo non agimus de delato ante juramento, & revocato, sed tantùm de probatione prius adsumpta; videaturque potius pro nostra parte facere secundùm regulam, quæ habet, quod exclusio unius sit inclusio alterius.

Do-

Donel. 24. *Comment. c. 12. in fine* Fachin. *lib. 1. cap. 20.* * Revocatio autem ista juramenti ante sententiam permittitur: post eam non est admittenda, ne finis unius negotii exordium fiat alterius caussæ, *d. l. 11. C. h. tit.* Quomodo accipienda videtur *l. Si servus 22 in fine De noxalib. actionib.* quæ aliàs contraria videretur.

38 In necessario juramento non habet locum prædicta quæstio, cùm in eo oporteat præcedere aliquam probationem. Cujus ratio est, quòd defeiatur tantùm in supplementum defectus probationis, in caussa dubia, *l. 3. Cod. eod.*

39 Ubi quæritur, Quando censenda sit caussa dubia? Duarenus *hic cap. 7. & 2. Disputat. cap. 33.* vult, tum demum caussam dubiam dici quando utrimque plenè probatum, quasi tum demum judex sit dubius, in quam partem se inclinet. Quæ opinio faceret rariùs esse locum huic juramento, & multas controversias manere indecisas. Ut receptius sit, tum etiam caussam censeri dubiam, quando stat semiplena probatio: quam ponere inopiam probationis certum est, ut & tum judex alteri rectè deferat juramentum: Vide

40 Donel 24. *comment c. 11. n. 5. & 6* * Cuinam autem deferendum sit, in ejus est arbitrio, inspectis personarum, & caussæ circumstantiis, *c. fin.* ⁑ *h. t.* Si actor semiplenè probaverit per unum testem, omni exceptione majorem, videtur ei deferendum: Sin æquales sint probationes, reo potiùs deferendum videtur, cujus caussa in paritate est potior, & favorabilior Vide Duar. *d. c. 33* & Fachin. *lib. 1. c. 18.* Altera pars consentiat, necnè, non inspicitur, tùm judex caussâ cognita deferat, etiam post conclusionem: veritati enim numquam via præcludenda Gail. 1. *Obser. 108. num. 4.* interdum etiam nullâ allata probatione ab actore, si contra reum militet præsumptio, actoris partes fovens, juramentum purgationis reo indicitur, *d. c. fin.* ⁑ *h. t.*

41 Quæsitum etiam, An sit justa recusatio ei, cui defertur, si malit probare? Negat Duar. *hic cap. 3.* propter promptum remedium expediendarum litium, Et possent pro eo videri facere loca, quæ volunt, eum cui defertur, aut jurare, nisi referat, aut solvere, *l. 9. C. h. tit.* Pro altera tamen parte facit *c. 2.* ⁑ *De probationib.* Ubi tum demùm recurritur ad juramentum, quando desunt aliæ probationes: non possunt autem videri deesse, quando alter subire vult probandi onus. Et facit regula, non esse recurrendum ad extraordinaria remedia, ubi ordinarium est convenientius, uti hoc in casu. Facit & quod dicitur in *l. Iusjurandum 34. § procurator h. t.* sufficere ad plenam defensionem, si procurator paratus sit judicium accipere. Non obstat *d. l. 9.* quia habet limitationem: nisi justa caussa subsit recusandi, qualis hæc. Secundùm priorem tamen opinionem judicatum refert Papon. *6. Arrest. Tit. 6. arresto 4.* & Boerius *quæst. 99.*

42 In Procuratoris quoque persona est justa recusatio, *d. §. procurator.* Et videtur non sufficere, præstari per procuratorem, etiamsi velit, eò, quòd actus sit religiosus, animam constringens, qui à persona minimè separatur. Ubi tamen excipitur juramentum calumniæ, quod per Procuratorem præstari posse, habentem ad hoc speciale mandatum, patet ex *c. fin. De juram. calumniæ in 6.* quia est credulitatis. Quò ad alia juramenti genera, in quibus agitur de veritate inquirenda, videntur in propria persona præstanda, in majorem caussæ examinationem, & partis satisfactionem *c. Licet 47.* ⁑ *De testib.* Ut non suppleantur per alium, etiam ex speciali mandato, cùm agatur de veritate facti alieni, quæ per alium non rectè exhibetur: etiamsi juret in animam Domini], *l. Qui in alterius 42. inf. De R. I.* Abbas *in d. cap. 47. n. 6.* Cujac. *ad d. l. 11.* Videtur tamen Covarruviæ, *De pactis pag. 1. §. 5. numer. 18.* limitandum hoc esse ad actus, ad quos specialiter lex desiderat præstationem in propria persona, ut in juramento hoc adsertorio: aliàs posse per alium præstari. Exemplum est in *c. 1. §. verum De statu regul in 6.* Ubi juramentum fidelitatis præstatur à vasallo per Procuratorem, ex speciali mandato. Covarr. *d. loco num. 19 ubi alios citat.* Ut autem non admittatur Procurator: si tamen ex delato sibi juramento juravit, tes ea Domino proderit, eique competet, vel exceptio, vel actio, saltem utilis, *leg 9. § pen & l fin. §. pen. hoc tit.*

43 Si nulla sit caussa recusationi, excusans eum, cui delatum juramentum, tenetur id præstare, nisi malit referre. Quo casu is, qui detulit, jurare tenetur: aliàs ei denegabitur actio, cum non sit ferendus recusans conditionem jurandi, quam detulit adversario, adimplere. *l. pen. §. 1. C h. tit.* * Potest tamen & justa caussa esse, excu-

44 sans eum, qui detulit, onerans verò eum, qui referre vult. Prima est, si agatur de ejus facto, aut admisso, cujus ipse solus conscius: qui proinde compellitur jurare sine relatione, ut in casu *leg. Marcellus 11. inf. Rerum amotar. & l. Nam quod d. tit. & l. fin. Cod. de fideicom* Fachin. *lib 1. c. 21.* Menoch. *2. Arbitr casu 189. num. 7.* Secunda

Rr

cunda est, si in extrajudiciali juramento convenerit, ut unus juraret, secundùm *l. Jusjurandum 17. in princ. hoc tit.* Dat enim conventio ista legem contractui, ex qua jus parti quæritur: ut ab ea, altero invito, recedere non liceat; cùm conventiones ab initio sint voluntatis; ubi autem initæ, necessitatem ponant, *l. In commodato 17. §. sicut inf. Commodati.* Similiter & excusationem ponet improbitas alicujus.

45 Effectus juramenti adsertorii dicitur esse, quod contineat speciem transactionis, id est, similitudinem quamdam, quia ut transigendo à lite disceditur, ita & jurejurando, *l. 2. h. t.* Quod verum est in eo, quod pars parti defert, hac conditione, ut, si juratum fuerit, non petatur, aut solvatur. Non tamen omnia, quæ in transactione obtinent, & in hoc juramento locum habent: nam transigens in actione famosa notatur, ut dictum supra, *ad tit. De transact.* non etiam jurans, quia jurando quodammodò innocentiam suam quis approbat, *l. 6 §. 4. sup. De his qui not. infamia.* * Dicitur & cedere loco solutionis, *l. Jus-*

46 *jurandum 17. h. t.* Unde à reo præstitum, & fide-

47 jussori prodest *l. In duobus 28 §. fin. hoc titul.* * & esse pro judicio. *l. Tutor 35. §. 1. hoc tit.* quia adversario deferens conditionem jurandi, eum facit judicem in propria caussa, *l. 1. inf Quarum re-*

48 *rum actio.* * Imò dicitur jusjurandum habere majorem auctoritatem, quàm res judicata, *dict. leg. 2. hoc tit.* propterea quòd à re judicata appellari possit non etiam ab eo, quod ex conventione partium est adsertum. Et hoc quia sub-

49 est transactio, * quæ facit juramentum retractari, aut rescindi non posse, ne quidem prætextu perjurii; nisi specialiter hoc conventione contineatur, *l. 1. Cod. hoc tit.* cùm dato juramento non aliud quæratur, quàm an juratum sit? Remissa quæstione, an debeatur? Quasi satis probatum sit jurejurando. *leg. 5. §. 2. hoc tit.* Quod imputet deferens suæ facilitati, qui ea lege juramentum detulit, ut jurante adversario à lite discederet, vel amplius non petendo, vel petitum velit adversario exsolvendo. Ut ad interesse non videatur superesse actio, uti judicatum tradit Papon. *lib. 9. Arrest. r. tit. 6. art. 16.* licet contrarium velit Jason, *ad §. Si quis postulante numer. 99. Institut. De*

50 *actionib.* * Nec faciunt etiam nova instrumenta, postea reperta, ex quibus patet de rei veritate, retractari juramentum, *leg. 1. Cod. De reb. creditis.* Ratio est in vi transactionis, quam dictum supra non retractari propter nova instrumenta. Et hoc, si non sint suppressa instrumenta dolo malo adversarii, eliciendæ transactionis caussa. Quæ res habet exceptionem in quibusdam, quæ legibus excepta, *l. 2. Cod hoc tit.* * Atque in primis juramentum exactum super contro versia orta ex testamento, non visis tabulis retractari potest, si postea iis prolatis constet de veritate, *l. fin. C. h. t.* Cujus ratio est, quòd captiosum, & improbum juramentum sit, non visis tabulis exactum. Succurritur & minori lapso per juramenti delationem, *l. Non posteaquam 9. §. si minor h. t.* Contra illud quoque, quod emissum in fraudem creditorum, datur replicatio creditoribus, *d. l. 9 §. sed et si.*

51 Et hoc ita in voluntario, ac judiciali. In ne-

52 cessario aliud est juris; cùm non contineat caussam transactionis: nec enim tam defertur arbitrio partium, quàm parte invitâ per judicem, in supplementum probationis. Ut nihil caussæ sit, ob quam retractari non possit, si per documenta postea reperta de veritate constiterit, *l. Admonendi 31. h. t.*

53 Ubi quæstionis est, An juramentum necessarium rescindatur ipso facto per nova instrumenta postea reperta? Volunt aliqui opus esse restitutione. Probabilius tamen, ipso facto rescindi, cùm in *l. 2. Cod. Si ex falsis instrum. judic. sit* dicatur de integro caussa audienda; quod & habet *l. Cùm à te 29. sup. De dolo malo*: & Cajus in *d. l. Admonendi 31. hoc tit.* dicat, post jusjurandum concedi Constitutionibus Principum, caussam ex integro agere, si quis invenisse se dicat instrumenta, quibus nunc usurus. Ut non videatur opus esse restitutione, cum qui jure communi [quale ponunt Constitutiones Principum] tutus est, non egeat restitutione. Jas. ad *d. l. 31. n. 5.* Donel. *Comment. lib. 24. c. 11. in fine* & Fachin. *11. contro. c. 27.*

54 Datur ex juramento actio ei, qui ex conditione delata juravit, sibi deberi: exceptio ei, qui juravit, se non debere, *d. l. 9 §. 1. h. t.* Dico, ex delata conditione; quia si quis juraverit, nemine deferente, non tuebitur Prætor jusjurandum, *l. 3 in princ. h. t.*

55 Quæsitum hic, An præter actionem ex jurejurando sit locus alteri actioni? Volunt hoc aliqui, quando formiter est juratum, hoc est, quando ex certa caussa, veluti emptionis, donationis, sibi quis deberi juraverit, ut tunc etiam ex empto, donato; competat utilis actio, per *l. Si duo 13. §. si quis juraverit 3. h. t.* Quando autem informiter juramentum, id est, sine certa caussa deberi, ut tunc actio sit in factum ex jurejurando, *l.*

Adversa-

Actori Cod. d. t. quòd aliam petendi caussam non proponat actor, quàm ipsum factum delati, & præstiti juramenti. Verùm hæc distinctio minùs probatur: verior est hæc, quòd, aut præstitum juramentum in judicio, aut extra judicium Priori casu tantùm est actio in factum ex jureiurando, *d. § Si quis postulante Instit. De actionib. & l. 5. §. dato hoc tit.* Ubi tantùm de iureiurando delato, & præstito quæri dicitur. Facit & *d. l. Actori.* Ubi actio in factum ad instar judicati dicitur competere. Facit item, quòd per tale iuramentum, ad instar iudicati, inducatur novatio, *l. Qui jurasse 26. § fin. h. t.* novatio autem priorem actionem extinguit, ut dicetur infra, *tit De novationib.* Posteriori casu vetus actio non cessat, quod per iuramentum extra iudiciale non inducatur novatio: & de hoc accipienda *d. l. Si duo*, Ubi qui se emisse iuravit, ex empto agit. Videatur Cuiac. in *Recit ad l. 8. Cod De reb. credit.* & Donel. 24. *Comment. c 8.*

56 Jusiurandum oportet præstitum sit, uti delatum, *l. 3. in princ h. t.* Et quidem præcisè, ac categoricè iurandum, secundùm formulam à deferente propositam, nec addenda clausula, quæ rem faciat dubiam. Unde purè delatum, purè est præstandum, nec addendum, *quantùm credo*, vel *quantùm memoria fert.* Nam cùm ille sit effectus iuramenti, ut ei stetur per deferentem, qui cesset à lite, formula ab eo præscripta servanda; citra clausulam, quæ poneret ignorantiam, vel hæsitationem iurantis. • Non extenditur autem ultra

57 casum, super quo propositum, neque actionem, aut exceptionem caussæ; nisi quæ tangit id, super quo iuratum, *l. in duob 22. §. si quis h. t.* Nec alteri prodest, aut nocet, quàm qui iuravit, vel cui iuratur, *d. l. 28. §. 1.* nisi eadem sit caussa, uti quando pro solutione cedit; quo casu prodest fideiussori. Sic ab altero reorum promittendi præstitum alteri prodest *d l. 28. §. ex duobus.* Hæc de iuramento adsertorio, cuius usus frequens est in litium diremptione, & de quo plerisque locis huius Tit. agitur.

58 Promissorium iuramentum (de quo agitur potissimùm iure Canonico) futuris apponitur in contractuum, & promissorum firmitatem, ac frequens illius usus in promissione fidelitatis, atque obedientiæ. Præstant hoc illi, qui se obligandi habent licentiam: ut id non præster Furiosus, mente Captus, Infans, uti nec Prodigus, qui & ipse habetur alienæ mentis, quatenus se obligat. Impuber, non obstante *Auth. Sacramenta puberum C. Si adversus vendit.* quæ agit de pubere, iurare potest, cùm possit esse doli capax, & tenetur servare iuramentum: aliàs periurium incurret, quamvis ei facilis sit relaxatio ob ætatem deceptioni obnoxiam Cov. *De pactis p. 3. § 1 n. 4.*

Oportet & huic adsint tres comites; scilicet 59 Veritas; quia & iurans debet habere propositum implendi promissum, & id implere: Judicium, id est, prudens, & deliberata consideratio in iurando: Justitia, ex parte materiæ, quæ sit honesta, & possibilis: in honesta enim & impossibilis non ponit materiam iuramenti huius; quia foret vinculum iniquitatis. Hinc illicita habentur iuramenta, quæ violant ius superioris quæ tertio sunt nociva: nec enim iura concedunt alteri per alterum præiudicari.

Sunt etiam illicita, quæ non possunt servari sine 60 peccato, cùm impia promissio sit, quæ scelere adimpletur, *can In malis 22. qu. 4.* non tantùm mortali, sed & veniali, ex communi sententia, fundata in regula. Non est obligatorium contra bonos mores præstitum iuramentum. Actus autem includens veniale peccatum, est contra bonos mores, ponit que malitiam, atque ita non servandum iuramentum super eo emissum. *Facit*, quòd *cap. Cùm contingat. 28.* ☩ *hoc tit.* dicatur hoc iuramentum servandum, quod non vergit in dispendium animæ iurantis: nam & actus veniale peccatum continens vergit in dispendium animæ iurantis, cum reddat hominem inhabilem ad perfectum Dei amorem. Covarr. *De pactis p. 1. §. 6. n 26.*

Non facit, quòd *c. Cùm quidam 12.* ☩ *hoc tit.* dicatur, à iuramento contra officium humanitatis, ut non loqui patri, vel matri, danda esse absolutio: nec enim ex eo potest præsumi valor talis iuramenti, quòd verbum *absolvendi* accipiatur de absolutione declarativa nullitatis; non etiam dissolutiva vinculi, quod nullum fuit, qualem absolutionem facti vocat Abbas, in *d. c. 12.* qui modus loquendi non est novus in Jure, ut patet ex *can. Audivimus 24. q. 2.*

Verùm adhuc posset videri obstare *c. Debitores* 61 *6.* ☩ *eod.* Ubi qui iuravit solvere usuras, dicitur cogendus Deo reddere iuramentum, id est, secundùm iuramentum solvere usuras. Quæ res non videtur extra peccatum, saltem iure Canonico, quo usuræ sunt prohibitæ, & non sine gravi peccato accipiuntur, cui posset videri cooperari solvens usuras. Sed dicendū, nullū subesse iuramēto tali peccatū; quia emissum ex iusta causa: nec potest videri iurans dare occasionē peccandi mutuanti, quā iste propria malitia accepit, cum petens

tuum mallet illud gratis accipere: sed quia obstat avaritia mutuantis, utitur peccato ejus ad bonum finem, scilicet ad succurrendum suæ necessitati, vel utilitati, cui aliàs commodè succurri non potest. Ut tale *juramentum* contineat actum virtutis, ex parte *jurantis*, ideoque obligatorium. Idem dicendum de pacto commissorio in pignoribus: hoc enim tanquam usurarium à Canonibus improbatum, ob *juramentum* tamen servandum, ex eadem ratione, quia servari potest sine detrimento animæ *jurantis*.

62 Lubet hic quærere, An *juramentum* posterius contra præcedens sit obligatorium? Si prius sit de re honesta, & licita, non potest subsequens obligare, ob materiæ defectum, quæ mala est; ut desit vinculum *justitiæ*, cùm tendat in alterius detrimentum, cui *jus* jam quæsitum. Exemplum est in *c. Sicut. 21.* ⁓ *De sponsalib.* Ubi sponsalia prima servare quis compellitur, non obstante, quod medio *juramento* secunda sint inita. Abbas *ad c. Veniens n. 6.* ⁓ *hoc tit. & ibi* Henric. Bohic. Covarr. *d loco cap. 4. num. 3.* Quod & procedit, si præcesserit simplex promissio, obligationem in conscientia ponens: nam & hanc consequens *juramentum*, non potest dici constitui super materia bona, sed potiùs mala, & iniqua, cùm priori promissioni contraveniens peccato involvatur.

63 An igitur actus posterior contra *juramentum* prius tenebit? Ex vi prioris *juramenti* actus subsequens irritus fieri nequit, si dependeat ex voluntate agentis. Sic qui *juravit* ducere Titiam in uxorem, validè postea ducit Mæviam, *d. c. 22.* Qui *jure jurando* spospondit Titio, se illi venditurum domum, & non alii, validè tamen alteri vendit, & tradendo facit eum potiorem. Idem obtinet in revocatione procuratoris, *cap. fin. De procurat. in 6.* item testamenti, quod quis non revocare *juravit*, ut dicetur infra *tit. De injusto rupto &c.* Non obstat, quòd consummatio actus contrarii ponat pravitatem, propter prius *juramentum*: quia non cadit in actum, ut malus est; sed in effectum ejus, qui bonus, pendens ex voluntate *jurantis*, quòd prius *juramentum* prohibeat quidem actum fieri, non tamen irritet. Quod secus dicendum, si actus non pendeat ex voluntate agentis, sed *jure* sit invalidus: nam cùm ex solo *juramento* vim accipiat, quod est inutile ratione prioris promissionis, non est cur actus posterior valere possit, vel servandus sit, ex voluntate inutili.

64 Hinc & illud quæsitum, An mulier, quæ *juravit* non alienare rem dotalem, & postea alienavit, subjecto *juramento* de ea non revocanda, nihilominus revocare possit? Variæ sunt hac de re sententiæ. Plerique volunt integrum esse mulieri, rem alienatam revocare; ex ratione, quòd talis contractus nec ex vi *juris* sit validus; quippe improbatus, nec ex voluntate *jurantis*, ob præcedens *juramentum*, quod facit posterius sine detrimento animæ servari non posse. Quò facit *c. Intellecto 33.* ⁓ *eod.* Ubi in simili casu rescriptum, non esse servandum *juramentum* de re alienata non revocanda. Facit, quòd prius *juramentum* non alienandi includere videatur obligationem ita non alienandi; quin retractari debeat, ad finem obtinendi effectum prioris *juramenti*; cùm taliter *jurans* videatur removisse omne id, quod ad alienationem tendit. Covarr. *de pactis pag. 2. §. 2. n. 7.* Potest tamen alicui videri probabilis contraria sententia, scilicet non esse tale *juramentum* iniquum ex parte materiæ; ideoque sine peccato impleri posse, eo quòd hujusmodi *juramentum* non sit contrarium priori, cùm non versetur circa idem: prius enim agit de non alienando, posterius de non revocando. Pro qua parte facit *c. Cùm contingat 28.* ⁓ *h. t. & Auth. Sacramenta puberum C. Si adversus vendit.* Ubi non peccat in legem prohibentem rei alienationem, qui de ea non retractanda juravit. Ut non sit dicendus peccare contra *juramentum* de non alienando, cùm *juramentum* legi respondens non sit fortius lege, sed secundùm illam interpretandum.

Non obstat argumentum sumptum ex *d. c. 33.* Ibi enim agitur de Juramento super re illicita, non tam ratione *juramenti prioris*, quàm *justitiæ*, quæ secundùm Regni leges impediebat Reges alienare bona Regni, quæ & Regem obstringit revocare alienata; secundùm ea, quæ traduntur ⁓ *De reb. Ecclesiæ non alien.* teneri Prælatos revocare res Ecclesiæ temerè à se alienatas: non etiam, quòd per prius *juramentum* videatur inducta obligatio retractandi contractum, cùm sufficienti nullo argumento hoc probetur; nec in tali *juramento* hoc includatur, neque ex vi illius appareat hæc esse intentio *jurantis*: ut, nisi de eo specialiter constet, contrarium sit dicendum. Quò facit argumentum sumptum ex *c. Debitores 6.* ⁓ *eod.* Ubi *juramentum* de solvendis usuris nō habet adjunctam obligationem non repetendi: ut & in casu præsenti *juramentum* de non alienando, non habeat adjunctam obligationem de revo-

revocando. Ita tradit Suarez. *De juramento lib. 2. cap. 3.* & Gomez. *ad L. 50. Tauri num. 58.* qui ex aliis istam sententiam limitat. Primò, ut non procedat in casu, quo prius juramentum concernit alterius favorem, cui jam jus quæsitum, secundùm *d. c. 28.* quia tunc iuramentum posterius repugnaret justitiæ. Secundò, quando alter contrahentium, in cujus favorem præstitum juramentum, conscius juramenti prioris fuit: tunc enim faceret turpitudo non impediri revocationem rei alienatæ; secus si ignoraverit, quod semper præsumitur. *l. Verius inf. De probationib.* Covarr. *d. numer. 7. vers. Caterum.*

65 Alia offert se hic disquisitio, An teneat juramentum super actu per legem prohibito, eumq; confirmet? Certum est, nullius momenti esse juramentum super actu lege divina, vel naturali prohibito; quia esset contra bonos mores naturales, quos ratio naturalis dictat esse necessarios ad morum honestatem; ut procedat regula juris in 6. non esse obligatorium contra bonos mores præstitum juramentum. Quod & dicendum de illa lege civili, quæ continet bonos mores naturales, ex eadem ratione; ut tantùm sit Quæstio de actu prohibito per legem civilem, agentem de bonis moribus civilibus, qui ad convenientem politiam Reip. pertinent, & per se mali non sunt, ut revocatio testamenti usque ad

66 mortem. Ubi tamen dicendum, non valere, nec confirmari actum per legem prohibitum, quòd habeatur illicitus, ac proinde non præstat materiam, cui accedat juramentum. Ut appositum nihil operetur, quia non potest eximere hominem ab obligatione justæ legis, secundùm ea, quæ colliguntur ex Bartolo, *ad l. Si quis pro eo inf. De fidejussorib.* Quod procedit in lege respiciente jus commune, cui nullus privatus renunciare potest, *l. Ius publicum sup. De pactis.* Deinde peccatum est, pacisci in præjudicium boni publici, & detrimentum alterius: ut juramentum, quod in tali materia versatur, sit iniquum, nec servandum, & proinde non possit actum confirmare. Quod & dicendum, si tendat in præjudicium tertii: nam & ea res continet iniquitatem, & ponit improbum juramentum, secundùm *d. cap. 28.* Et hoc, quando actus prohibitus est ratione utilitatis publicæ primariò, non etiam secundariò tantùm: propinqua enim caussa inspicitur, non remota *l. si mulier inf. de actione rer. amot.*

67 Quantùm ad actus lege prohibitos in commodum privatorum, multorum est sententia, eos juramento confirmari. Quod non videtur universaliter verum; ut rectè aliqui cum Bart. *d. loco* distinguant inter pacta per legem reprobata, in favorem debitoris, & reprobata per legem, in odium creditoris, cujus apparet turpitudo. Posteriora non confirmari certum est; quamvis juramentum adjectum sit servandum, si servari possit citra detrimentum animæ jurantis, & tertii præjudicium. Sic juramentum super solvendis usuris & super pacto commissorio in pignoribus per se stat, & obligat jurantem unicâ obligatione ad religionem pertinente. Ut tantùm faciendum sit, quod juratum; neutiquam autem confirmetur contractus, qui, nec potest habere confirmationem ex vi juramenti, nec ex adminiculo legis; cùm neutrum intendat turpitudinem creditoris fovere. Unde & postea conceditur soluti condictio; non obstante etiam clausulâ de non repetendo, vel relaxatione juramenti non impetranda: prævia tamen ipsius juramenti remissione: nec enim tale juramentum umquam excludit iniquitatem ex parte recipientis. Covarr. *d p. 1. §. 3. num. 2.* Priora super actu prohibito in favorem debitoris vult Bart. *d. loco nu. 11.* talem actum confirmare. Ponit exemplum in minori, per *Auth. Sacramenta puberum Cod. si adversus vendit*, in muliere renunciante Senatusconsulto Vellejano. Posset & poni exemplum in filia, quæ juravit se non habituram regressum ad bona paterna, *c. 2. De pactis in 6.* & in muliere, quæ juravit non contravenire alienationi rei dotalis, *d. c. 28.*

68 Alii distinguendum putant inter jus Canonicum & civile: quòd jure civili, nec confirmetur contractus, nec sit servandum juramentum, per *l. Non dubium Cod. De legib & per l. 7. §. & generaliter sup. De pactis*, ubi juramenta remota à jure civili dicuntur non servanda: de jure verò Canonico sit servandum, & contractus confirmetur, *d c. 2. De pactis in 6*, & *d c. 28* Ut non veniat danda relaxatio juramenti per superiorem: nisi alia urgens caussa subsit, ut læsio enormissima, metus, aut alia, nec etiam solutum repeti possit; quæ est sententia P. Barbosæ, in *l. 1. p. 5. nu. 73. inf. Soluto matrim.* Cujus sententiæ parum convenit, quod habet *l. 1. Cod. Si adversus vendit.* Ubi Imp. ait: *Si emptori prædii juramento confirmasti, te non facturum controversiam, neque perjuris, neque perfidia me auctorem tibi futurum sperare debuisti;* & *d. Auth. Sacramenta ibid.* Ubi inviolabiliter sacramenta puberum sunt servanda citra spem restitutionis. Loquuntur autem,

tum Canones, tum leges de juramento super rebus alienatis non retractandis, quod volunt inviolabiliter custodiri: ut videatur non ponenda differentia inter jus Canonicum & civile, & dicendum utroque jure non confirmare contractum, tam directò & formaliter, quàm indirectò, & saltem quoad effectum. * Ut juramentum non cadat immediatè in contractum, sed in promissionem illi confirmet, uti non prohibitam à jure, licet ipse contractus sit prohibitus. Sic inhibita quidem alienatio rei dotalis: non tamen inhibitum mulieri non contravenire: hoc enim lex relinquit ejus arbitrio, quæ, ei renuntiando per juramentum, tenetur observare. Et ita accipiendum *d. cap. 28.* in verbis, *ne ulterius contraveniant*, & *d. Auth Sacramenta* in verbis, *super contractibus rerum suarum non retractandis*. Non obstat, quod *d cap. 28.* dicatur mulieris consensus non obligatorius in talibus, secundùm legitimas sanctiones: nam hoc accipiendum de ipsa alienatione rei, non etiam de pacto non contraveniendi, cùm lex non cogat mulierem revocare rem: sed tantùm velit consensum in alienatione non sufficere, quò minùs actionem in rem habeat, *Auth. sive à me Cod. Ad Senatusconsf. vellejan.* Et sic accipienda *d. l. Non dubium*, *& d. §. & generaliter* de ipso contractu in se, non etiam de promissione non contraveniendi.

69

70 Aliud occurrit hic investigandum, an juramentum metu extortum sit servandum? Non est quæstio de metu sine injuria illato, cum pro certo habeatur: tale juramentum servandum esse, eò, quòd iste metus non ponat involuntarium *l 3. §. 1 l. Si mulier in princ. sup. Quod metus caussa gest. erit.* Tantùm est Quæstio de metu per injuriam illato, qui potest videri, inspecto tum jure civili, *per d. Auth. Sacramenta*, tum Canonico, *per d. c. 28.* impedire juramenti effectum: dicitur enim illis locis servanda esse juramenta, quæ sine metu sunt præstita; ut à contrario sensu metu extorta non videantur servanda. Aliqui distinguunt inter jus civile, & Canonicum: illo nihil volunt operari juramentum, hoc verò servandum. Dicendum, utroque jure obligare istud juramentum, & servandum esse, dummodo sit materia honesta, & capax. De civili patet ex dictis supra, *ad tit Quod metus caussa*, metum scilicet, etiam justum, non ponere simpliciter involuntarium circa contractum: ut nec circa juramentum ponat, quod non minus ratione juramenti coacta voluntas sit voluntas, quàm ratione contractus. De jure Canonico patet ex *cap. Abbas* ⁑ *De his quæ vi metusve caussa* fiunt, *cap Verum* ⁑ *hoc tit.* Quibus in locis indulgetur absolutio: ut præsupponatur obligatio. Quod etiam procedit in casu, quo juramentum accedit contractui invalido, veluti alienationi rei dotalis, vel contractui minoris: quia quo ad Deum est obligatio, ideoque necessaria absolutio, seu remissio illius, Covarr. *De matrim. p. 2. §. 5. num. 2 ubi alios citat.*

Nec obstat *c. 2.* ⁑ *hoc tit.* Ubi dicitur talis jurans nullius juramenti vinculis potuisse restringi: nam non est mens Pontificis, ibi indicare, non obligasse juramentum: sed non ita obligasse: quin jurare coactus habeat justam petendæ absolutionis caussam, quæ isto in textu indulgetur.

Non obstat etiam *d. c. 28.* nec alia loca similia, quorum superius facta mentio: quia eorum sensus non est, quod juramentum non obliget, sed quod non ita obliget præcisè in casu, quo intervenit metus, quin relaxatio ejus possit peti, Quo modo & accipienda *d. Auth Sacramenta* hæc verba, *nullius momenti esse jubemus*, quoad effectum scilicet inviolabilem, de quo ante in principio istius textus, secundùm alia loca juris, quæ actus metu initos non habent irritos: sed per restitutionem irritari faciunt.

71 Juramentum itaque metus non irritat: ut neque irritat obligationem: modo honestè servari possit, saltem ex parte jurantis, uti dictum supra hoc ipso Tit. de usuris juratis. Sic & qui latroni juratò promisit dare pretium pro dimissione, debet idipsum præstare, quòd nullum subsit detrimentum animæ jurantis, *arg. c. 6.* ⁑ *h. t.* Relaxatum quoque de carcere sub juramento de redeundo, volunt teneri redire: etiamsi mors præsumatur inferenda ex justa caussa, quia res justa est promissa, ac proinde servanda promissio.

72

Sed Quæstio est, An dimissus ex carcere, sub juramento de redeundo, si mors veniat inferenda ex caussa injusta, redire teneatur? Negat Covarr. *lib. 1. Var. Resol. c 2. n. 7.* talem teneri redire ad carcerem, propterea quod aliàs foret sui homicida. Cujus opinio posset procedere in casu, quo non fuit prævisum periculum mortis: quia desinit conditio, quæ subest, si sine periculo sit reditus. Si periculum fuerit prævisum, videtur aliis reditus iste esse virtutis opus, atque fidelitatis: & ita non subesse aliquod peccatum, quod sequitur Sanchez, *ad Decal. lib. 3. cap. 11. num. 32.* Vide Navarr, *in Manuali cap. 12. num. 18.* Less.

De

De just. & jure lib 2.*c*.42. *dub*. 6. *numer*. 18. & 19. Et facit eò exemplum Attilii Reguli, qui præsciens se ad crudelissimum hostem, & exquisita supplicia proficisci; maluit tamen fidem juratam solvere. Quod factum ut honestum extollit Cicero 3. *Offic*. stultam illius calliditatem reprehendens, qui simili juramento fucum quæsivit, non sine perjurio.

73 Circa dolum etiam Quæritur, An in casu, quo juramentum est dolo extortum, jurans teneatur? Distingunt Interpretes, an dolus sit circa substantiam rei, an circa accidentariam qualitatem, sive, ut dicunt nostri, an dederit caussam actui ad eum inducendo, an verò in actum inciderit, eum concomitando. Priori casu juramentum volunt esse nullum. Rationem ponunt, non in injuria, quę nihil facit ad invalidandum juramentum, sed in defectu voluntarii consensus circa caussam, quem ponit dolus, qua de re actum supra *t. de dolo*. Posteriori volunt juramentum subsistere: quod non auferat consensum circa caussam principalem Covarr. *De pactis p*.3.§.4. *num*.1 & *seqq*. De errore idem dicendum, quod scilicet posteriori casu ponat actum, non etiam priori, quia ponit incognitum, ad quod non extenditur obligatio, vel juramentum: cum faciat non fuisse intentionem jurantis, comprehendere rem aliam sub sua promissione, quam propositam sive intentam: neque sufficiat in generali esse intentionem jurisjurandi, cum debeat esse in particulari.

74 Nihil obstat dictis, quòd æquiparentur dolus, & metus in *dict. cap*. 28. ut cum, secundùm dicta, metus non ponat actum, & juramentum nullum, idem & de dolo sit dicendum; nam isto loco, & similibus, non æquiparantur dolus, & metus quoad totale impedimentum; sed tantùm quoad effectum, pro portione impedimenti, ex parte consensus: quem dolus quidem totum aufert, caussans simpliciter involuntarium: atque ita ipsius juramenti effectum omnino impediens: metus verò quidem caussat involuntarium: sed secundùm quid, relinquit enim absolutum consensum, nec auferens cognitionem ex parte consensus, nec ex parte voluntatis, illam cogens: sed potius inclinans ad consentiendum in aliquid, à quo tamen, quia secluso metu id noluisset: cui infertur, datur facilè absolutio. Vide Lessium *d. loco dub*. 7.

75 Ex dictis venit resolvenda & hæc Quæstio, an enormissima læsio impediat effectum juramenti? ita aliqui volunt, quod enormissima læsio ponat dolum ex proposito. Cravetta *Consil*. 192. Verior tamen & securior in animæ judicio est contraria sententia: scilicet jurantem non posse contravenire juramento ante petitam relaxationem: cum nequeat isto casu, dici dolus ex proposito, auferens consensum. Dat tamen talis læsio justam caussam petendi absolutionem, juxta *cap*. 1. ✠ *hoc tit*. Covarr. *d*. §. 4. *n*. 5.

Effectus itaque juramenti habentis supradictos tres comites, nihil continentis in tertii præjudicium, vel publici boni (primatiò scilicet: unde diximus mulierem jurantem, rem dotalem alienatam non revocare, teneri, nihil obstante *l*. 1. *infra soluto matrim*. Ubi dicitur publicè interesse, mulieres esse dotatas: quod secundùm omnes accipiendum secundariò, cum primariò mulieris intersit: inspicimus autem hac in materia quod primarium est) effectus, inquam, est, quod non possit ejus observantia negligi sub peccato mortali: propter irreverentiam erga Deum, in testimonium rei falsæ adductum, quod est contra secundum præceptum Decalogi. Et hoc omnino, si res gravis subsit.

76 Quæritur autem, An super re levi violatio juramenti reatum mortalem ponat? Quantùm ad adsertorium volunt communiter circa hoc perjurium etiam de re levissima reatum mortalem ponere: propterea quòd Deus adducatur in testem super re falsa, non sine gravissima injuria, abstrahendo ab omni materia: cujus levitas est accidentaria ad gravitatem malitiæ perjurii: quia taliter mentiri per se malum est. Ut non obstet, quod de furto objici posset, quod veniale facit materiæ levitas; Nam ista diminuit nocumentum proximi per acceptionem rei alienæ, in quo consistit peccatum.

77 Dicta procedent & in eo, qui quod falsum credit, juramento confirmat: etsi in se verum sit: quia intentione formaliter est perjurus. Facit tamen interdum excusari aliquem defectus plenæ deliberationis, aut inadvertentiæ, qui esse potest tam exiguus, ut excuset saltem à mortali. E contra qui jurat, quod verum probabiliter credit, præmissâ debita diligentia, ut vacet culpâ, quamvis per se sit falsum, extra perjurium est: quia mendacium tantum est materiale.

78 Defectus judicii, quia facit juramentum temerarium, ponit & perjurium. Quo modo jocosum juramentum emittens non evitat irreverentiam Dei, nec excusatur à peccato, ut tradit D. Thomas, 2. 2. *quæst*. 68. *art*. 3. *ad* 2. Non tamen semper est tam grave, eo quod non adducatur Deus in te-

stem

stem falsitatis. Quòd & dicendum de defectu justitiæ, quia, nec hic evacuat directò finem juramenti, nec facit Deum mendacii testem: sed ad summum rei indecentis; quæ res non ita per se ponit gravem materiam. Potest tamen & gravem eam continere, si veritas occulta juramento fit metur, in proximi infamiam.

Quòd attinet ad juramentum promissorium, 79 Navarr. in *Manuali c.* 12. *num* 10. alios quos citat, secutus, vult ejus violationem excusari à mortali reatu, levitate materiæ: tum quod ea opinio sit receptior, à qua sine textu non recedendum: nisi efficax ratio cogat: tum quod parvitas rei in omnium præceptorū materia, ut in furto, injuria, & similibus, excuset à culpa mortali. Ut & in materia juramenti excusare debeat, modò à principio emissum sit intentione implendi, quod promissum, ex ratione, quòd non sit vocatus in testem mendacii Deus: quia fuit recta intentio jurantis, qui mentitus dici nequit: Sed dicendus potius infidelis, non adimplens promissionem: qualis peccans contra promissum in materia levi, non nisi reatum venialem contrahit. Quæ sententia licet videatur probabilis, ex eo, quod plerique eam teneant: tutior tamen, cum Covarr. 1. *Var. Resol. cap.* 1. *numer.* 2. contraria videtur: scilicet ex parte levitatis rei non excusari à mortali juramentum non implentem: cum, uti dictum, quantitas materiæ non conferat ad augmentum, vel diminutionem peccati: nisi quando ipsa materia est objectum immediatum, & per se ipsius peccati, ut in furto, injuriis, & aliis. Hic autem res ipsa non est materia peccati perjurii: sed ipsa adsertio, quatenus vera, vel falsa, in cujus confirmationem Deus adductus in testem: & non citra gravem injuriam divinæ Majestatis non adimpleret promissum: quia, quantùm est in jurante, facit Deum testem falsi. Non obstante materiæ levitate: cum dicat D. Thomas, *d. loco in conclus.* quę ex se sunt peccata venialia, si fiant in contemptum Dei, esse mortalia. Adducit pro hac sententia Covarr. argumentum ex *c.* 6. *hoc tit.* in quo, qui juravit usuras solvere, cogitur domino reddere juramentum: licet ea res habeat parum utilitatis: cum solutas condicere possit solvens, & accipiens eas teneatur reddere. Nec facit, quod Romanus Pontifex ab ejusmodi juramento absolverit, & absolvi permiserit: neque enim hoc, quasi non foret obligatorium: sed quasi ex justa causa obligationem resolvi permiserit, ut tradit D. Thom. 2. 1 *quæst.* 86. *art.* 11. *ad* 3.

Est & ille effectus juramenti, quod omni meliori modo promissum adimplendum sit. Jason. 80 in *§. item si quis numer.* 14. *Institut. De actionib.* adducens exemplum ex *l. Cum pater* 77. *§ filius De legatis* 2. Verùm ibi non tam agitur de juramento, quod jurantem adstringit, quam quod hæredem gravatum fideicommissum præstare, qui tenetur propter enixam voluntatem, collectam ex juramento testatoris. * Habet & illum 81 effectum, cum Jasone *dict. loco numer.* 12. quod specificè sit adimplendum: non etiam per æquivalens, quod non continetur sub juramento. Unde non potest jurans rem commutare etiam in meliorem: quia, ut dictum supra, creditori est jus quæsitum ad rem promissam: licet pejorem, quod non recipiendum invito. Exemplum ponit Jason. *dict. loco* in eo, qui ad factum est obligatus, quasi ille liberaretur dando interesse; nisi juramentum accesserit. Verùm id exemplum malè applicatur, eò, quòd de jure verior sit sententia, obligatum ad factum, neutiquam liberari offerendo interesse, qua de re agemus inferiùs, *ad tit. de obligat. & act.* Hinc quidam eam, qui juraverit solvere, volunt compensare non posse; quod res in compensationem deducta alia sit ab ea, quæ debetur; sed contrarium veriùs est, ut dicemus infrà *ad tit. de compensat.*

Hoc quæsitum est, An ad juramenti vim per- 82 tineat implere promissum, non petente creditore? Posset hoc dici, quia absoluta est promissio, inducens absolutam obligationem: Nisi ex forma promissi aliud constet, vel actus exactionem involvat: ut jurans mutuum dare, non alias tenetur, quam si petierit ille, cui juravit; qui juravit obedire Prælato, subintellexit, quando aliquid præcipiet. Ut autem juramentum absolutè emissum continuò inducit obligationem: conditionale, conditione adveniente: ita & obligatio durat, si fuerit super actu permanente, nisi aliud fuerit actum, ut de exhibendo honore, & reverentia prælato, de dandis decem annuè: secus si fuerit super actu transeunte, ut de dandis semel decem, quibus datis consumpta est obligatio.

Unde Quæritur, An ejus obligatio ad hæredes transeat? Ad hujus Quęstionis elucidationem distinguitur inter jurantis, & ejus, cui juratur, hæredem; & an personam concernat, vel rem. * Quantùm ad successorem jurantis, 83 communis resolutio est, eum non constringi juramentò auctoris: quia personale vinculum continet, personam non transiens: etiam

etiam in casu, quo quis pro se & successoribus suis juravit. Neque enim vis juramenti successorem tangere aut obligare potest: nisi quoad rem promissam, quam tenetur præstare hæres ex contractu defuncti, ex quo tenetur tamquam ejus personam, & jus repræsentans. Sic si defunctus juraverit se decem daturum Mævio, tenetur partes, non ex iuramento, sed ex contractu defuncti, *l. Ex contractibus 49. De oblig. & act.* Nisi tamen promissio referatur tantum ad personam defuncti: quia ea non ligat hæredem. V.g. iuravit quis se superstitem non repetiturum mutuum datum, non impeditur hæres repetere, quia non est absoluta remissio, *l. 17. § si quis sup. De pactis* *

84 Quantùm ad hæredem eius, cui iuratum, stalatitium est, tale iuramentum non esse personale: sed ad hæredem transire ius à defuncto quæsitum: quia non tantùm sibi, sed & hæredi suo contraxisse videtur. Covarr. *De pactis p. 1. § 5. n. 11.* Hinc qui iuravit se Titio centum daturum, tenetur eius hæredi: quia eadem censetur cum Titio persona. Nisi tamen promissio limitata sit ad personam eius cui iuratur, veluti, Non repetam à te mutuum, quoad vives, *d. § si quis*: quia tum iuramentum est personale, nec extenditur ad hæredem, ex intentione iurantis, quæ non est absoluta, sed coarctata ad personam rei.

85 Quod dictum, hæredem iurantis teneri, si non ex vi iuramenti, saltem ex vi contractus, procedit in casu, quo iuramentum ex parte eius, cui iuratur, non includit turpitudinem: aliàs enim hæredem nenuquam stringeret. Exemplum est in *c. 6. ⁑ eod.* Ratio est, quòd iuramentum ex sua vi tantùm obligaverit defunctum, non etiam ulla contractus ratio: ut sit tantum personale, & non liget hæredem, qui non iuravit: nec potest dici teneri ex contractu, qui non subest.

86 Alia hic Disputatio est, An ex iuramento detur actio ei, cui factum? Ex adsertorio datam actionem à Prætore, litium expediendarum caussa, dictum supra. Ex promissorio veriùs non dari iure civili, quo iuramentum non est modus inducendæ obligationis. Nihil obstante Novella Leonis 72. quia non est recepta: excepto uno casu, quo libertus patrono petenti operas iuravit, ut colligitur ex *l. Si quis pro eo 56. inf. De fidejussorib.* pro quo & tenetur fideiussor, *l. Simul. De operis libertor.* Quod singulare videtur: non etiam accipiendum generaliter cum Covarr. *d. p. 1. § 2. num. 9.* quia nullibi datur textus, quo vis ista iurisiurando promissorio adsignetur: sine lege autem loqui erubescit Jurisconsultus. Non datur & iure Prætorio, quòd tantùm loquitur de adsertorio: non etiam de promissorio: nisi quoad exceptionem, secundùm dicta supra de pactis. Non datur etiam iure Canonico, quod nullibi invenitur actionem dedisse, ut procedat decisio *cap. 1. & 2. ⁑ De novi operis nuntiat.* Nec potest quemquam movere, quòd in variis locis iuris Pontificii præcipiatur observatio iuramenti, quia hoc non eò pertinet, ut actio detur ei, cui iuratum, cùm eius nulla fiat mentio, sed ut officio iudicis Ecclesiastici reus per censuram compellatur ad observationem iuramenti, ad evitandum periurium, ut patet ex *c. fin. De foro compet. in 6.* Vult tamen Covarr. *d. § 2. num. 5.* actionem ex eo competere: cuius opinio de praxi procedere posset, quâ & ex nudo pacto actionem dari dictum supra de pactis, ut ex iuramento detur, quod ponit arctius vinculum, non etiam de iure, ex quo nullum producit textum convenientem. Non obstat *c. 6. ⁑ hoc tit.* In quo dicitur cogendus is, qui iuravit: Neque enim illud referendum ad actionem, quæ posset videri quæsita creditori, quod esset contra rationem, & contra dicta ante, cùm non confirmet actum in odium creditoris, sed accipiendum de officio iudicis, ad evitandum periurium. Fachin. *lib. 3. contr. c. 12.*

87 Dicta de observatione iuramenti variis casibus limitari faciunt conditiones, non tantùm expressæ, quæ ex natura sua obligationem differunt; sed & quæ subintelliguntur, & faciunt eius obligationem non esse de necessitate. Talis est, *Si potuerit fieri, vel licitè fieri*, quòd nemo obligetur ad impossibile, vel illicitum. Subest etiam conditio, *Salvo iure superioris*, in cuius præiudicium nihil attentat etiam iurando subditus, *c. Venientes 19. ⁑ hoc tit.* quia iuramentum foret vinculum iniquitatis. Subest & illa conditio, *Si status rei non mutetur, sed idem permaneat*: aliàs enim obligatio resolveretur, veluti, si quod iuratum cum discretione postea incipiat habere defectum alicuius ex requisitis, quo obligatio eius redditur impossibilis, vel turpis. Ut procedat regula, quod res deveniens in casum, à quo nequit inchoari, resolvatur, *l. Pluribus 104. De V. O.* & id, sive simpliciter talis fiat, sive indecens tantùm. Sic qui iuravit ducere uxorem, quæ fornicata postea, liberatur à iuramento, *c. Quemadmodũ 28. ⁑ h. t.* quod res in eodem statu non fuit: sed notabiliter mutata, ut deficiat intentio iurantis,

 simi-

Similiter si quis penes se gladium depositum juraverit se quandocumque repetenti redditurum; non tenetur, si deponens furiosus, vel ebrius repetat, *arg. l. Bona fides 31 inf. Depositi*: nam etsi depositum reddere res sit bona; non tamen in casu, quo nociturum. In juramento quoque reciproco est conditio, *Si alter convento paruerit*, alias enim non obligat, *c. 2. hoc tit.* Nisi tamen juramentum ita absolutè sit conceptum, ut conditiones istas tacitas excludat, quatenus tamen concernit utilitatem jurantis, non etiam præjudicium tertii, quia fo et de re illicita. Intelligitur & conditio, *Si is, cui juratur, voluerit.*

88 Unde quæsitum, An per pactum remitti, vel condonari possit obligatio juramenti? Videndum hac in re, cui primariò obligatio sit quæsita, an homini, an Deo. Illo casu non est dubium, per hominem remitti posse, quia quilibet juri sibi quæsito renuntiat, & remittendo ostendit se invitum, cui non datur beneficium. Et hoc ium expressè, tum tacitè, quod expresso æquivalet, Felin, *in c. 1. n. 2. hoc tit.* Sic qui juravit solvere usuras, non tenetur, si alter recuset accipere: ut nec tenetur, qui juravit virgini matrimonium, eâ remittente, Abbas & Covarr. *in c. 1. De sponsalibus.* Similiter & filia, quæ renunciat juramento hæreditati patris, ab eodem instituta admittitur ad hæreditatem, ut dictum supra de pactis. Non facit, quòd Deus sit adductus in testem: Hoc enim tantùm in confirmationē, quæ est accessoria, qua non op9 extincto principali: & deinde remissio ista est loco principalis. Si juramentū quidem homini sit factum; non tamen in ejus favorem, sed principaliter in Dei honorem, non potest ab homine remitti, quia obligatio est Deo quæsita: uti quando aliquis jurat alteri ingressum in Religionem, vel aliquod pietatis opus. Si verò Deo quidem sit factum, sed tendat in hominis utilitatem, quia solutioni adjectus, rectè ab eo remittitur: ut si quis juret se daturum pauperi Titio eleëmosynam, vel ducturum Cajam pauperem in uxorem, tunc enim remissio Titii, vel Cajæ, cujus favorem concernit juramentum, facit jurantem absolvi. Et hoc, quando quis certam personam respexit; promissio enim in genere de dando eleëmosynam pauperi habet conditionem voti, ut non remittatur, quia determinatè nulli facta.

89 Quæri insuper potest, An juramentum absolutè in proprium commodum possit ab eodem remitti? Volunt hoc quidam, quod uti per tertium, cujus favorem concernit remitti potest, ita & à se posse debeat remitti, commoditati suæ cedendo. Contra tamen dicendum videtur, cùm sit honestum servandum sit, ita exigente comite veritate. Nec facit argumentum à tertio sumptum; Quia ibi subest conditio, si voluerit, quam non includit juramentum factum in proprium commodum: foret enim inutilis talis obligatio, quæ in voluntate ponit debitoris, an sit obligatus, quod jura non permittunt.

90 Rursus Quæritur, An quis cogi possit condonare obligationem? Non aliàs hoc licet, quàm quando subest iniquitas ex parte ejus cui juratum, vel metus, ut in casu usurarum, *c. 1. hoc tit. c. Si duas De usuris.* Ratio est, quia res injustè accepta detinetur, quæ coactio maximè spectat ad judicem Ecclesiasticum, *c. fin. De foro compet.* Cùm res ista spectet ad bonum animæ, cujus cura est fori Ecclesiastici. Posset tamen idem videri potestatis sæcularis, cujus est occurrere iniquitatibus, & eas à subditis avertere: Covarr. *De pactis p. 2 § 2. n. 1. in fine.*

91 De eo quoque dubitatum, An prorogatio termini solvendi sub juramento inducat remissionem? Covar. *De pactis p. 1. in pr. n. 9.* citat aliquos, & inter eos Cardin. *ad Clem. 1. versic. nos itaque h. t.* qui juramentum remissum volunt, ex, ratione, quòd non extendatur ad alium casum nisi de novo præstetur, *c. penult. hoc tit & per l. Item 13. §. qui impleto inf. Locati.* Ubi isto in casu requiritur novus consensus ejus, qui fidejussit. Rectius tamen ipse Covar. cum aliis contrarium adserit, ex bona ratione, quòd prorogatio temporis videatur fieri cum omnibus qualitatibus, & clausulis ejus rei quæ prorogatur, *l. Legem C. Locati. Lecta 40. & ibi Alciat. n. 5. sup. tit. prox. De reb. cred.* Non facit *d. c. penult.* Quia tantùm negat juramentum antiquum ex nuda voluntate jurantis trahi ad novum casum, quia per solam voluntatem non ponitur juramentum: hoc autem in casu agitur de eadem obligatione, & ejusdem. Ut nec obstet *d. §. qui impleto.* Qui agit de prorogatione in damnum tertii, hic autem agitur de damno ejus, qui juravit tantùm, Vid. Fachin. *lib. 3. cap. 6.*

92 Fieri posse remissionem non est dubium, non tantùm in casu, quo aliqua vertitur iniquitas, ut in *c. 6. h. t.* verùm etiam in casu, quo nihil subest iniqui, quia tantùm agitur de jure partis, cui est liberum arbitrium rei suæ in remittendo Relaxationem, aut remissionem peti posse à superiore, similiter

similiter dubitandum non est parte non citata, imò etiam invita, quando subest injustitia ex ejus parte, uti in usurario, & eo, qui metu extorsit, tametsi lubsit juramentum de non petenda relaxatione, quia subest periculum detentionis rei alienæ injustè. Dat & gravis læsio juranti justam caussam reclamandi, quod in re sit injustitia. Sic & juramentum à filiofam. mutuum accipiente præstitum de non opponendo Senatusconsulto Macedoniano relaxatur, cùm tale non exigatur sine turpitudine creditoris: quamvis & dici possit nullum, ut videbimus infra. *tit. Ad S.C. Macedonianum*. Si nihil incurrat turpitudinis, regulariter relaxari nequit, vel etiam commutari, nisi cum consensu ejus, cui factum, eo quod, quæsitum illi jus, non sit sine justa causa eripiendum, Abbas *ad c. 1. n. 10. in medio* ⁏ *hoc tit.* quam ponit bonum commune, exigens relaxationem. Quo tamen casu non dubitur: nisi per talem superiorem, qui potest subditum, etiam sine ejus culpa suo jure privare, cum aliàs relaxatio rectè ab Episcopo, vel Prælato habente auctoritatem Episcopalem postuletur: ut & capitulum sede vacante: habeat hanc potestatem, quia sede vacante succedit in spiritualibus; Felin. *ad c. 1. n 2. hoc tit.* Covarr. *De pactis p. 1 §. 3 n. 15 & seq.* ubi tradit, censeri relaxatum subditis juramentum obedientiæ, Papa dejecto Papatu, vel excommunicato *can. penult. & fin XV. q 6.*

93 Quæritur hic, Cujus superiori competat potestas absolvendi a juramento, quando partes sunt diversi fori? Distinguendum, cum Felino, *ad d c. 1. n penult.* An juramentum habeat turpitudinem ex parte jurantis? An verò alias licitum sit. Priori casu potest Prælatus illud relaxare, quòd non sit opus ulla partis citatione, cujus verè non interest, cum ei non sit jus ad promissum, ut tantùm agatur de liberando suo subdito ab injusto ligamine. Quo casu videtur, & superiori ejus, cui juratum, relaxare juramentum: nam cum possit cogere subditum ad illud condonandum, quidni, illo renitente, poterit condonare ita exigente justitia? Posteriori casu, cum requiratur jurisdictio in creditorem, non potest fieri relaxatio per superiorem jurantis; quia ad eam opus est citatione, quæ non habet vim in extraneos, *l fin. ff De jurisdict.*

94 Quæsitum quoque, An relaxatio peti possit, postquam jurans incidit in perjurium? Negat Covarr. *d. p 1. § 1 n. 3. vers. Hac autem* secutus Abbas *ad d. c 1. n 10. in medio.* Ducitur hoc argumento, quòd frustrà legis auxilium implorat, qui in leges committit, *c. Quia frustra* ⁏ *De usuris* Verùm quamvis jurans non solvendo ad præfixum terminum perjurii reatum incurrerit, & sic commiserit in legem, non tamen in eam jam committit petendo relaxationem, quoad promissionem adhuc durantem, ut occurratur peccato usurarii injustè usuras recepturi; ita tamen, ut imponatur eidem pœnitentia, quoad perjurium incursum, per superiorem in relaxando.

95 Alia superest Quæstio, An potestas secularis possit juramenta relaxare? Sunt qui negent, inter quos est Covarr. *d. p. 1. §. 3. n. 12.* ex ratione quod juramentum ponat vinculum spirituale, cujus relaxatio pertinet ad spiritualem potestatem, non etiam civilem, quæ se non immiscet spiritualibus, *c. fin. De foro compet. in 6.* Dici tamen potest, id licere; & probatur ex eo, quòd pars illud remittat per modum condonationis. Ut potestati sæculari hoc non videatur negandum, ubi caussa occurrit, quæ & cogere potest subditum, ut condonet. Est autem ejusdem potestatis, cogere, ut faciat quis, & immediatè per se facere si subditus recuset. Deinde illa remissio est temporale quid, non spirituale, nisi principaliter Deum contingeret, quo casu tantùm facienda per potestatem spiritualem, secundùm *d c. fin.* Vide Mynsing *cent. 5. obser 99.* & Gail 1. *Obser. 25.*

96 Irritatio juramenti spectat ad eos, qui habent jurantes subditos suæ potestati, vel suo regimini ut parentes, maritos, quatenus in eorum præjudicium vergit. Minorum juramenta non videntur à tutoribus irritari posse, quòd jura ea rata velint *l. 2. & Auth Sacramenta Cod. Si adversus vendit* Covarr. *d p. 1. §. 1. n 8* Hæc ita de juramento promissorio. Quantum ad assertorium, relaxatio ab eo peti, vel dari non potest, quia spectat ad præteritum, ut parti sit jus quæsitum quod per relaxationem ei eripi iniquum foret. Posset tamen justa caussa intercedere, quæ suaderet juranti succurrendum.

97 Hactenus de vi juramenti. Restat examinare ejus interpretationem, quæ potissimum facienda ex natura actus, cui adjungitur, cujus illi addit religionis vinculum: nisi eo fine adhibeatur, ut actus conditionem excludat, ut in casibus, quibus aliàs juramenti religio non posset esse salva; uti in muliere, quæ intervenit cum juramento, in fidejussore, qui in duriorem caussam se obligavit. * Strictè etiam interpretandum, non obstante, quòd concernat favorem, & religionem,

98

cum hæc obligatio pendeat ex intentione jurantis, quem verisimile est voluisse quàm minimum sibi nocere. Quò facit, quod dicit Abbas, in *cap. Cum clericus in fine* De *V.O.* quando agitur de obligatione, strictam esse sumendam interpretationem, juxta *cap. penult.* *h.t.* Quâ in re cavendum, ne quæratur latebra perjurio, & nimis callidâ, ac malitiosâ interpretatione jurisjurandi fidem violemus; ut ille qui cum triginta dierum pactus esset inducias, noctu exiit populatum agros. Accipiendum etiam juxta verisimilem jurantis mentem, prout propria, & communis fert verborum significatio.

99 Quid ergo dicendum de juramento doloso, & simulato, an obligationem inducat? secundùm verba exterius prolata. Videtur hoc velle, *can. Quacumque 9. 22. quæst. 5.* Qui habet quâcumque arte verborum quis juret, Deum tamen, qui conscientiæ est testis, ita hoc accipere, sicut ille, cui juratum, intelligit; propterea quod dolus, & sua fraus nemini debeat patrocinari. Contraria tamen sententia videtur probabilior, dolo scilicet, & fraude utentem in jurando, & verba alio sensu, quam præ se ferunt, & quam accipiuntur ab eo, cui juratur, accipientem, suamque intentionem accommodantem ad sensum a se intentum, non obligari ex vi juramenti directè ad implendum juramentum, juxta sensum ejus, cui juratur: sed proprium tantùm. Quod probatur per textum generaliter loquentem, in *can. Humanæ 22 q. 4.* Ubi non verba, sed intentio dicitur spectanda, cui verba deserviunt, non contra: ut cum intentio hic desit, & limitata sit, non possit aliam producere obligationem quàm intentam. Ad idem videtur facere, *l. 3. §* 1. *infra De obligat. & actionib.* Ubi obligatio constituatur, hoc animo dati, & accipi quid oportere dicitur. Non obstat *d. can. Quacumque.* Quia non loquitur de effectu inducendi obligationem; sed committendi culpam quo ad Deum, in quem ob fraudulentum animum est peccatum. Nec patrocinatur hic fraus sua doloso, cum graviter peccet & commodum temporale, quod accipit, de facto magis percipiat, quam de jure, secundùm quod accipienda supra dicta regula. Nihil facit, quod ante dictum, intendentem jurare animo se non obligandi nihilominus obligari, quia ibi adest voluntas jurandi, quam tamquam caussam sequitur obligatio, ut effectus. In hoc autem casu deest voluntas, & non est alia quam limitata: ut aliàs non teneatur jurans secundum illud Poetæ.

Qua jurat, mens est: nil conjuravimus illâ,
Illa fidem dictis addere sola potest.

Non potest tamen negari, quin peccet mortaliter ita jurans: imò & interdum teneatur ratione injustitiæ, ac detrimenti inde secuti, vel etiam scandali vitandi. Ut possit videri tale juramentum, si non in interiori, saltem in exteriori foro obligare, in quo non de occultis, sed de his, quæ patent, judicamus. Et hoc, ut occuratur fraudibus, secundùm Covarr. *d. p. 1. §. 5. in princ.*

100 Ubi illud Quæsitum, An amphibologiâ uti liceat juranti citra perjurium? Minus Christianæ simplicitati consentaneum est, nec satis probum viro bono, uti verbis amphibologicis, sive restrictione mentali, quando quisquam te alloquitur. Tolerari tamen potest quando quis respondere cogitur de ea veritate, cujus celandæ jus habet interrogatus, ex caussa; ut quia agitur de salute corporis, de honore, de re familiari tuenda, vel alio actu veritatis, cujus occultatio expediens est, & studiosa. Interrogans enim de eo, cujus celandi jus interrogatus habet, imputet sibi, si amphibologicâ, vel internâ restrictione eludatur, & in errorem labatur, modo restrictio mente concepta, proportionata sit verbis, & materiæ, de qua agitur: & saltem talis, quæ si voce exprimeretur, & cum alia orationis parte jungeretur, congruum, & verum sensum efficeret, ex quo apta, & conveniens responsio resultaret. Ut rogato rem, quam servare secretò expedit, licet respondere, se nescire, intelligendo non eo modo se scire: quo illud licere teneatur. Quod non tantùm extra judicium obtinere, verùm & in judicio tradit Navarrus 22. *q. 5. can. Humanæ quæst. 2. num. 5.* Ubi in casu, quo Titius, qui dixerat alicui, *Accipio te in uxorem*, sine animo ducendi, rogatus à judice, An illa verba dixerit animo eam ducendi, est extra perjurium, secundùm ipsum, quòd non videatur affirmare falsum, sed verum secundùm istam restrictionem: quia aliàs judici daretur via ad ferendam falsam sententiam. Expeditum est, judici incompetenti, vel non debitè interroganti, posse rogatum id, quod verè commisit, negare, subintelligendo, ut detegat tali judici non suo, vel non debitè roganti super crimine, nulla infamia prævia vel testibus sufficientibus, cum talis judex sit instar privati, cui hac restrictione imponi potest. Sic confessarius interrogatus, An Titius tale crimen confessus fuerit, rectè negat, sub eadem restrictione, ut scilicet detegat.

gat Navar. *d. loco.* Sic multa leguntur in Sacra Scriptura, quæ citra restrictionem non possunt salvari. D. Franciscum refert Navarr. *in manuali c.12.n 8.* rogatum à persecutoribus, quà perexisset homicida, qui juxta eam transierat, manus in manicas immittentem respondisse, non transivisse illac, scilicet per manicas. Videtur sententia illa multis Practicis secuta: nec potest rogatus dici deceptus, cum caussa id permittat, sine qua non foret extra reatum jurans. Quâ ratione Judicem competentem juridicè interrogantem non licet tali amphibologia ludere quò res ista tendat in subversionem judiciorum, & detrimentum Reip. Ut autem in aliquibus casibus liceat, cavendum, ne ex tali usu sumatur nimia loquendi licentia, vel jurandi, quia foret contra bonos mores. Vide Less. *d. c. 42. dub. 9 num. 46. & seqq*

101 Ex dictis hactenus patet, juramentum licitum esse, cui adsunt comites Veritas, Judicium, Justitia, & servandum. Cujus apud Ethnicos tanta fuit religio, ut nullum vinculum ad adstringendam fidem arctius esse voluerint, Cicero 3. *Offic.* Ut Christianis debeat esse religio adsumenmendi nomen Domini in vanum, contra secundum Decalogi præceptum; non sina gravi piaculo, eoque mortali, ob irreverentiam Deo illatam; ut & D. Thomas perjurium dicat esse gravius homicidio. Covarr. *De pactis p.11. §. 1. num. 1.* Gravibus etiam pœnis subjicitur secundùm Canones, uti patet xxii. *q. 5.* Infamia utroque jure notatur, *l. si quis major Cod. De transact. can. Inferiores* vi. *q. 1.* & pecuniaria pœna, vel corporali affici potest, ut patet ex *l. si duo §. fin. h. t.* Videtur tamen obstare *l. 5. §. 2. h. tit.* Ubi dato jurejurando nihil aliud quæritur, quàm an juratum? Remissa quæstione, an debeatur? Verùm hoc tantùm, quantùm ad retractandum juramentum, quod non retractatur, ob transactionem, quæ subest; scilicet si juraveris, solvam; vel non petam, ut dictum supra; non etiam quantùm ad perjurii pœnam. Magis obstat *l. 2. Cod. hoc tit.* Ubi jurisjurandi contempta religio, dicitur Deum habere ultorem, per Principis verò venerationem pejerantem, corporali pœna affici. Variæ sunt interpretationes istius legis, ut videre est apud Menoch. 2. *Arbitrar. casu 319.* Ipse *n. 23.* eam accipit de perjurio commisso calore iracundiæ, quod Deo relinquendum: ut nec Principi isto casu censeatur illata magna injuria; aliàs si animo sedato pejeratum fuerit, pœnæ graves sunt constitutæ, *d. l si duo §. fin & nov. 77.* Duaren. 2. *Disput cap 37,* Gudelin. *De Iure noviss. lib. 6. cap. ult. circa finem.*

ADDITAMENTA.

Addit. 2. de Iurejurando.

AD *n. VII.* De perjurio, quod non admittatur ad Juramentum vid. Beust. *ad l. admonendi n. 103. & seqq ff. de jurejur.* Ubi dicit ex Cicerone. Quod ei qui semel pejeravit, credi non debeat, etsi per plures Deos juret. Cui adde Mascard. *de prob. concl. 1174. per tot.*

Ad n. XII. Juramentum sine mentione Dei factum an licitum & obligatorium Duar. ad h. t. C. 1. dicit hujus jurisjurandi genere (per salutem suam per caput suum) etiam sanctissimos usos fuisse; Wes. *a h. t. n. 6.* Ejusmodi Juramentum omnino rejicit., docens impiam esse qualiscunque Jurisjurandi formolam, qua per aliud, quàm per viventem Deum juratur.

Ad n. XIII. Promissio sub data fide (vulgò: Bey Fürstlichen/ Gräfflichen / Adelichen Ehren unnd Trewen) æquipollet Juramento, quoad promissionis observantiam, quoad Juramenti pœnam verò, differt, ut se majorem incurrat, qui Juramento verò facto non sterit, quàm qui tantùm sub fide data promisit. Defendi in disputatione mea inaugurali position. 24. Aliàs hac de re, consule Wes. *Consil. 10. n. 41 & Cons 52 n. 8.* Gail. 2, *obs. 9* Mys. Cent. 1. *obs. 17* Coler. *de process. executiv. p. 1. c. 10. num. 219. & seqq.* P Frider. Mynd. *de Mandat c 71. nu 5.* Surd. *decis mant. 234.* Besold. *in thes. Pract. verb.* Trew und Glauben: *Et verb* Endt. & Weh. *in obs. Pract. verb.* bey Glauben und Trewen.

Verba Bey Schelmenschelten/ an inducant obligationem & Juramento æquipolleant? vid. Weh. *in Obs Pract pag. 58.* & Gylman *in decis. Cam lib. 1. decis. 9.* ubi casum habet: Daß ein Junggesell einer Jungfrawen die Ehe/ bey Schelmenschelten versprochen und nicht gehalten / & propterea à virgine super Injurus conventus.

Eucharistiæ Sacramentum sumere [Das Heilige Hochwürdige Sacrament darauf empfangen] Plus est, quàm si apud Judicem quis jurasset Gylman. *tom. 4. Symph. vol. 38. n. 31. & 38.* Meisner *tom. 1. decis.* 18. quos allegat Wehen. *in O. P. pag.* 579.

Differunt à se invicem, Committere factum alicujus conscientiæ (Die Klag in eines Gewissen schieben) & committere scientiæ & notitiæ (In eines Wissenschafft und Wohlbewust stellen.) Et quisnam sit hujus distinctionis effectus? vid. Colet *part. 1. decis. 116. n. 5 & seqq.* Hatt. Pistor. *obs.* 184. *n. 2.* Matth. Wes. *vol. 1. Cons. 3. n. 50.* Carpzov. *part 1. Const. 2. def.* 40.

Ad n. XVI. Varias formulas Juramentorum vid. rem. sive ap. Jacob. Speidel. *in Syll. qq. Iurid. verb. Iuramentum pag.* 403.

Ad n. XXXI. XXXII & seqq. De delatione Juramenti: quantum tempus ad Jurandum indulgeatur? De Iuramento Calumniæ, De revocatione, remissione, recusatione & relatione Iuramenti vid. eleg. Berlich *part. 1. concl. 29. 30. 31. 32. 33. 34 & 35.*

De Capitulis Iuramenti Calumniæ vid. R. A. zu Cölln *de anno* 1512. *tit.* Von Anwälden setzung & R. A. zu Regensp. *de anno* 1654. § Uber dieses rc. & § zumahln aber Jederzeit rc. adde Vigel. in *M. I. R lib. 2. c. 8. Reg. 9 & seqq.* Alth. Dicæol. *lib. 3. c. 52. n. 37 & seqq.*

Absque delatione & Iud. cis impositione, nullum præstandum est Iuramentum. Carpzov. *pag. 1. Const. 2. def.* 34.

An Iudex falsum Iuraturum, aut Iuratum non servaturum, ad Iuramentum adigere vel admittere possit? Hanc quæstionem tractant Theologi, & distingvunt inter personam privatam, & judicem ordinarium: Privatus inquiunt, nemini Iuramentum deferre debet, quem scit, tam levi ingenio & conscientia esse, ut Jusjurandi rationem nullam habeat, sed pro delectamento id putet, ludumque faciat. Talem ad Iurandum non admittat, sed oppugnet, contraque protestetur solemniter, urgeat, flagitet, petat ne juret, potiusque Iacturam bonorum perferat, quàm admittat. Imò si vel unus realiter jurasset, & alter sciret, falsum eum jurasse, tum alter ille omnino non jurabit, sed potiùs Deo committat & liber evadat.

Jurare quàm grave sit, indigitat verbum Schwur / quod jurantes suspiciant in se onus longè gravissimum [Sie nehmen ein schwer Ding auff sich] dum ad cœli & terræ, hoc est ad creatoris & creaturarum tribunal Augustissimum & tremendum, in omnium & superarum & inferarum rerum velut præsentia constituti, universam naturam, contra seipsos citent, atque sententiam planè horrendam pronuncian*t*es & naturæ beneficiis, ad hanc vitam necessariis, & Dei favore conspectuque omnibus optatissimo privari se volunt, æternis verò cruciatibus & igni inextinguibili se devovent, si scientes fallant. Sie stellen sich vor gebögte Bänck / fällen selbst ein Urtheil und schreyen Zetter über sich. Jacob. Ebertus *in historia Iuramentorum fol.* 8.

TITVLVS III.

De in litem jurando.

SVMMARIVM.

1. *Iusjurandum in litem à quo, & ob quam caussam deferatur.*
2. *In quibus judiciis locum habeat.*
3. *In strictis regulariter locum non habet.*
4. *Cui deferatur, & contra quem.*
5. *Ad quid, & quousque jurare liceat.*
6. *Iuramentum calumniæ, ejusque finis.*

JUrisjurandi adsertorii judicialis, vel potiùs necessarii, quia defertur in defectum probationis, species est Jusjurandum in litem 1 *, quod actori defertur, rei, quæ in judicium deducta est, æstimandæ caussa, vel etiam ejus, quod interest, *l. 1. & 2. h. t.* Et quidem à judice, quia aliàs nullum foret jusjurandum, *l. 4. § deferri hoc tit.* ex cujus arbitrio dependet hæc delatio; non tamen libero, *l. 4. Cod. eod.* Nec obstat *l. 4. hoc tit.* Ubi dicitur deferre non posse: hoc enim accipiendum, si de facti conditione non satis constet. Non deferendum: nisi caussa exigat: quam ponit contumacia rei, & dolus non restituentis rem, in detrimentum actoris, *l. 5. § sed in his h. t.* qui non debet esse impunitus. De dolo loquitur textus: rectè tamen & latam culpam comprehendes, cùm sit dolus, vel dolo proxima *l. Quod Nerva inf. Depositi.* Nec facit, quòd *d. § sed in his* dicatur, *Non etiam ob culpam.* Hoc enim accipiendum de levi culpa, de qua communiter nomen, *culpa*, per se positum accipitur.

Ha-

3 Habet locum in judiciis in rem, & ad exhibendum, & bonæ fidei actionibus, *d. l. 5.* sive in rem, sive in personam. Quod non accipiendum: nisi de iis bonæ fidei judiciis, quæ ad rem restituendam competunt, *l. 3. §. in hac inf. Commodati & C. h. t.* Ut non habeat locum in emptione, quæ non ad restituendum, sed ad tradendum competit: atque ita in *d. l. 5.* verba, *in bonæ fidei actionibus*, indistinctè prolata restringenda ad eas, quæ habent eam lem naturam. Unde nec in contrariis actionibus depositi, commodati, & similibus obtinet: quia non agitur ibi ad rem restituendam. Habet locum in arbitrariis, & rei vindicatione, quod metus causa, de dolo, & similibus, de quibus *Inst. De actionib. § præterea*: quia in his agitur ad restituendū. In strictis obtinuit non habere locum, uti stipulatione, ex testamento, *l. 6. h. tit.* Quod exceptionē patimur, secundùm *l. 5. §. fin h. t.* Ubi dicitur & interdum in istis jurari in litem scil. si res restituenda mora debitoris perierit: quia tunc quæritur, quid restituendum veniat, quod non possit judex æstimare rem, quæ non extat, sine delatione juramenti.

4 Defertur ei, qui Dominus litis, vel qui suo nomine litem contestatus est, *l. 2. h. t.* non tamen Pupillo. Adolescens jurare potest, uti & Tutor, Curator, nomine pupilli, vel minoris, propter affectum, si velit, *l. 4 hoc tit.* Procurator non admittitur: quia æstimationem rei non suæ ignorat: non etiam mater, nisi tutrix fuerit, *arg. d. l. 4.* Adversus eum defertur, qui rem petitam non restituit: etiam tutorem. Non contra Heredem; quia in dolo non est: nisi contra defunctum lis fuerit contestata, vel ejus dolus arguatur: *l. 1. 2. 5. C. hoc tit.*

5 Actori itaque hoc juramentum defertur, ut juret, quanti rem æstimet, vel interdum quanti interfuit, si aliàs actori res perierit. Ne tamen in immensum juret, attenta occasione, Judex modū statuere potest, ut intra certam quantitatem juret, *d. l. 4. §. juraret* quæ tamē non sit nimis exigua. Potest & judex, nullo modo statuto, non sequi æstimationem actoris, eum & minoris condemnare possit, *d. l. 5. §. 2.* cum enim de affectione juretur, potest eam ad æquum, & bonum redigere. Non obstat *Auth. Post jusjurandum Cod. De judic.* Quia loquitur in casu, quo per judicem est taxata. Potest etiam absolvere, si caussa sit: scilicet si reperta postea instrumenta, & probationes producantur, quibus constet rem petitoris non esse, *d. l. 5. § pen & arg. juramenti necessarii, de quo supra.*

6 Est & juramentum calumniæ, quod exigitur à partibus in exordio litis: atque omissum etiam in qualibet parte exigi potest. Finis est, ut à calumniosa litium persecutione avertantur jurantes. Continet præcipue, quod litem movendi, vel contradicendi justam caussam se habere credant. Perjurium ratione hujus juramenti non incurrere partes vult Covarr. *De pactis p. 2. § 7. num. 10. per l. 2. Cod De rebus cred. & jurejur.* quam hoc in casu vult loqui. Rationem ponit in materiæ fragilitate, cùm sit tantùm credulitatis. Ad hoc spectat, ut jurent partes, quod nullam exigent probationem calumniosam, litis protrahendæ caussâ, & quod nihil dederint, promiserint, daturi, promissuri sint, per se, vel per alios, ad corrumpendum judicem, *Auth. Principales Cod. De jurejur propter calum.* Et hæc de juramento sufficiant.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 3. de in litem jurando.

AD n. I. Jurare in litem est jurare, quanti litem, h. e. rem de qua litigatur æstimes *l. 1. 2. 3. 4. & 5. h. t.* Donel. *in pral. h. t. n 2.*

De Juramento in litem, sive veritatis, affectionis & singularitatis, vid. Cam. Borell. *tom. 1. sum. dec. tit. 52.* & Cravett. *cons. 187.*

Ad n. II. Contra juramentum in litem admittitur probatio adversæ partis Carpzov. *p. 1. Const. 15. defin. 9.*

Si violenter res furto ablatæ sunt, & non constat de earum quantitate, nec facilè probari potest, an juramentum in litem deferendum, tunc sit damnum passo, tam respectu quantitatis, quàm æstimationis, vid. ap. Pegner. *q crim. 23.*

De juramento in litem præstando, contra administrationem aut tutorem, qui rationes reddidit & quitantias obtinuit, vid. multa ap. Farinac. *Consil. 96. n. 32. & 53.*

TITVLVS IV.
De Condictione caussâ datâ, caussâ non secutâ.

SUMMARIUM.

1. *Caussa nomine quid hic veniat.*
2. *Caussa oportet sit de futuro.*
3. *Impossibilis non facit condictioni locum.*
4. *Condictioni huic quando sit locus.*
5. *Casus impedit condictionem*
6. *Recedi ab hoc contractu potest re adhuc integrâ,*
7. *Excipitur dotis nomine traditum.*
8. *Condicuntur & fructus, cum omni caussa.*
9. *Cur hoc casu sit locus condictioni, non etiam vindicationi.*
10. *Distat hic contractus à contractibus innominatis.*
11. *Item ab emptione venditione, Intellectus* l. fin. Cod. hoc tit.

1 Mutuo vicinus est contractus, quo datur aliquid ob caussam, quæ non secuta. * Caussa hic nihil aliud esse videtur, quàm res, cujus intuitu aliquid datur; quæ, vel honesta est, de qua hic, veluti, si servum manumittas, à lite recedas, filium emancipes; vel inhonesta, aut injusta, de qua Tit. sequenti. In illa idjuris est, ut caussa secuta cesset repetitio *l. 1. h. t.* quia eum sit factum; quod fieri voluit dans, non habet quod conqueratur. Si verò caussa deficiat, condictioni locus erit; quia cessat finis, propter caussam intentam, non peractam, *l. 3. & passim h. t. l. 1. & 2. C. eod.*

2 Dico, finis: * quia caussam hanc oportet esse de futuro, quæ finalis est, *l. Damus 52. in princ. & l. In summa 65. §. 2. inf. tit. 6.* ubi distingvit J. C. inter datum ob caussam, & datum ob rem. Illam vocat de præterito, hanc de futuro: ex hac repetitionem dat, non ex illa; etiamsi caussa falsa fuerit: veluti si quis decem dederit Titio: quia negotia sua gesserit, qui tamen ea non gessit. Sic & legato caussa de præterito, licet falsa, non obstat, *l. Cum tali 72. §. falsam caussam inf De condit. & demonst.* ex ratione ibi subjuncta; quod ratio legandi, legato non cohæreat; id est, quòd legatum consistet sine caussâ adjecta. Quod tamen accipiendum: nisi caussa conditionaliter enuntietur, veluti, si negotia curaverit, quia talis causa sapit conditionem, quæ suspendit actum in sui eventum, *l. Demonstratio 17. §. ac si dict. tit.* Idem est, si constet aliàs datutum non fuisse, *l. 1. Cod. De falsa caussa adjecta leg. Gloss in d. l. 65. § 2.* * Im-3 possibilis caussa non tam condictioni, quam vindicationi locum facere videtur, quòd impediat dominii translationem; propter defectum conditionis ab initio, qui facit in contractibus nihil actum esse *l. Non solum inf. De oblig. & act.* Dico, in contractibus, nam aliud in ultima voluntate, ut dicetur inferiùs *ad t. de cond & demonstr.*

Condictioni huic tum demum locus erit, si 4 steterit per eum, cui datum ob caussam, quò minùs, id cujus nomine datum, factum sit, *l 8. in fin. Cod hoc tit.* Idqve propter cessantem consensum dantis, qui est, ut aliquid fiat. Non potest autem dici, per aliqvem stare, si tempus, intra quod agendum, adhuc currat: veluti, si manumittendus sit servus intra Kalendas Martias, ante illas inhibenda est repetitio: quia necdum est in mora is, qui accepit, cùm adhuc caussæ parere possit, *l. 3. §. 3. h. t.* * Casus quoqve facit impediri, 5 caussa non impleta, condictionem: quia non stat per eum, qui accepit, uti si servus manumittendus intra tempus, ante illud obierit, *l. 5. in princ. h. t.* Et hoc ita ex capite caussæ non impletæ, cùm desit culpa obligati, *l pen. hoc tit.* Nam ex capite pœnitentiæ condictioni locus erit, *d. l. 3. § quod si ita, d. l. 5. in princ.* Etsi enim habeatur caussa pro impleta, quando non stat per obligatum; Hoc tamen eatenus tantùm quatenus agitur de revocanda re, propter cessantem caussam, eamve non adimpletam, de qua accipienda est *l. pen. C. h. t.* non etiam ex caussa pœnitentiæ, cui loco, est donec ab altero factum sit quod convenit, extra ejus injuriam. * Quia de ratione hujus 6 contractus & similium est, ut possit recedi ab eo, donec ab altera parte quid actum: re tamen aliàs integra. Integra nô erit, si intersit accipientis, non accepisse ob hanc caussam pecuniam, vel aliud quid, ut quia res ita composuit, ut necesse habeat proficisci propter sumptus factos, quæ res pœnitentiam excludit, nisi indemnitas præstetur, *d. l. 5. in pr. h. t.* Similiter & res integra non erit, si quis distraxerit servum suum, idcirco non distraxerit quia acceperat pecuniam: ut manumitteret, & interea fugit, vel decessit; nisi mora ejus culpetur *d l 5. § fin.* * Exceptio hic una traditur in *l. 8.* 7 *h. t.* Ubi nomine dotis traditum non repetitur, donec matrimonium subsequi potest, quod ita singulare esse ex caussa dotis tradit Bart. ad *d. l. 8. per l. si ego §. 1. inf. de jure dotium.*

Non

8 Non tantùm autem condicitur id, quod datum, verùm & fructus, cum omni caussa, & accessionis, ut & partus mulieris veniat, *l. Cum quis* 12 *hoc tit.* nam eorum est eadem caussa, quæ particularis dati. Quod dictum de condictione ejus, quod datum, obtinet etiam in promisso: uti & in eo, quod ob caussam acceptò latum est, *l. 4. h. t.*

9 Quod autem hoc in casu sit locus condictioni, non etiam vindicationi, ratio est; quia rem tradendo transivit dominium, quod non resolvitur hoc ipso, quo a re cessit in caussa, sed repetitione hominis opus est: quæ competit ei, qui dedit, vel cujus nomine datum, *l. Si donaturus h. tit.* quia ab isto datum videtur, contra eum, qui accepit.

10 Quâ in re distat hic contractus à contractibus nominatis, in quibus, cessante condictione, agitur ad implementum ejus, quod conventum, *l. leg. Ex condictione 14. Cod. De rescind. vendit.* Ratio est, quia nominatis est attributa vis obligandi à jure civili, propter utilitatem, quam habent in communicando res inter homines; quæ

11 non est eadem hoc in contractu. * Qui tamen posset videri habere aliquam affinitatem cum emptione venditione; dubitatum enim in *l. fin. hoc tit* hac in specie. Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares, sit ne id contractus genus proportione emptionis venditionis, quia venit pretium, & res? Responsum tamen à J C. non esse aliam obligationem, quam ob rem dati, re non secutâ; atque ideò decem data, Sticho mortuo, condici posse, cùm, si esset contractus emptionis, res emptori periisset. Ratio responsi est, quòd in ista lege agatur de re danda, id est, dominio ejus transferendo, ut, si aliena fuerit, cujus dominium transferri non potuit, sit locus condictioni; cùm in emptione sufficiat tradatur vacua rei possessio, etiam alienæ, ut dicetur infra. Vide Vigel. ad *l. 2. n. 44. & seqq. sup. De reb. cred.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 4. De Condictione caussa data caussa non secuta.

AD n. V. Vid. Bacc. *ad Tr. vol. 1. disp. 12. th. 2. lit. A.* ubi circa casum fortuitum, post multas distinctiones tandem concludit, propter diversitatem factorum & casuum vix posse hoc certa regula definiri, & ideò rem hanc ex æquitate decidendam putat.

Ad n. X. Præcipua differentia est à caussa efficiente, quod condictio ex q. contractu, actio præscriptis verbis ex vero contractu est, Bacc. *ad Treutl. prox. cit. loc lit G.*

De hac materia vid. eleg. Gilhaus. in arbor. Judic. Civil. *c. 3. de libell & eorund form. n. 81.* & Wes. *in par. h. t.*

TITVLVS V.

De Condictione ob turpem, vel injustam caussam.

SVMMARIVM.

1. *Condictio hac locum non habet, quando turpitudo versatur ex parte dantis tantùm.*
2. *Habet locum ex parte accipientis tantùm.*
3. *Datum judici, ut secundùm dantem in bona caussa judicet, an condici possit?*
4. *Turpitudo ex parte utriusque vetat condici.*
5. *Accipiens per turpem caussam peractam an teneatur ad restitutionem in foro conscientia?*
6. *Data post actum turpis caussa restitui non debent.*

7. *Exactio eo casu an licita.*
8. *Meretrix licitè datum retinet, & promissum exigit.*
9. *Vt & mulier fornicaria, non meretrix.*
10. *Condictio ob caussam injustam.*

1 Turpis caussa est, quæ bonis moribus contraria. Ejus quod ob hanc datum, condictio est permissa; non tamen in distinctè. Nam turpitudo, vel versatur ex parte dantis tantùm, vel accipientis tantùm, vel utrinsque. Primo casu condictio cessat *l.4.§.sed quod hoc tit.* ubi datum meretrici pro actu meretricio, non condicitur à dante; quia versatur in turpitudine: ut ei obstet regula, quòd turpitudinem propriam allegans non sit audiendus. Non versatur autem in turpitudine meretrix, quæ licet turpiter faciat, quod talis sit, non tamen & turpiter accipit, cùm sit meretrix, *d.§.sed quod* Vide Navarr. in *Manuali cap.17.n.34.*

2 Secundo casu condictio est *l.1 §.fin. & l.4. hoc tit.* Cujus ordinis est datum furi, ut restituat furtivè acceptum, & datum ne quis furetur, ne occidat, ne injuriam faciat. Ratio est, quia non tam datum sponte, quàm coactè, eò, quod dans putet, vel metuat posse se aliàs injuriam pati. Præterea accipiens ex sua turpitudine lucrum sentiret, quod leges non ferunt: turpe enim est pro eo, quod ex officio, & justitia præstare teneris, pretium accipere.

3 Ubi dubitari posset, An datum judici, ut secundùm me, in bona caussa pronunciet sit obnoxium restitutioni? Posset videri affirmandum, per *d.l.2. in fine* in verbis, *Est quidem relatum, condictioni locum esse*: verùm ibi subjungitur, *Sed hic quoque crimen contrahis: judicem enim corrumpere videtur. Et non ita pridem Imperator noster constituit, litem eum perdere.* Quæ verba propter adversativam, *sed*, videntur correctoria prioris dicti. Atque ita cùm in turpitudine versetur etiam dans, non videtur posse condicere, secundùm Glossam, ad *d.l.2.* quam videtur sequi Alex. in *l.1.h.t.* Ubi excipit casum, quo quis dedit judici, ut caussam suam quàm primùm expediat, quod res ista non contineat suspicionem corrumpendi judicis: in quo & videtur residere Covar. ad *c. Peccatum p. 2. §. 3*, Menoch *2. Arbitrar. casu 43 num.6.*

4 Tertio casu, ut quo fur dedit, ne proderetur: aut Judici quis dedit, ut pro se judicet in caussa injusta, cessat omnis condictio *leg.3.§.1. & 1. h. tit.* quia in pari caussa potior est possessor, *l. pen. h. t. l.5.C. eod.* Est autem hic par caussa, cum utriusque versetur turpitudo.

5 Ubi quæsitum, An post turpem caussam peractam, accipiens teneatur in foro conscientiæ restituere pretium? Videtur hoc negandum, si pretium fuerit moderatum; cum exercitium turpis actus aut maleficii sit pretio æstimabile, non quidem ratione iniustitiæ adversus proximum, sed ratione periculi, & discriminis quoad bona, vel honorem, vel vitam, cui se exponit exercens talem actum, ut rectè tradit Molina, *De justit. & jur. tract. 2. Disput 94. numer.6.* quod videtur & sentire Covarr. *dict. p.2. §.2. numer.6.* licet dubius. Quomodo dici potest, illum, qui accepit pretium, ut alteri minùs digno officium det, posse id retinere, quia agitur de eius honore propter infamiæ metum, quem subit re propalata. In foro civili non aliàs ad restitutionem talis tenebitur, quàm post condemnationem, quia est pœna, ad quam nemo tenetur ante sententiam.

6 Et hæc ita in iis, quæ ante actum turpis causæ data sunt. Post eum data sunt omnino extra restitutionem; quia videntur sponte oblata, *arg. l.2. Cod. De his quæ vi metusve caussa &c.* ubi datum post cessantem metum, non potest videri extortum metu.

7 Quantùm ad exactionem post actum commissum, non est quidem illicita, vel iniusta, quia secundùm iam dicta actus turpis sit pretio æstimabilis: non est tamen in foro civili admissa, quod sit contra bonos mores, *l.5. Cod. hoc tit.* Ut talis obligatio nulla sit §. *quod ex turpi Instit. De inutilib. stipulat.* & ex tali promissione petens dicator submovendus exceptione doli mali, vel in factum, *l. pen. h. t.*

8 Hinc de meretrice Quæritur, An ad promissi numerationem actus carnalis agere possit, Negat Navarr. *in Manuali cap.17. num.40. & 41.* ex ratione, quod agendo videatur sibi complacere in opere turpi præterito, non sine peccato & posset videri facere pro eo, *d.l.5.* quæ denegat exactionem promissi ob caussam turpem, quia contra bonos mores. Eius tamen opinio non est recepta, cum communiter tradatur non tantùm licitè retinere meretricem id, quod datum modo ab eo, cui dandi licentia, sed & exigere, cum si turpiter non accipiat, quia meretrix: non dicenda etiam turpiter exigere post patratum iam opus, quod est pretio æstimabile, Covar. *d. §.2. n.1.* Nihil obstat Navarri argumentum. Qu a non est necesse in petendo pretium sibi complaceat super actu turpi.

Et

9 Et hoc ita in meretrice, cui, cum sit meretrix, non est turpe accipere pretium. De aliis dubitari posset, An acceptum retineant? Quod & dicendum: adeo ut etiam coniugata, quod accepit pro adulterio, retinere possit, etiam in foro conscientiæ; quia & iste actus secundùm dicta est pretio æstimabilis, nomine periculi, quod adultera subiit. Covarr. *d. loco n.* 2. In iudicio tamen coniugata non audiretur, quia eius actus omnino turpis, neque in ullo excusabilis.

10 Altera Rubricæ pars est de condictione ob caussam iniustam, eius scilicet, quod datum est ex pacto vi, vel dolo, vel contra iura publica extorto, cuius ideo repetitio est, *l. 6. 7. h. t.* ne alicui sua violentia aut dolus prosit.

TITVLVS VI.

De Conditione indebiti.

SUMMARIUM.

1. *Indebiti solutio an rectè annumeretur contractibus, qui re fiunt.*
2. *Conciliatio* l. Cum in corpus 36. De acq. rer. dom. *cum* l. Si ego 18. sup. De reb. cred.
3. *In debiti condictio est actio personalis quasi ex contractu.*
4. *Requisita ad ejus effectum.*
5. *Indebitum quotuplex.*
6. *Ex debito naturaliter tantùm non datur condictio indebiti.*
7. *Licet errore facti solutum.*
8. *Obligatio antidoralis non ponit naturale debitum.*
9. *Ex non debito civiliter & naturaliter datur condictio.*
10. *Debitum sub conditione quatenus non debitum.*
11. *Dies adjectus non facit indebitum solutum.*
12. *Inter usurium pecuniarum solutarum ante diem an condici possit.*
13. *Pro non debito est, quod per exceptionem perpetuam elidi potest.*
14. *Solutum per ignorantiam sive juris sive facti an indistinctè condicatur.*
15. *Ignorantia juris succurrit minoribus, non etiam fœminis.*
16. *Debitum civile tantùm non impedit condictionem.*
17. *Excipitur solutum ex caussa judicati, transactionis.*
18. *Condictio indebiti cui detur, & ad quid.*
19. *Debitum ab alio quam debitore solutum an condici possit.*
20. *Procuratore solvente condicit dominus.*
21. *Indebitum solutum esse probat id allegans.*
22. *Explicatio* l. Frater à fratre 38. h. t.
23. *Naturalis obligatio quo modo censeatur inter filios in patria potestate constitutos*

Quasi mutui datio est indebitum solutum, quod hic annumeratur contractibus, qui re ineuntur: * An rectè, dubitatur, cum solvens 1 potiùs obligationem dissolvere voluerit, quàm contrahere, & traditio nuda, quam nulla præcessit caussa, & quam comitatur error, non videatur sufficere ad translationem dominii, *l. Numquam 31. inf. De acquir. rer. dom.* Dicendum tamen non malè eum, qui indebitum accepit, re obligatum dici, cùm, teste Pomponio in *l. Is qui 13. inf. Commodati*, plerumque accidat, extra id, quod agitur, tacitè obligationem nasci. Nec facit caussæ defectus, cùm adsit consensus in corpus, quod traditur, qui sufficiens est ad dominii translationem: * non obstante errore circa caus- 2 sam, qui non inspicitur, *l. Cùm in corpus 36. inf. De acquir. rer. dom.* ubi respondit Julianus *Cùm in corpus quidem quod traditur, consentiamus, in caussis verò dissentiamus, non animadvertitur, cur inefficax sit traditio; veluti si ego credens me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatione tibi eum deberi: nam etsi pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratiâ, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse quòd circa caussam dandi atque accipiendi dissenserimus.* Verùm isti Juliani responso ex diametro videtur adversari Ulpianus, in *l. Si ego 18. sup. De reb cred.* ubi J.C. *Si ego*, inquit, *pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias Iulianus scribit, donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse magisq. nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit.* Ad conciliationem quidam adserit, non quidem transire dominium, ex donato, vel mutuo, sed alia ex caussa. Quod videtur valde puerile, quia non possunt alia caussa, quam istæ duæ, circa quas dissensus. Dicendum cum Cujacio, *ad lib. 13. Digest Salvii*

Iuliani unde d. l. 36. desumpta est, disparem esse caussam istarum legum: nam *d. l.* 18. loqui in casu, quo unus dat irrevocabiliter, alter verò accipit revocabiliter, at in *d. l. 36.* utramque caussam esse irrevocabilem, atque ita dissensum circa caussam non impedire dominii translationem. Verùm non planè exhaurit difficultatem, cum in *d. l. 36.* ponatur idem casus, *in d. l.* 18. & tamen ponitur contraria resolutio. Ut dicendum sit, *d. l. 36.* accipiendam esse secundùm *d l.* 18. scilicet tum non impediri dominium, quando acceptum ut mutuum est consumptum.

3 Ut ut autē re contrahatur obligatio per indebiti solutionem, rectè tamen ista adscribitur obligationi quasi ex contractu, non etiam veris contractibus, *Instit. De obligat. qua quasi ex contractu nasc.* Est autem actio personalis: omnis enim condictio est in personam, à Condicendo, id est denuntiando diem, nomen habens, contra eum, cui quid indebitè solutum, quasi ex contractu procedens, cùm accipiens quod sibi non debetur, tacitè se obliget ad ejus restitutionem; ita postulante ratione, quæ iniquum judicat, per errorem circa causam datum manere penes eum, qui accepit cum damno alieno, *l. Hac Condictio 66. ff. h. t.* Ut breviter, condictio hæc sit actio quasi ex contractu, qua repetitur indebitum solutum. Habet locum non tantùm in rebus pondere, numero, mensurâ constantibus, quorum respectu vocatur promutuum à Cujacio, sed & in non fungibilibus, quâ parte à mutuo distat.

4 Ad ejus effectum oportet Primò qui id esse solutum, cùm hæc obligatio ponatur inter eas, quæ re contrahuntur. Cui non obstat, quòd & cautio indebitè omissa condicatur, *l. Is qui 31 h t* nam & ea loco solutionis est, *l. Solutionis 54 inf. De solutionib.* Secundò, ut solutum sit per errorem circa caussam, cujus passim meminerunt textus *hic & C. eod.* atque ut error non tantùm sit in dante, sed & in accipiente. Prius patet quia error aufert animum dandi, *l. Cùm per errorem 53 inf. De R. I.* Posterius patet, quia mala fides accipientis impediret dominii translationem, eum rem ad furti caussam redigat, & condictionem furtivam potiùs quam hanc caussset, *l. Quoniam 18 De condict. furt.* Error hic vel juris, vel facti: iste probabilis est, ille verò improbabilis, & sententiam interpretativè ponit. Tertiò, ut quid indebitum sit solutum, ut nomen sonat, & apertè indicat textus in *l. Ex his 54. h. t.* in eo enim consistit condictionis hujus æquitas.

Ubi notandum, ad faciliorem intelligentiam hujus condictionis, debitum & indebitum variè sumi, & quidem tripliciter, secundùm vulgatam distinctionem. Primò, naturaliter tantùm, quando aliquid jure naturali tantùm est debitum, civiliter autem peti nequit; cujusmodi est debitum ex pacto nudo, ex quo obligatio quidem oritur, non tamen datur actio, secundùm dicta superius, *ad tit. De pactis.* Secundò civiliter tantùm, quando sola lex inducit obligationem, quam non fert natura. Exemplum ponunt in eo, qui cum non deberet, damnatus per sententiam ex obligatione literarum, ex obligatione, quæ per pactum nudum remissa, quatenus respicit substantiam obligationis, & tendit ad eam subvertendam, facitque sublatam quoad vinculum naturale, *l. Stichum 95. §. 4. naturalis inf. De solut.* remanente tamen civili vinculo, quod tolli non potuit nudo pacto, propterea quod unumquodque eo modo tollatur, quo est inductum. Non obstat *l. Si unus 27. § pactus sup. De pactis*, quia in isto textu pactum appositum tantùm respicit executionem, ut obligatio naturalis remaneat. Tertiò civiliter & naturaliter, quod solutum nullo jure repetitur. Alii rectius, cum non agnoscant obligationem civilem tantùm sine naturali, sed duas dumtaxat obligationis species ponant, naturalem tantum, & naturalem ac civilem simul, ut traditur infra, ad *tit. De obligat. & actionib.* ita & duas tantum constituunt indebiti species, primam scilicet & tertiam.

6 Quod ad primam attinet, condictio non competit, *l. Naturaliter 13. & l. Si quod 64. hoc tit.* quòd subsit verum debitum; ut cesset ratio condictionis, quæ non vult, quod alienum est, apud alium sine caussa manere: hic autem est caussa, cur maneat, scilicet debitum naturale. Et hoc veteres admittunt, quando solutio facta est per errorem juris, *leg. Cum quis Cod. De juris & facti ignor. & l. Error. Cod. Ad L. Falcid.* quod, uti dictum, talis error ponat sententiam. Secus sentientes, quando error facti caussavit solutionem, quod hic probabilis, & excuset, *d. l Cùm quis.* 7 * Verius est nec facti errorem dare hoc in casu condictionem, cùm talis error non minuat obligationem naturalis debiti, nec impediat translationem in accipientem. Quâ ratione, cum alter suum receperit, nihil est, quod condicatur, ut rectè repedatur condicens, cui aliàs non tam error facti obesset, quàm prodesset.

Ea-

Facit, quòd debitum naturale sit sufficiens ad compensationem: ut multò magis operetur retentionem, quæ facit potiorem possessorem, (*) ujac. *ad l. Fratrâ fratre hoc tit.* cujus textus pro hac parte facere videtur, ut mox videbimus. Nihil obstat *d. l. Cum quis*, quia rectè capitur de eo quòd nullo modo debetur: de quo & accipienda *d. l. Error.* in qua ne quidem naturaliter debetur quod ultra dotrantem est relictum, propter legem impedientem obligationem, ut errore facti solutum omnino indebitum rectè condicatur.

8 Quæri hic posset, An obligatio antidotalis ponat naturale debitum, ad effectum impediendæ condictionis? Equidem ejusmodi obligatio nihil obstabit, cum non tam ex æquitate procedat, quàm ex quadam honestate & affectu naturaliter indito ei, qui munus accepit, qui, si honestus sit, inclinatur in remunerationem: quo modo & accipienda *l. sed et si lege 25. §. consuluit sup. De petition. hæred.* dum naturalem nunc vocat obligationem, & *l. si pignore 54. §. 1. inf. De furtis.* Ut nulla possit esse quæstio ob ... nam, qui alias non tam beneficium dedisset, quàm in quæstum misisset, cum, ut ait Seneca, 4. *De benef. cap. 14.* qui beneficium dedit, ut reciperet, non dedit. Videatur Jason *ad l. 3. n 74. sup. De just. & jure* Donel. 17. *Comm. c. 1. vers. quæsitum.*

9 Quantum ad tertium casum, condictionem competere est extra dubium, cum quod solutû nullo jure debeatur, ut sine caussa sit penes accipientem, atque ita succedat æquitatis regula, quæ non patitur alterum cum alterius jactura locupletari, *l. 1. & passim h. t.* quatenus tamen res extat: nam si consumpta fuerit bona fide, frustra intentatur condictio contra eum, penes quem nihil est rei alienæ. Nisi ex ea factus sit locupletior, nam rem extare facit pretium ejus consumptæ extans, quod non manere apud possessorem sine caussa non minus iniquum, quàm si res ipsa maneret.

10 Pro non debito est, quod sub conditione debetur: cum non tam debeatur, quàm spes sit debitum iri, *§. sub conditione Instit. De V. O.* ut ante ejus eventum solutum, sit indebitum, atque ideo rectè condicatur, *l. sub conditione 16. h. t.* Nisi talis sit conditio, quæ omnino extitura est, *l. Quod si ea 18. h. t.* qualis non tam spem quàm ipsum de-

11 bitum ponit, licet in diem dilatum: *cum dies adjectus, non impedit, quò minus cedat dies obligationis, id est continuò debeatur promissum, *l. 1. §. 1. inf. De condit. & demonst.* ita nec faciat indebitum solutum, ut condictioni locus non sit, *l. In diem 10. & l. Nam cùm 17. h. t.* Et hoc, si certò dies sit eventurus: nam incertus dies est loco conditionis, *d. l. 16. in fine.* ubi præponenda est negatio verbo, *existente*, ut sensus ibi exigit, & probat Cujac. 13 *Obser. c. 20.* cùm in *d. l. 16.* J.C. intendat ponere differentiam inter debitum sub conditione & debitum die incerto, qui necessariò eventurus, quod scilicet illud repetatur, non etiam hoc, ut omnino probat sequens *l. Nam si cum moriar 17. hoc tit.* in qua debitum in diem incertum scilicet cùm moriar, solutum repeti non posse respondetur, ex vera Celsi sententia. Ratio in eo esse videtur, quod, cùm talis dies sit, certò eventurus, non tam dubiam quàm certam, ponat obligationem, quia certum est promissorem moriturum, *l. si p. si mortem 68. in fine inf. De leg. 1.*

12 Quæsitum in casu superiori, An inter usurium pecuniarum solutarum ante diem condici possit? Voluit hoc Jason. ad *l. In diem 10. hoc tit.* & Duar. *eod. tit. c. 5.* Contra tamen verius est, ex eo, quod, ubi non debetur principale, nec debeatur accessorium. Facit, quòd non aliud condicatur, quàm quod indebitè solutum, inter usurium autem non fuit solutum, quia non fuit tempore translationis. Facit, eò textus in *l. sed si vir. 31. §. quod vir inf. De donat. inter vir. & uxorem*, ubi uxori debitum in diem rectè solvitur ante diem, & quidem sine metu viri donationis, non attento commodo temporis, quod vir sentire potuisset.

Nec adjuvat sententiam Jasonis textus in *l. Si quis 39. h. t.* quia agit tantùm de cautione emissa condicenda, secundùm *l. 3. §. item sciendum & §. fin. inf. Si cui plus quàm per legem Falcid.* non tamen de interusurio. Costal. *ad. d. l. 10.*

Nihil etiam facit, quod condictio competat ex æquo & bono: æquum autem & bonum videatur, reddi interusurium, quo creditor factus locupletior: nec enim omne quod æquum est in arbitrio judicis, ut parti adjudicet, sed tantùm quatenus natura actionis fert, ut adjudicet: non fert autem in actionibus strictis, cujusmodi est hæc condictio.

Non obstat denique *l. Ait Prætor. 10. §. cum in diem 12. & l. Omnes 17. §. 2. inf. Quæ in fraudem credit.* Nam ibi agitur de debito ante diem soluto, in fraudem creditoris, in cujus proinde gratiam habetur ratio commodi repræsentationis, ne illius damno aliquid accedat commodi alteri. Aliud est in nostro casu, quo agitur de eo-

dem ipso, qui in diem debitum ante diem solvit, quod sibi imputet.

13 Est & pro non debito, quod licet sit debitum per exceptionem tamen perpetuam elidi potest, *l. si non sortem 26 §. indebitum l. Qui ex ceptionem 40. h. t.* Ratio est, quia per talem exceptionem redditur actio inutilis, ut quasi nihil debeatur, *L. Nihil interest 112. inf. De R. I* Et hoc, si exceptio ejus caussa inducta sit, qui indebitum solvit, cujus ordinis est exceptio S. C. Vellejani, competens mulieri ratione intercessionis, *d. l. 40.* Aliud dicendum, si exceptio inducta fuerit in odium creditoris, cujus ordinis est exceptio Macedoniani, quę non proderit, ad condictionem soluti, quod ea introducta sit in odium mutuantis, quod ne quidem naturalem obligationem debilitat, *l. Quia 10. inf. Ad S C Maced.* ubi ea de re latius.

14 Disputatur, an dicta de condictione omnino indebiti indistinctè procedant, sive solutio facta sit errore juris, sive facti? Indistinctè adserunt veteres, moti, ut videtur, quadam æquitate, quæ non admittit id, quod alterius est, apud alium sine caussa manere. quorum opinio ut rectè procedat in soluto indebito per errorem facti, qui probabilis est, veluti cum nesciens, te servum meū esse, à te quasi libero homine pecuniam debitam in judicio exigi, facti enim ignorantia non facit, ut tui dominium amiserim, *l Non idcirco C. De juris & facti ignor.* Neutiquam si filius, qui se abstinuit paterna hæreditate, ut sibi suspecta, maternam verò adiit, possideat agrum paternum, putans eum esse maternum, in facto enim cum erret, non potest videri paternam hæreditatem adivisse, *l. 5 Cod. d. tit.* Similiter & ignorans cognatum intestatum mortuum esse, & intra centum dies non petens bonorum possessionem. Unde cognati, non excludit se propter facti ignorantiam, *l. 1. §. 1. d. tit.* Cùm nec in damnis, nec in compendiis ignorantia, facti obsit, ut dicemus infrà *tit. De juris & facti ignor.* Neutiquam tamen procedet ista sententia in soluto per ignorantiam juris, quæ est improbabilis, & ponit interpretativè scientiam, quæ condictionem impedit, *l. 1. Cod. hoc tit.* Facit pro ea parte *l. Cum quis 10. Cod. d. tit.* in qua distinguitur inter ignorantiam juris & facti: ex hac repetitio pecuniæ indebitè solutæ conceditur, ex illa verò denegatur. Ad idem facit *l. Error 9. C. Ad l. Falcid.* ubi qui sciens solvit quod retinere poterat, non condicit, cui comparatur solvens per ignorantiam juris. Facit &, quòd passim dicatur juris error nec prodesse erranti, nec eum excusare, *L. pen. §. fin. inf. De juris & facti ignor.* Prodesset autem hoc in casu, concessa condictione, per quam alteri auferret quòd legitimè ejus factum: nam qui condicit quod solvit, id agit, ut acquirat quod amisit, non etiam ut quod suum est non amittat: ut sollicitus sit de lucro, non de damno. Videatur Cujac, *ad l. 8. inf. De juris & facti ignor. & lib. 5. Obser. c. 39.* Nihil obstat *d. l. 8.* dum ait, errorem juris non nocere: nec enim inde sequitur prodesse, uti contingeret hoc in casu, cùm sint hæc duo diversa, secundùm *l. 7. & 8. d. tit.* ubi dicitur, non nocere quoad rem amittendam, & quò minus res sua petatur, non autem prodesse quoad acquisitionem, & rei jam amissæ recuperationem. Duar. *hic c. 3*

15 Facit tamen ætas locum condictioni, quam non facilè ignorantia etiam juris à lucro removet, *l. Quamvis Cod. d tit.* Mulier amittendæ quidem rei damnum evitat per juris ignorantiam, non etiam rem amissam recuperat, quia spectat ad compendium, in quo mulieri erranti in jure non subvenitur, *d. l. 8. & d. l. Quamvis*, nisi certis casibus per leges expressis, de quibus infrà *de juris & facti ignor.*

16 Quantùm ad secundum modum, quo aliquid naturaliter indebitum solvitur, civiliter verò debitum juxta veteres, qui ponunt civile debitum tantùm, posset videri, repetitionem non impediri, eo quòd non videatur deberi, quod contra æquitatem est solutum, veluti si liberatus per pactum nudum, per quod dictum est naturalem obligationem tolli, manente civili, solverit per ignorantiam *l. si non sortem 26. §. indebitum h. t.*

17 Excipe caussam judicati, *l. 1. C. h t* quia sententia habetur, pro veritate, *l. si fidejussor. 29. §. in omnibus inf. Mandati*, cui servari suam auctoritatem publicè interest. Solutum etiam ex caussa transactionis aut juramenti, licet non debitum, non repetitur, idque favore transactionis, per quam à lite recessum, *l. 2. C. d. t. l. 2 sup. De jurejur.* Solutum quoque ex iis caussis, quæ per inficiationem crescunt, non condicitur, *l. 4 C. h. t.* quia videtur solutum caussa evitandæ pœnæ duplici, & sic quasi transigengendo.

18 Datur condictio indebiti, ei, qui solvit, ejusque hæredi, *l. Si fundi 12. h. t.* contra eum, qui accepit, *l. his solu 49 ff h. t.* ejusque hæredem. Est enim quasi ex contractu, qui & hæredem obligat. In eam venit res, quæ data est, ejusve æstimatio *l. 7. ff. h. t.* & quidquid ex ea perceptum, quod non debet cedere lucro possessori, *l. Indebiti 15. h. tit.* Usuræ non veniunt, *l. 1. C. h t.* cum non possit videri in mora esse, qui indebitum accepit, & agatur de contractu stricto, in quem non veniunt usuræ,

fertæ, nisi per stipulationem promissę, ut satis sit servari eum indemnē, qui indebitum solvit. Consumptio rei facit cessare condictionem, uti dictum suprà: ut & præscriptio xxx. annorum, quia actio hæc personalis est, quæ tollitur tali præscriptione, ut dicetur inferiùs, *ad tit. De usucapionib.*

19 Dubium hic oritur, An condici possit quod debitum ab alio, quàm debitore est solutum? Ratio dubitandi est in duabus legibus sibi prima facie contradicentibus: nam *l. Repetitio 44. h. tit.* condictionem repellit, ex eo, quòd datum esset debitum, contra verò vult textus in *l. si pœna 19. §. 1. & in l. Summa 65. §. 9. eod.* ubi non est satis ad excludendam condictionem, accepisse debitum, si ab alio quàm debitore sit acceptum. Conciliari possunt dictæ leges hoc modo: priorem accipiendo de eo, qui alieno nomine debitum solvit, quod sibi imputet, posteriores verò de eo, qui suo nomine alienum solvit debitum, putans se teneri, quâ ratione ei conceditur condictio. Et facit pro ista parte textus in *l. Purè §. si eum inf. De doli mali except. & in l. 5. Cod. h. t.* Duar *hic c. 6* & Zasius, *Antinom. p. 1. ad d. l. si pœna, & ad finem d. p. 1.* Ubi merito reprehendit Pet. Stellam, intelligentem *d. l. 44.* de eo, qui rem suam ab alio receperat: quæ res est extra dubium, cùm ponat condictionis materiam.

20 * Si procurator solverit ex mandato domini, vel is ratum habuerit, domini est condictio, aliàs foret procuratoris, *l. 6. hoc tit.* Duobus reis simul solventibus, competit singulis pro rata, *d. l. 19. in fine cum l. seq.* separatim verò ei tantùm, qui posterius solvit, quia prioris solutio facit cessare omne debitum, *l. Cum duo. 25. hoc tit.* Duaren. *hic cap. 8.*

21 Restat videre, cui incumbat indebitum solutum esse, probatio. Et auctori regulariter incumbit probare, quod allegat, ita & hic alleganti se solvisse indebitum. Nisi falsò negasse à se receptam pecuniam convincatur reus: tunc enim propter temerariam inficiationem ipse gravatur onere probandi id, quod solutum est, debitum fuisse *l. cum de debito 25. inf. De probat.* Idem obtinet in milite, minore, muliere, agricola, & forensium rerum imperito, quod scilicet probationem transferant in eum, quem arguunt indebitam pecuniam accepisse *d. l. 25. §. 1.*

22 Dictum paulò superius, spectare ad naturalem obligationem textum *l. Frater à fratre 38. h. tit.* cujus responsum interpretatione magis Jurisconsultorum, quàm re ipsâ difficile esse videtur. In eo responso tractatur, an si frater à fratre, in ejusdem patris potestate existente, mutuam pecuniam acceptam post mortem patris solverit, repetere possit? Et ex textu illo colligitur, repetitionem cassare, propter naturalem obligationem; secundùm distinctiones tamen in lege positas. Quarum prima est, si frater debitor pro parte patri hæres extiterit, tunc pro ea parte datur repetitio: quia hęreditariam portionem sequitur obligatio debiti & crediti, ut pro ea parte debitum sit extinctum, cujus proinde solutio facta per errorem repetitur tamquam indebiti, sicuti si in totum extitisset hæres, nihil debuisset, ex eadem ratione, *l. Stichum 95. §. aditio inf. De solut. l. 7. C. De pactis.* Secunda quod pro ea parte qua frater creditor successit, cesset repetitio, ut colligitur ex eodem textu quia pro parte ista successit in partem naturalis obligationis patri quæsitæ, quę extincta hoc casu minimè videri potest, sed potiùs confirmata, cum hæredibus etiam pro parte cedant actiones. Nisi tamen ex peculio debitoris, quod ipse contulit, ad creditorem quid pervenerit, eatenus enim confunditur obligatio peculii, & habet quod sibi debetur. Quo modo si nihil ad eum pervenerit, peculio fortè filio debitori prælegato, nihil est, quod pro ea parte repeti possit, cum nihil receptum sit, & naturalis obligatio superstit, condictioni resistens, uti dictum. Imò & in casu prælegati peculii integri, apud fratrem debitorem existentis, deducere ei aliter debitum potest, cum ad deductionem & compensationem sufficiat naturalis obligatio. Multò magis repetitioni locus erit, si non prælegato peculio frater creditor acceperit ejus partem, ut probat J.C. in *d. l. Frater*, ex eo, quod extraneo debens, si exactus ei solverit post mortem patris recuperet à cohærede judicio familię erciscundæ, ut, si adversùs extraneum frater fratrem indemnem præstet, quidni & adversus se, ne bis idem habeat? Videatur Cujac. *ad Africanum tract. 9 ad l. frater à fratre*, Pacius *centur. 4 quæst. 16.* Cabotius *1. Disput cap 12. 13. & 24.* & Donell. 14. *Comment. c. 19.*

23 Quæritur autem, Quo modo illa obligatio naturalis censeatur esse inter filios, cum sit acquisita patri, & extincta videatur, ne sui ipsius sit debitor & creditor. Respondent quidam, hoc non implicare respectu peculii utriusque fratris, cui obligatio primario est quęsita: quæ licet patri acquiratur, non intelligitur tamen hoc fieri, quamdiu pater ea acquisitione non utitur. Vel dici potest, jure naturali patri non acquiri obligationem, cum respectu naturæ, filius & pater sint diversa persona, atque ita apud fratrem manere quoad

quoad effectum verò juris civilis patri acquiri. Qua ratione, si post mortem patris alter solvat, locus erit condictioni, secundùm distinctionem suprà datam.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 6. De Condictione indebiti.

ID omne indebitum censetur, quicquid non ex æquo & bono debetur, Treutl. *vol. 1 disp 22 th. 8 lit. D. ibique alleg.* Ideoque ejusmodi indebitum solutum, confessione & quittatione accipientis probatum, statim repeti potest. Carpzov. *Jurispr for part. 2 const. 28. defin. 2.*

Hinc condictio indebiti etiam competit, quando debitum quidem solutum est, sed solutione non contingit liberatio. Cujus exemplum est, in solutione partis, quæ pro nulla parte liberat. Vigel. *in M I.C. c. 7. caus. 7.* Gomez *lib. 2. c 10. n. 9*

Repeti an possit id. quod datum fuit ab eo, qui se non tenere sciebat, si caussa propter quam dedit, falsa reperiatur. vid. Merend. *lib 2. controv c 26 & seqq*

Formam libelli in hac actione vid. ap. Goldstein. *in pract. c. 13.* Gilhaus. *de libell. cap. 3. n. 84.*

TITVLVS VII.

De condictione sine caussâ.

SVMMARIVM.

1. *Condictio hac concurrit cum aliis.*
2. *Competit & contra malæ fidei possessorem.*
3. *Chirographum, quod sine caussa apud alium est, rectè condicitur.*

1 Condictio sine caussa est ejus, quod sine caussa apud alium est, etiamsi ex caussa antea fuerit. Concurrit cum indebiti condictione, & ejus quod ob turpem caussam datum, vel honestam non subsecutam, quia sine caussa esse incipit *l. 1. h. t.* C. *juncto hic.* 2 Competit etiam contra malæ fidei possessorem, ad consumptos fructus ex re aliena perceptos restituendos, quia sine caussa lucrum id ei adest, *l. 3. C h. t.* 3 Sic & chirographum, si juxta illud nihil datum quod vel datum solutum fuerit, sine caussa apud alium est, & rectè condicitur, *l. 5. h. t. l. 2 & 4 C. eod.* Similiter ex caussa datum, sed quæ nulla est, condicitur, ut in specie, *l fin. h. t.* ita suadente æquitate.

FINIS LIBRI DUODECIMI.

HEN-

HENRICI ZOESII I. C

IN LIBRUM XIII.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De Condictione Furtiva.

SUMMARIUM.

1. *Condictio hæc singularis quoad furem.*
2. *Datur domino res furto oblata.*
3. *Hæredi quatenus detur.*
4. *Datur in furem, ejusque hæredem.*
5. *Venit rei & rei peremptæ æstimatio.*
6. *Tenetur & fur, licet res eodem modo penes dominum peritura.*
7. *Veniunt & fructus, & interesse.*
8. *Hæres furis an in in solidum teneatur.*
9. *Condictio hæc quando cesset.*
10. *Distinguitur ab actione furti.*

1 Singulare est, quòd res furtiva condicatur, cùm per furtum non amittatur rei dominium, & vindicatio competat jure communi, non etiam condictio, eò quòd rem suam nemo condicat, *Instit De actio.§.14. sic itaque.* Est tamen, ut dixi, singulare in re furtiva, ut condicatur. Ratio est in odio furum, ut pluribus actionibus teneantur.

2 Datur domino rei, cui furtum factum, *l.1.hoc tit*, non etiam ei, qui dominus factus postea, cui vindicatio quidem salva, non etiam hæc condictio, ei tantùm competens, cui furtum factum. Hinc non competit legatario, si res legata subtracta fuerit ante mortem testatoris, *l Sed nec 11.h.t.* Non datur & fructuario, si fructus pendentes fur desecuerit, quòd demum perceptione fructuum fiat dominus, *l Arboribus 12.§.5. sup. De usufr.* * Competit & hæredi, *d.l* 11. non aliàs tamen, quàm si res manserit in bonis defuncti, cujus facto si alienata fuerit, ut si res legata, cessabit condictio post mortem testatoris, quia jam hæredis non interest, cum dominium transierit ad legatarium, *l 1.C.Com.de legat l.A Titio 64.inf.De furtis.* Quod accipe de re legata per modum vindicationis, non etiam damnationis, qui faciebat legatum deberi legatario, non tamen esse suam secundùm jus pristinum. Accipe & de legato puro; nam si sub conditione, eâ pendente, condictio est hæredis, quia adhuc res est in hæreditate, in qua demum cessabit esse eveniente conditione, *l. Si servus 14.h.t.* utrum sit condictio legatario, non etiam hæredi, cujus amplius non interest. Competit & procuratori, solventi suos nummos falso creditori, quia scienter eos indebitos accipiendo furti se obligat, *l. Quoniam 18.h.t.* ubi & is potest condicere, cujus nomine solutum, quia ratihabitio, cùm sit instar mandati, facit ejus interesse. Creditori, nomine surrepti pignoris, quia ejus interest, incerti condictio datur, *l. Et ideo 12. in fine hoc tit.*

4 Datur contra eum, qui furto rem sustulit, vel rapinâ abstulit, *l. Si vero. in princ & §.1. h.t.* & in hæredem ejus, quia habet rei persecutionem, *l.7.§.pen. h.t.* etiam si furiosus fuerit vel infans, quia non minùs obligantur, quòd sint

 hæc-

hæredes, licet cum iis agi non possit, sed cum tutoribus aut curatoribus agendum, *l.1. § sufficit inf. De administ. tutor.* Datur & in patrem ac dominum, nomine furti à filiofamilias vel servo commissi, quatenus ad eos pervenit, *l.4. pen. h.t.* In residuum noxæ servum dedere potest dominus: potest & de peculio agi, *l. pen. h.t.* Nec tantùm datur in eum, qui rem amovit, verùm & in eum qui re abusus, ut deposità, commodatà, *l. Qui furtum 16. h.t.* in eum, qui opem, consilium dedit, non datur, quia rē non contrectavit, *l.6. h.t.*

5 Venit res surrepta, si extiterit, & species ex ea extans, *l Ex argento 13. & 14. §.2. in fine h.t.* & quod ex ea extat; ut bove surrepto & occiso condici possit bos, corium, caro & cornua, si & hæc contrectata fuerint, *d.l.14. §.2.* Si interierit res facto furis, corpus quidem condicetur, satisfiet tamen in æstimatione, *l.3. h. tit.* quæ referenda ad tempus, quo res plurimi valuit à furto commisso, *l.8 § 1. h.t.* Quâ ratione si res melior facta fuerit per furem, & ejus habebitur æstimatio, idque in odium furis, *d.l.13.*

6 Quid si eodem modo peritura fuisset penes dominum? Posset videri hæc actio non competere, quòd jam domino nihil absit. Probabilius tamen, non ideo excusari furem, quia semper sit in mora, *l fin. h.t.* Quod tamen videtur accipiendum in casu, quo dominus rem potuisset distrahere, non etiam in casu, quo distrahere non potuit, secundùm dicta supra, *ad t. De rei vindicat.*

7 Ultra rem, ejusque æstimationem, veniunt & fructus, *d.l.8. in fine*; ne fur ex re aliena fructum faciat. Venit & id, quod interest servum non esse surreptum, ut si ideo dominus subiit periculum perdendæ hæreditatis, cujus pretium rectè exigitur à fure. Quod & obtinet, si condicat servum mortuum, quia fur causam damni dedit, ut id rectè luat, *l.1. h.t.* Tenetur itaque fur hac condictione in solidum, etiamsi res non existat, nec ex ea quidquam penes eum sit.

8 Ubi dubitatur, An idem in hærede sit dicendum si nihil ad eum pervenerit? Posset videri negandum, cùm ex communi traditione *in l.1. Cod. Ex delictis defunct.* sepositâ litis contestatione cum defuncto, & re contra eum judicata, hæres non teneatur ex delicto defuncti, etsi agatur rei persecutoria; quam sententiam tenet Cujac. 7. *Obser. c.37. & 13. Obser. c.37.* ubi non aliàs vult teneri hæredem, quam si vel lis contestata, vel ipse rem contrectaverit, ita intelligendo *l.7. §. fin. & l. 9. h.t.* per *l. Si hominem 7. §.1. inf. Depositi.* Verùm in contrarium est communis opinio, quæ vult in solidum teneri hæredem, etsi ad eum nihil pervenerit, per *d.l.7. § fin.* ubi si servus furtivus diem suum obierit, licet non apud hæredem furis, condictio durat adversus hæredem. Idem expressè habetur *d l.9.* ubi non pro parte, quæ ad hæredem pervenit, sed in solidum dicitur teneri, si solus fuerit hæres; pro parte verò, si pro parte tantùm hæres extiterit, non factâ mentione, contrectaverit rem, nec ne. Quæ verba sunt clariora, quàm ut patiantur interpretationem Cujacii. Et hoc ita singulare videtur in odiū furis, ut non facilè hæredē habeat. Vid. Ant. Fabrum 4. *Conject. c.1.*

9 Cessat effectus hujus condictionis per vindicationem, per solutionem ejus, quod subtractum: adeò ut, si plures subtraxerint, omnes solutione per unum factâ liberentur, *l.1. Cod. h.t.* quia est rei persecutoria, quæ cessat, recepto eo, quod ablatum. Oblatio rei per furem domino facta, qui rem recipere recusavit, facit condictionem cessare, si res perierit, *l.8 in princ. h.t.* quia interitus domino imputandus. Aliud est, si parato fure excipere condictionem, per dominum steterit, quò minùs condixerit, quia ea res non ponit furem extra moram, *l.8. h.t.* Similiter manumissio servi, qui furtum fecit, facit condictionem cessare, nisi libet rem contrectaverit, *l Quod si 15. h.t.* Est enim hæc actio contractui similis, ex quo non agitur in servum post manumissionem. Cessat præterea, si novatio intervenerit, *l. Parvi 17. h.t.* & denique si res à domino apprehensa, vel ejus facto dominium mutaverit, *l sive 10 in princ. & §. tamdiu h.t.*

10 Distingui hanc actionem ab actione furti patet, quæ pœnam petit; hæc autem rem, ut una per alteram non tollatur, *l.7. in princ. h.t.* quia ad diversa tendunt. Per illam res vindicatur, per hanc condicitur. Distinguitur & à rei vindicatione, per quam res vindicatur, per hanc condicitur: quo tamen casu una per alteram consumitur, quia ad idem tendunt. Actio furti famosa est, condictio furtiva non item, ut & contra uxorem competat, *l.3. §.2. inf. Rerum amotar.*

ADDITAMENTA.

Ad lib. 13. tit. 1. de Condictione furtiva.

Ad n.8. Quod condictio furtiva, in solidū detur, contra furis hæredem eleg. deducit Arum. *disp. 24.*

ad Pand.th. 1 & Treutl. vol 1.disp.12.th.13.lit.c.& d. Ant. Faber.4.conj.1. Wes. h.t.n.7. Cujac.7.obs.17. Cōp.lib 21.obs.70.

An dominus rei furtivæ habeat aliquam actionem adversus emptorem rei furtivæ? Modest. Pistor. quæst. 156.

Et utrum emens rem furtivam, teneatur non tantùm, eam adhuc extantem, domino restituere, verum etiam re jam consumptâ, aut alteri rursus divendita, pretium rei refundere. Virgil. Pingizer. quæst illustr. 49

TITVLVS II.

De Condictione ex lege.

SUMMARIUM.

1. *Condictio hac quando competat.*
2. *Exemplum in primipilari administratione.*
3. *Datur & ex caussa donati.*

1 CONdictio ex lege competit, quando lex obligationem induxit, non edito actionis genere; estque condictio ista actio personalis, competens ex obligatione per legem novam inducta, non caventem, quo actionis genere experiri oporteat: & est certi, si rem certam persequatur incerti, si incertum. * Exemplum est in l 1. C. h. t. 2 ubi debitori ex primipilatia actione, si solvendo non fuerit, lex non concedere ante tempus, quod aliàs intuetum ... uoc, ut fisco, cui jus potius ante alios creditores, debitum suum sit salvum. Primipilar. ista administratio primipili ductorem designat, secundùm aliquos. Primipilum annonæ militaris exhibitionem, & curam designare, videtur judicari per l. 3. & 7. Cod De cohortalib. Princip. lib. 12. * Exemplum etiam est 3 in l. Si quis argentum 35. Cod. De Donationib. ubi Imp. dat actionem ex caussa donati, non expresso actionis genere; ut agendum sit condictione ex ista lege. Alia exempla suppeditat Glossa hic.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 2. de Condictione ex lege.

Ad n. 1. LEgem hic pro omni constitutione accipe, quæ statim ut lata est, obtinet vim legis Wes. h. t. n. 4. h. e. omnes obligat: quo ipso præsupponitur, latam esse ab eo oportere, qui superiorem non agnoscat. Alex. in l. 5 De V. O. Talis hodie in imperio Rom. est Constitutio pacis publicæ, pignorationis & de Arrestis &c. super quibus quotidie processus in Camera Spirensi informantur. Vid Ordinat. Cam. part. 2. tit. 9. 21. &c.

Ad n. 2. & 3. Species hujus actionis est. 1. Si quis agat ex l. diffamari 2. Ex contractu Emphyteutico l. 2. & 3. C. de Iur. Emphyt 3. Ex donatione solo pacto facta l. 15 § fin. ff de donat. 4 Ad rescindendam venditionem, vel eam ad æqualitatem in pretio red gendam, ob enormem læsionem ex l 2. C. de resc. vendit. Hic autor, ad tit de Resc. vendit. n. 36. 5. Ad supplementum legitimæ ex l 30. de inoffic. testam.

TITVLVS III.

De Condictione triticaria.

SUMMARIUM.

1. *Condictio hac unde nomen sortita.*
2. *Quanam in hanc actionem veniant.*
3. *Iudicis officium in hac actione.*

COndictioni huic plerique adscribunt auctorem Triticium, & ab eo nomen deducunt, & *Triticiariam* vocant, ad instar Publicianæ, à Publicio, Cujac. hic in parat ex Stephano auctore Græco à Tritico dici vult, quod ver-

 bo illo

bo isto omne genus frugum venire videatur. *l. Triticum 94. De verb signif.* cujus tamen hoc Tit. nulla mentio; secundùm quam derivationem *Triticaria* erit dicenda * Est hic actio in personam, quâ, præter pecuniam numeratam omnes aliæ res, ut ait Ulpianus, *l.1 hoc tit.* condicuntur, sive pondere, sive mensura constent, sive non; sive mobiles, sive soli, & tam propriæ, ex causis scilicet illis, ex quibus cond. ci possunt, ratione scilicet furti vel violentiæ, *d.l.1. in fine*, quam alienæ, nobis tamen debitæ; nec tantùm corporales, sed & incorporales, *d.l.1 §.1.* sive quoad proprietatem, sive quoad possessionem, *l.2. h. tit* debitam ex contractu, vel alia ratione: non etiam traditam semel amissam, nisi violenter sit amissa, secundùm *l.2. h. t.* Quæ tamùm isto in casu accipienda, cùm respondeat fini *d l 1.* ut apparet ex adversativa cùm copula, *sed &* * Actio hæc, præter alias ejusdem ordinis, hoc habet singulare, quòd pro ratione locorum aut temporum res æstimanda arbitrio judicis veniat, cujus est, ne quid utilitatis decedat petitori quanti res fuisset eo die vel loco, quo dari debuit, arbitrari, & restitui jubere *l. pen. & fin. h. t.* quâ de re egimus suprà *ad tit. Si certum pet.* Cujus etiam est habere rationem moræ, si per eam res sit facta deterior, quia deterior facta non potest videri reddita.

TITVLVS IV.

De eo, quod certo loco dari oportet.

SVMMARIVM.

1. *Condictio hæc in quo à superiori differat.*
2. *Ejus inducendæ caussa.*
3. *Debitor certo loco dare obligatus quo præterea loco conveniri possit.*
4. *Loci commemoratio facienda.*
5. *Non etiam arbitrii.*
6. *Habenda & ratio ejus, quod interest rei.*
7. *Item ejus, quod interest creditoris.*
8. *In alternativè promisso cujus sit electio.*
9. *Locis pluribus conjunctim adjectis dividenda stipulatio.*
10. *Arbitraria hæc actio est.*
11. *Creditor alio loco acceptando sibi prejudicat quoad interesse.*
12. *An locum habeat hac actio in fidejussore.*
13. *In bonæ fidei judiciis arbitraria locum non est.*
14. *Vt neque locum habet ratione temporis adjecti.*

Superiori vicina videtur condictio, de qua hic, in eo, quòd in illam non cadat numerata pecunia, ut dictum, & æstimetur res, quanti fuit eo die vel loco, quo res dari debuit; in hanc verò cadat etiam pecunia numerata, *l. 6. h. t.* & æstimetur quanti interest, eo loco dari, quo dari debuit, quod cadit etiam in nummos. * Causa, quæ Prætorem movit ad inducendam hanc actionem, est, quòd cum summo jure alio loco, quàm in quo sibi dari quisque stipulatus esset, non videretur facultas esse agendi, quia ubi solvere quis promisit, ibi contraxisse videtur & exigendus est, *l. Contraxisse inf. De oblig. & actionib.* contingere posset, ut stipulator numquam ad suum perveniret, promissore numquam ad locum, in quo daturum se promiserat, accedente, vel data operâ, vel aliis distracto negotiis: ut Prætor ex æquitate utilem eam in rem actionem compararerit, quâ alio loco debitorem suum convenire quis posset, *l. 1. h. t.* Dat prætor utilem, quia summo jure, ut dictum, non competeret.

Dico, alio loco; commodo tamen & idoneo, qualem esse volunt, ubi reus forum sortitur, vel ratione domicilii, aliam ob caulam, *l. hæres absens 19. §. fin. sup. De judiciis*, Costal. *in d. l. 1. h. t.* secundùm crebriorem & veriorem, ut vocat, opinionem. Cui non obstat, quòd textus *hic & Cod. eod.* dicant, alio loco indistinctè conveniri posse reum: nam eorum prolatio indistincta accipienda de loco idoneo & commodo. Quo facit, quod qui simpliciter promisit, vel contraxit, nullo loco adjecto, non nisi idoneo conveniri possit: ut idem dicendum sit hoc in casu, uti rectè tradit. Duar. *hic cap. 4.* cum Prætor convenetum certo loco dari habeat, ac si simpliciter, nullo adjecto loco, dari deberet. Vid. Arn. Baert. *ad h. t. num. 10. & seq.*

Hac actione ut rectè quis agat, oportet faciat commemorationem loci, in quo solvendum, veluti quod Ephesi dare promisisti, Romæ des; & hoc sive agatur ex contractu, sive ex testamento. Commemoratione istâ opus esse patet ex *§. loco instit De actionib.* quâ omissâ plus diceretur peti, quia utilitas, quàm haberet promissor, si Ephesi solveret, ei adimeretur purâ intentione, *d. §. loco & l. 2. § si quis h. t* * Arbitrii commemoratio, scilicet quod æquius melius judici videbitur

videbitur, omissa nihil videtur nocere quòd loci mentio eam includat, & faciat arbitrariam hanc actionem, judicemque potestatem habere arbitrandi, quod alterius interest, 6 alio quam convento loco solvi, *d. l. 2. h. t.* * Ubi certum est omnino habendam esse rationem ejus, quod interest rei, quia cùm ex æquitate Prætor hanc det actionem, etiam curare debet, ut procedat quàm minimo detrimento ejus, quem alio quam convento loco solvere cogit, *d. l. 2. § fin. hoc tit.* Contingit autem communiter interesse rei, propter rerum pretia, quæ pro locorum varietate sunt varia, *l. 3. h. t.* Quod & in pecuniis obtinere dicitur, quarum potestas etsi una eademque ubique videatur, invenitur tamen aliis locis facilius & levioribus usuris, aliis difficilius: ut ea de caussa veniat levior condemnatio, *d. l. 2. in princ.*

7 Venit & habenda ratio ejus, quod interest creditoris, si fortè ob moram debitoris vel damnum senserit, ut quia sub pœna loco convento debebat pecuniam, vel sub pignoribus, quæ ideo distracta sunt, *d. l. 2. §. fin. & l. 8. h. t.* vel lucrum amiserit, ne mora rei fit ei noxia. Quo casu non videtur attendenda rei utilitas, ne ex sua mora vel delicto commodum reportet. Quò facit, quòd *d. l. 2. in princ. h. tit. & l. Cod. eod.* dicatur distinctim inspicienda utilitas actoris vel rei. *Cuj. ad African. tract. 3. ad l. Centum Capua hoc tit.*

8 De eo quæsitum in *d. l. 2. §. Scævola*, quod alternativè solvi promissum. Ephesi vel Capuæ, cujus sit electio? Et responsum eam petitoris esse, non obstante, quòd in alternativis rei sit electio, *c. In alternativis De R. I. in 6.* Nam hoc procedere rectè tradit Scævola in casu, quo agitur, quid ex duobus promissis debeat reus, veluti Stichum aut Pamphilum, quatenus uterque superest, nã si alter mortuus sit, extinguitur electio. Non etiam procedit in casu, quo agitur, an debeat, ut in casu, quo agitur de alternativa locorum promissione, veluti Capuæ aut Ephesi dabo, quæ dat electionem creditori, non debitori: quia ejus arbitrio poneretur, an deberet, atque ita illudi per eum judicium posset, quippe qui conventus uno in loco posset dicere, se alibi malle conveniri, ideoque rectè optio ei adimitur. Quo in casu non esse opus loci alterius commemoratione rectè tradit Duaren *hic c. 3.* cùm non habeat reus conqueri, qui ex proprio contractu convenitur, 9 nec alio quam convento loco. * Si conjunctim loca plura adjecta sint, ut Ephesi & Romæ decem dabo, dividitur stipulatio, & singulis locis pars petenda: ac totum petens uno in loco, sine commemoratione loci alterius, videtur plus petere, quod altera pars non petatur loco convento, ut obtineant dicta in superioribus.

10 Loci itaque commemoratio facit, ut actio hæc sit arbitraria, eo quod pendeat ex arbitrio judicis, reum pluris vel minoris damnet, vel etiam si videatur, absolvat, si per eum non steterit, quò minus pecunia sit soluta actori loco convento, ut quia eam actori obtulit vel deposuit, vel de facili ibi est solvenda, ubi tamen videtur exigenda cautio de ea solvenda loco convento, *l. 4. §. 1. h. tit.* quia mora actoris re integrâ non liberat reum. * Accipiendo debitum alio quàm 11 convento loco, præjudicat sibi creditor, quò minùs agat ad id, quod interest, quia cùm cogi non possit alibi accipere promissum, *l. pen. h. t.* videtur accipiendo jus ad pœnam vel interesse, quod prætendere posset, remisisse, *l. fin. h. t.* Nam cùm sit una petitio sortis tantùm, & ex officio judicis accedat æstimatio ejus quod interest, ratione loci, accepta sorte cessat officium judicis, ut rectè respondit Paulus, *l. fin. h. t.* quod obtinet in aliis judiciis, in quibus ex mora per officium judicis veniunt usuræ, ut accepta sorte principali, licet post moram, usuræ peti non possint, *l. qui per collusionem 49. inf. De actionib. empti.*

12 De fidejussore quæsitum in eleganti *l. Centum Capuæ 2. hoc tit.* An arbitraria hæc actio in ejus persona locum habeat? Et respondit Africanus etiam in ejus persona obtinere, ut si à creditore alio loco exigatur, ratione ejus quod interest, minoris condemnetur. Eo casu hæsitatum, quo mora intervenit, an fidejussor teneatur in id quod interest creditoris? Et distinguit Africanus, an moram fecerit solus reus, an verò & fidejussor. Priori casu negat teneri fidejussorem, quòd rei factum obligationem fidejussoris non augeat. *d. l. 8.* qui tantùm se obligavit ad sortem, etiam ad accessoria: ad quæ non solet teneri fidejussor, nisi in omnem caussam se obligaverit, *l. quaero inf. Locati*, vel contineantur ipsa obligatione. Nec facit, quòd mora rei dicitur nocere fidejussori, *l. Mora 3. inf. De V. O.* nam hoc tantùm quoad rei interitum, non etiam quoad obligationis augmentũ, quod nõ est in obligatione, licet in arbitrio sit judicis. Posteriori casu teneri fidejussorem ad id quod interest actoris, loco convento nõ solvi, nõ iniquum, quia in mora fuit, ut factum proprium, non alienum luat, ne alii noceat. Et hoc, si & ipse reus in mora fuerit, & ad locum conventum, cùm posset, non pervenerit, nam aliàs fidejussor in

mora poni nequit, *l. si testamento 49. in fine De fidejuss.* quia aliàs in duriorem causam obligaretur, quàm principalis, quod non fert juris ratio, *l. 8. § illud inf. de fidejuss.*

23 Et hæc ita in stricti juris actionibus, quas contingit admittere arbitrium judicis, *§. præterea quasdam Instit. De actionib.* In bonæ fidei actionibus arbitrariæ locus non est, *l. 7. hoc tit.* quòd earum natura sit satis laxa, ut opus non sit arbitraria. Potestas enim illa æstimādi ad judicis arbitrium, in bonæ fidei judiciis ex natura actionis & immediatè provenit, *l. Julianus 13. §. ex vendito inf. De actionibus empti.*

24 Cæterùm concepta hæc Rubrica & *C. eod. De eo, quod certo loco dari oportet*: ut ratione temporis videatur non competere arbitraria: nonobstante *l. 4. in princ. h. t.* per quam Cujac. *ad d. l. Centum in princ.* contrarium vult: nam facit quidem tempus id quod interest venire, secundum *d. l. 4.* non tamen ejus nomine fit arbitraria. Rationem diversitatis dat Jason, *ad d. l. 4.* quòd quando, promissum alio loco quàm convento petitur, gravetur reus. Si autem certâ die promisit, nullum interesse allegare potest, quia allegaret moram suam. Deinde si non solvat reus die statutâ, compelli potest per actorem: quando autem certo loco dandum, non potest reus compelli cò venire, *l. 1. h. t.* ut arbitraria hac opus fuerit. Vid. D. Arn. Baert. *ad hunc t. n. 10. & seq.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 4. De eo quod certo loco dari oportet.

Ad *n. 3. 4.* Cautelam, quod quis ubique locorum ratione contractus convenire possit, ponit Gail. *2 obs. 36. num fin.*

Creditor & debitor si sunt diversi fori, creditor, ut solutionem suam consequatur, domum debitoris accedere debet. vid. P. Peck. *de jur. sistend. c. 9 n. 2.*

Solutione in certum locum destinata, quis judex sit competens, an & domicilii & loci contractus & solutionis? vid. latè Coler *part. 2 c. 1. nu 51. usque ad num. 78.*

Ad n. 8. Alternativarum sex species vid. apud Schneidw. ad *§. si quis agens 31. vers. plus autem & c. n. 7. & seqq. Inst. de Action.* Adde Hatem. Pistor. 3. q. 4. Berlich. *decis. 103.* Cravett. *Consil. 334.*

TITULUS V.

De Constituta pecunia.

SUMMARIUM.

1. *Constituere & Constitutum quid.*
2. *Inutilis stipulatio non parit constitutum.*
3. *Constitutum est contractus nominatus.*
4. *Constituere qui possint.*
5. *Debitum aliquod subsit necesse est.*
6. *Ejusque mentio facienda.*
7. *Non etiam exprimenda quantitas.*
8. *Personaliter, non impersonaliter, constitui debet.*
9. *Constituens per errorem non tenetur.*
10. *Constituens sciens non debitum an teneatur.*
11. *Constitui potest debitum sub conditione & in diem.*
12. *Item certo loco debitum eodem vel alio loco.*
13. *Constitui potest & minus quàm debetur.*
14. *Actio de constituto est rei persecutoria.*
15. *Constitutum purè an valeat.*
16. *Solvendum quod in constitutum est deductum.*
17. *Solvendum ei, cui constitutum.*
18. *Constituens cui & ad quid teneatur.*
19. *Re constitutâ peremptâ quatenus reus teneatur.*
20. *Constituentibus pluribus datur beneficium divisionis.*
21. *Datur & beneficium ordinis.*
22. *Item beneficium competentiæ.*
23. *Actio receptitia.*

Movit & Prætorem naturalis æquitas, ut concederet actionem contra eum, qui debitum ab quod constituit se soluturum, vel simpliciter, vel etiam alio loco aut die, quàm conventum *l. 1. & 5 in princ. h. t.* 1 *Constituere est idem quod confirmare. Pecuniæ vocabulū, de quo in Rubr. latissime capitur, ut etiam species, sive mobiles sive soli comprehendat, *l. 2. C. eod.* Ut constitutum sit cōventio, quā quis nudo pacto promittit, quod ipse vel alius debet. Dico, nudo pacto; quia stipulationis interpositio faceret locum esse civi-

civili, non etiam huic prætoriæ, *§. de constituta Instit. De actionib.* * Adeò ut constitutum inutili stipulatione non pariat hanc prætoriam actionem, uti tradit Ulp. *in l. 1. § eum h. t.* non tantùm, quia stipulatio inutilis non habeat vim pacti, sed quod desit voluntas: subjicit enim ibi Ulp. quod non animo constituentis, sed promittentis factum sit: animus autem & in contrahendo, & in testando inspiciatur, *l. 1. inf. de jure codicill.* * Rectè constitutum annumeraveris contractibus nominatis, quòd illi speciale nomen à Prætore sit inditum, & habeat actionem nomini convenientem, *l. 1. & 2. Cod. h. t.* secundùm ea quæ tradit Bart. *ad l. 7. in princ. de pactis.*

4 Constituere possunt omnes, qui obligari, sive patresfamilias, sive filiusfam. *l. 1. §. 3. h. t.* Qua ratione ut pupilli, furiosi, prodigi, non obligantur, ita nec constituendo quidquam agunt, nisi ex tutoris vel curatoris auctoritate, *l. 1 § 2 h. t.* Fœmina non excipitur, cùm licet Prætor edicat sub nomine masculino, sub eo tamen & fœmina comprehendatur, *l. 1 §. 2. h. t. l. 1. de V. S.* Ita tamen si pro se constituat, non etiam pro alio intercedendo, *d. § 1.* quia salvum illi foret Vellejanum.

5 Oportet autem debitum aliquod subsit, vel proprium, vel alienum; nam & pro alio rectè constituimus. In quo convenit cum fidejussore constituens: licet in eo differat, quòd pro se nemo fide jubeat, sive civiliter, sive naturaliter tantùm debeatur, *l. 1. § pen. h. t.* quia verè debetur quod servus debet, ut pro eo, rectè constituendo quis se obliget. Civile debitum tantùm constitui non posse habet *l. 3. §. 1. h. tit.* quòd cesset in eo æquitas. Ex qua lege vulgo colligitur dari obligationem civilem tantùm: sed malè, ut suprà dictum, cum non detur obligatio civilis tantùm sine naturali. Nec obstat iste §. cùm loquatur de debito civili & naturali, sed quod per exceptionem prætoriam eliditur, quæ facit cessare æquitatem, eùm faciat haberi pro non debito, ut ei nō adsistat Prætor. Debitum fuisse ideo oportet, quia constitutum firmet: firmari autem nequit quod

6 non est. * Nec satis est, debitum subesse, sed & ejus mentio facienda, cùm forma hujus obligationis sit, ut pro debito fiat, *l. Item 18. §. 1. h. t.* quod proinde exprimendum, ut sciatur, quid agatur. Aliàs à pacto non distingueretur, quod etiam geminatum nullam dat actionem, ut dictum supra, *tit. de pactis,* cùm geminatio non tollat levitatem, uti tollit relatio ad id, quod debetur, *l Titius & l.*

7 *fin. h. t.* * Quantitatem exprimi non est necesse, *l. qui autem in princ. h. t.* sufficitque debitū, quod subest, exprimi: simpliciter enim constituens quod ipse vel alius debet, ad universum debitum se obligat, *arg. §. quoties inst. de inut. stipul.* potest & quis constituere se vel alios soluturos, non quòd eos invitos obliget, sed ut, illis non solventibus ipse teneatur, *Auth. si quando C. h. t.* * Et

8 hoc personaliter, non etiam impersonaliter, nisi addita faciant de persona constare. Sic rectè quis constituit, *satisfiet, à me vel Titio,* non verò si tantùm dicat, *Satisfiet d. Auth. si quando:* ex eo quòd verbum istud simpliciter positum sit generalius, quàm ut referri possit ad personam proferentis. Qua in re aliqui differentiam constituunt inter stipulationem & constitutum, quòd scilicet stipulatio per impersonalia verba rectè fiat, non etiam constitutum: sed Cujac. *ad d. l. 5. inf. de Verborum Obligationib.* tradit nihil inter utrumque contractum interesse, & stipulationem, servatis iisdem terminis, non valere, uti *Promittis centum? Promittuntur,* vel *Satisfiet.* Debitum itaque, subsit necesse est, *l. Hactenus 11. h. t.*

9 * Quomodo constituens per errorem, quod se vel alium debere credit, cùm non debeat, non tenetur de constituto, & quod solutum est, repeti potest, *l fin. h. t.*

10 Ubi quæritur, an scienter constituens non debitum, teneatur? Costal. *ad d. l. 11. h. t.* tradit non quidem ut constitutum valere, quòd necessariò requirit debitum, sed ut donationem, quòd ea hodie etiam nudo pacto perficiatur, *l si quis 35. Cod. de donat.* & facit argumentum ab indebito, quod scienter solutum non cōdicitur, *l. 1. C. De condict. indeb.* Rectius tamen cum Joan. Fabro, *ad §. in personarum n. 2.* Jasone *ibid. nu. 40.* & Zasio *num. 12. Institut. De actionib.* dicetur, non teneri constituentem, eo quòd pro forma requiratur, ut fiat respectu debiti, quod subest, in ejus confirmationem, *d. l. 11. in princ.* confirmari autem nequit, quod non subest. Facit *d. l. 11. §. 1.* ubi qui, cum centum aureos deberet, cōstituit se ducentos daturum, tenetur tantummodò in centum, quod ea pecunia tantum sit debita; ut, si nulla debita sit, non teneat, per *l. Qua de tota 76. sup. De rei vindic.* Facit eò textus in *l. Item 17. § sed si asse. inf. De hered. instit.* ubi ad aliud relatum, quod non subest, non debetur, quasi sub conditione promissum: ut nec hoc in casu debeatur non tantum vi constituti, sed nec donationis, quę non præsumitur, *l. 6. §. sed etsi sup. De negot. gest.* præcipuè ubi partes aliud agere videntur. Ut procedat regula, quòd in contractibus imputetur partibus, quod verba contractus perfe-

ctius

ctius non conceperint, *l. Veteribus 29. sup. De pactis.* Videntur enim nihil agere voluisse, *l. Non solum 31. inf. De oblig. & act.* Non obstat quod de indebito objectum: quia ibi non fit relatio ad aliud quid, sed principaliter, quod scitur non deberi, solvitur: nostro autem in casu constituitur quid accessoriè, relatione facta ad alind, quo casu non potest, deficiente principali, accessorium stare, *l. si à reo 70 si furioso, inf. De fidejuss.*

11 Qua de causa licet sub conditione debitum constituatur, deficiente tamen conditione extinguitur constitutum, tanquam accessorium, *l. Id quod 19. h. t.* Quod aliter se habet in debito in diem, quod constitui potest vel eodem die, vel proximiore validè. Uti & fidejussor accedere potest obligationi in diem sub die citeriore, quamvis ante diem non cogatur solvere, quia principalis cogi nequit: si tamen solverit, non repetet à creditore, nec à principali ante diem, *l. Si mandavero 22. in princ. inf. Mandati l. si fidejussor 31. inf. De fidejuss.* quia conditionem principalis faceret deteriorem. Ideo autem continuò istud constitutum tenet, quia debitum subest, cùm dies, licet petitionem differat, ponat tamen obligationem.

12 Potest & certo loco debitum eodem vel alio constitui, *l. 5. in princ. h. t.* & certo loco constitutum potest etiam alio peti, exemplo arbitrariæ. *l. si duo 16. §. 1. h. t.* idoneo tamen, secundùm

13 dicta Tit. superiori. Potest & minùs quàm debetur constitui, *l. si quis 13. h. t.* & constituens plus quàm debet non tenetur ultra summam, quæ debetur, *d. l. Hactenus 11 § 1 h. t.* uti obtinet in fidejussore, cui similis hæc actio in plerisque, cùm sit accessoria non extinguens principalem obligationem, *l. Ubi quis 28. h. t* à qua non contingit liberatio, nisi per solutionem, vel aliam satisfactionem, *l Item 18 in fine h. t.*

14 Actio hæc, quæ dicitur de constituto, vel pet constitutæ pecuniæ, aut constitutoria, est rei persecutoria, non pœnalis, *d. l. 18. §. 2.* personalis, perpetua, durans triginta annis *l. 2. § sed sive C. h. tit.* Competit ei, cui constitutum, etiam furioso, pupillo, prodigo, tutore vel curatore auctore, *l. 5 §. pen. h. t.* Domino item, cujus servo constitutum, vel vero vel bonâ fide possesso, ejusque hæredi, *l. 5. in fine & l. 6. h. t. l. 1. circa princ.* Contra eum, qui constituit, ejusque hæredem, *l. 1. & 2. C h. t.*

15 Est autem huic actioni locus, si in diem constitutum sit, vel sub conditione, die vel conditione cvenente. Quod si purè constitutum fuerit, posset videri non valere constitutum, quasi factum contra naturam constituti, quod requirit, ut ad diem fiat: magis tamen obtinuit ut valeat, & eo etiam casu censeatur dies inesse, ac modicum tempus dandum sit constituenti, non minus tamen decem dierum, secundùm Paulum, in *l. Promissor 21. §. fin. h. t.* Quod non idem est in aliis contractibus, in quibus licet aliquod tempus dandum sit, quia non debet creditor venire cum sacco paratus, non tamen decem dierum.

16 Venit solvendum, quod in constitutum deductum est, non aliud, quia aliud pro alio nna rectè solvitur, licet aliud pro alio rectè constituatur: quia hoc in casu agitur de quærendo jure, illo verò de quæsito, quod non tollitur invito. Quo modo qui soluturum se promisit, non facit constituto satis, offerendo satisfactionem, quia aliud faceret, *d. l 21. in fine.* Si quis tamè constituat, se satis daturum, & fidejussorem vel pignora det, non tenetur, quia nihil interest, quemadmodum satisfaciat, & satisdationis verbum generale est, *d. l. 21. in fine.*

17 Solvendum autem ei, cui constitutum, *l. 8. h. t.* Alii non rectè solvitur, nisi ejus nomine constitutum initum sit, ut si tutor, curator, actor, nomine pupilli, furiosi, municipium constitutum acceptarint, rectè his solvitur: ut & servo constitutum dari domino potest, *l. 7. §. item cum seq. & l. 4. hoc tit.* Adjecto etiam rectè solvitur, quamvis illi actio non sit, *l. 5 h. t.* Nisi postea, omisso adjecto, soli creditori soluturum se quis constituerit: illi enim soli tenetur, nec alteri solvendo liberatur, *l Idem est 10. in princ. h. tit.* Imò & solutum ab eo repetit, quia constitutum est loco solutionis.

18 Tenetur itaque, qui constituit se soluturum, quod ipse vel alius debet, non etiam ille, qui constituit alium soluturum; nec enim se obligare voluit, alium verò obligare non potest, *d. l. 5. §. sed si quis h. t.* nisi alternativè constituerit se vel Titium soluturum, juxta *Auth si quando Cod. h. t.* 1. Teneturque illi, qui constituit, non etiam si alteri constituerit, cui non debetur, quia alteri per alterum non quæritur actio, *d. l. 5. § si mihi.* Et quidem ad illud, quod promissum, idque solidum, nisi dominus vel pater, qui peculiotenus obstricti sunt, constituerint: nec enim tenebuntur ultra quantitatem, quæ tunc est in peculio, quia ad eam se videntur retulisse, adeò ut, si plus solvant, condicere possint, *l. 1. in fine hoc tit.* Nisi filii nomine se soluturum pater constituerit, quia tunc tenetur in solidum, *l. 2. h t.* Si alternativè quid promissum sit, videtur electio penes promissorem esse, ex regula communi: si autem

autem alterum ex debitis alternativè quis constituerit, hoc solvere cogitur, *l. Illud 25. h. t.*

19 Quid si res constitutæ perierint? Naturalis interitus reo subveniri facit, *l. Si duo 16. §. h. t.* nisi in culpa vel mora fuerit, constituta die non solvendo, quia ea res reum gravat, *d. l. Si duo in fine h. t.* Si tamen postea, ante litem contestatam, morâ offerendo purgaverit, & creditum accipere recusaverit, succurritur reo, vel justâ interpretatione, vel ipso jure in actionibus bonæ fidei, quibus exceptiones tacitè insunt, vel per exceptionem in strictis; ut periculum actori cedat, secundùm Paulum, in *l. Sed etsi 17. h. t.* quia posterior mora nocet posteriùs moroso, *l. Illud 17. inf. De peric. & com. rei vend.* Nisi tamen causa sit quæ actorem excuset, ut quia interfit ejus, non fuisse solutam pecuniam tempori: quo casu tenuens non poneretur in mora, nisi debitor & sortem, & id quod interest, offerat, quia tunc nihil est, quod petitorem excuset, *Glossa ad d. l. Item illa 18. §. ad diem h. t.* Videtur & hoc casu excusandus petitor ab incurrenda mora, si post moram debitoris impediatur venire per vim aliquam majorem, ut valetudinem, tempestatem, quia licet reus moram purgare possit ante litem contestatam, *d. l. 17.* non tamen ideo petitor ponetur in mora, si postea vi majore impeditus comparere non possit, propterea quòd purgando moram lucrum intendat, quod consequi in detrimentum petitoris, cui mora imputari non potest, est iniquum, *l. 2. §. sed si quis in judicio sup. Si quis cautionib.* ubi qui sistere se promisit, exceptione adjuvatur, si valetudine vel tempestate sistere se impediatur: & ita sensisse videtur Bart. *ad d. l. Item illa 18. in princ. h. t.* Secus dicendum, si debitore parato solvere die constituto petitor non venerit, licet impeditus valetudine, tempestate, vel aliâ vi majore; manebit enim interitus rei penes ipsum creditorem, *d. l. 18. in princ.* non etiam debitorē, qui functus est officio boni viri: & verum est, rem debitam periisse ante moram debitoris, per quem non stetit, ut secundùm regulam, *in l. Ex legati 23. inf. De V. O.* perierit creditori. Non obstante, quòd casus eum impedierit, quia is illi, cui accidit, non alii nocere debet.

20 Dicta de necessitate solvendi ex constituto obtinent, nisi constituenti sit aliqua exceptio, quâ juvetur. Est autem primò, ratione beneficii divisionis in casu, quo sunt plures constituentes pro uno & eodem, uti expressum *l. finali Cod. h. tit.* quòd eadem, quæ in pluribus fidejussoribus, & hic obtineat ratio, ut scilicet æquitas inter æqualiter obligatos servetur. 21 Sic etiam dici potest competere beneficium ordinis, quo conventus rejiciat creditorem, donec excusserit principalem debitorem, *Novell. 4.* ubi in genere omnibus pro alio intercedentibus datur hoc beneficium. Constituens autem pro alio non malè dicitur intercedere, cùm accedat ad priorem obligationem, quæ salva manet, *l. Ubi quis 28. h. t.* Facit quod mulier constituens teneatur ex constituto, si non intercesserit, *l. 1. §. 1. h. t.* si scilicet pro alio constituerit. Facit & argumentum *d. l. fin.* ubi datur beneficium divisionis pluribus pro uno constituentibus. Nec obstat, quod nulla ibi fiat mentio beneficii ordinis, quia non procedit argumentum à lege negativè, cum etsi lex deficiat, quia non possunt omnes casus sigillatim legibus comprehendi, *l. Non possunt sup. De legib.* ratio tamen sit, secundùm quam quod omissum, ut quia super eo non fuit consultus Princeps, trahendum ad casum similem, Præses Everardi *in loco à ratione cessante n. 2.* Et hæc ita sub iisdem exceptionibus, quæ fidejussoribus possunt objici. Competunt autem hæc beneficia constituenti, non ipso jure, sed per exceptionem, ad instar fidejussoris: & opponenda ante sententiam, quia spectant ad exceptionem peremptoriam, quæ proponenda ante sententiam, ut dicetur infra, *ad tit. De exceptionib.*

22 Habet etiam constituens beneficium competētiæ, *l. 3. h. t.* ubi maritus constituerit ex dote plus, quàm facere potest, habet beneficium competentiæ, ut non condemnetur, nisi in quantùm facere potest. quod beneficium etiam post sententiam illi est utile, ut suo loco dicetur. Idem dicendum de aliis, quibus beneficium hoc competit, ex eadem ratione. Post solutionem habet constituens actionem contra debitorem, ex summa 23 æquitate, ne officium suum illi sit damnosum.

Fuit olim similis huic actio receptitia civilis. Dabatur adversus argentarios, qui de debito alieno solemnibus verbis constituerant. Veniebant in eam pecuniæ & corpora, quæ & antequam essent debita recipiebantur, vel purè vel in diem, eratque actio perpetua. Quæ paulò aliter se habebant in constituto, quod descendit ex jure Prætorio, habebatque locum tantùm in iis, quæ pondere, numero, mensurâ constabant: eratque annalis, ut patet ex *l. 2. Cod. hoc tit.* ubi Justinianus receptitiam istam tollit, eamque transfundit in actionem constitutæ pecuniæ, & quod amplius in illa erat, vult obtinere in hac constitutoria,

ADDITAMENTA.

Ad tit. 5. De Constituta pecunia.

Ad n. 1. QUare introductum sit constitutum, cùm sufficere possit fidejussio? Vid. Schot. *in Exam. Iurid* p 378. Treutl *vol.* 1. *disp.* 22. *th.* 7. *lit.* a Old. *Class.* 4. *act.* 8 *in princ.*

Pecuniæ verbum tribus modis sumitur. 1. Strictè, pro pecunia numerata tantùm, *l. Iulianus §. mutui dationem ff. ad S.C. Maced.* Et sic secundum communem usum loquendi hominum illiteratorum. B c-sold. *in thes. Pract. verb.* Bahr/Bahr-Geld/Baarschafft. Hinc in statutis exorbitantibus & odiosis, Verbum *Pecunia*, intelligitur de pecunia numerata. Roman. Singul. 215. *Innoc. in c. Sedes. de rescript.* 2. latè sumitur pro his, quæ pondere, numero vel mensura continentur *l.* 2. *§. creditum ff. si cert. pet. & l.* 2 *ff. h. t.* 3. Pecunia largissimè sumitur & intelligitur pro omnibus rebus & corporibus. l. pecuniæ verbum, de V.S. & scribit Augustinus de doctrina Christiana, quod pecunia sit quidquid homines habent in terra, videlicet omnia, quorum domini sunt, ut habetur in *C. totum* 1. *quæst.* 3. *text. in l. pecunia* 222. *de V.S.* Quin imò & pecuniæ appellatione veniunt etiam credita non exacta Flor. in *l. procul. de usufr.* Et sic nomina debitorum. Gigas de Crimin. Læs. Majest. *quæst.* 34. *n.* 13.

Constitutum an transeat ad hæredes Constitutarii ipso Jure Vid. Tessaur. *decis. Pedem.* 105.

Formulā libelli hujus actionis, vid. ap. Gilhaus. in arbor. Judic. Civil. *c.* 3. *n.* 60. Et Goldstein *pract. c.* 139.

TITULUS VI.
Commodati vel contra.

SUMMARIUM.

1. *Commodatum unde dictum.*
2. *Commodatum quid?*
3. *Actio commodati directa & contraria.*
4. *Directa datur commodanti etiam rem alienam.*
5. *Contra furiosum & impuberem non datur.*
6. *Tenetur & hæres commodatarii.*
7. *Quid veniat in hanc actionem.*
8. *Commodatarius ad quam culpam teneatur.*
9. *Ad casum non tenetur.*
10. *Res æstimata est periculo commodatarii.*
11. *De interitu naturali rei non tenetur.*
12. *An teneatur si in casu incendii suas tantùm res salvaverit, non etiam commodatas.*
13. *Culpa à nuntio commissa an noceat commodatario.*
14. *Culpam adfuisse quis probare debeat.*
15. *Tenetur & commodatarius præstare custodiam rei, quæ commodatum sequitur.*
16. *Contraria actio commodatario quando & ad quid detur.*
17. *Re commodata perditā & ad commodantē reversa, tenetur is aut pretiū reddere, aut rem præstare.*
18. *Cui tunc detur electio, commodanti an commodatario.*
19. *Re avocatā ante usum tenetur commodans.*
20. *An avocari possit ob inopinatum detrimentum.*
21. *Commodatarius an ob expensas vel damna retinere rem possit.*
22. *Compensatio an locum habeat in commodato.*
23. *Intellectus* l. fin. Cod. Commodati.

A Principio tertiæ Digestorum partis huc usque actum de obligationibus, quæ re contrahuntur, & actionibus, quibus res, mutato dominio, condicuntur. Subjiciuntur alii contractus, qui re quidem incuntur, in quo cum prioribus conveniunt, sed usus tantum transit dominio salvo, *l. Rei* 8. *cum seq. h. t.* Et primo quidem de commodato, * ita dicto, quòd commodo alteri 1 detur, penes quem sit usus rei. Unde *Instit Quib. modis re contrah. oblig. §. item si is cui,* commodari res dicitur, quæ utenda datur: quamvis inter cōmodari & utendum dari aliqui interesse putaverint, quasi hoc latiùs pateret, & in rebus etiam soli obtineret, illud tantùm in mobilibus. Verùm obtinuit etiā res soli commodari, ut Vivianus etiā habitationem commodari posse dixerit, *l.* 1 *h. t.*

Commodatum est contractus, re initus, quo 2 gratuitò conceditur rei usus: vel est gratuita concessio usus rei alicujus in specie restituendæ. Differt à conductione, quæ admittit mercedem: à mutuo, quod habet locum in rebus fungibilibus, & in quo transit dominium & rei periculum in accipientem: in hoc verò usus rei, secundùm nomen, nec venit res fungibilis, cujus usus est in abusu, sed non fungibilis, quę in specie reddi potest, *l* 3. *§ fin. hoc tit.* ubi tamen dicitur, rem fungibilem commodari posse, ad pompam vel ostentationem. Differt à precario, quo datur res sine certo tempore, & usus revocabilis pro lubitu dantis: hoc autem contractu usus rei conceditur ad certum tempus, vel usum, ante quem finitum revocari nequit. Nam etsi usum certum & modum commodati possit præscribere commodans, eo tamen præscripto retrò agere, & usum auferre intem-

intempestivè non potest, quia quod in principio fuit beneficii & utilitatis, convertitur in mutuas præstationes, *l. In commodato 17. § sicut hoc tit.*

5 Duplex ex hoc contractu est actio: Directa, ita dicta, quod principalis sit, & competat Domino, vel Possessori, cujus caussa potior; & contraria, sic dicta, quòd quasi ex opposito, vel contrario respiciat directam, sive agatur ultro, non motâ scilicet directâ, sive etiam contra eâ mota, *d. l. 17. § 1.* * Directa datur Commodanti rem, vel propriam, vel alienam, *l. Commodare 15. h. t.* Quod non illicitum, cùm non agatur de alienatione; licet scienter rem alienam commodans, invito domino, vitium furti committat; cùm re alienâ abutatur, *§ placuit. Inst. De oblig. quæ ex delic. nasc.* Non ideo tamen minus hæc est actio, quàm & furi, & prædoni accommodari habet, *l. 16. h. t.* quia interest ejus rem commodatam restitui; & quidem ex caussa honesta: cùm domino rei teneatur ad exhibendum; & in rem, quæ honesta; quòd his actionibus teneatur ut quilibet possessor, non etiam ut fur, prædo. Cujac. *ad d. l. 15. h. t.* Quo in casu non rectè Commodanti objicietur à Commodatario vitium: quia non potest quis referre quæstionem dominii ei, à quo caussam habet. Dominus tamen cum fure concurrens ei est præferendus, *l. Bona fides 31. § 1. inf. Depositi.* Furor Commodanti superveniens in nullo jus ejus diminuit, quò minùs ej9 nomine hæc actio intenteretur: quāvis si propter furorem res in tuto non sit futura, ea illi nō sit restituenda, quod videatur nō reddita.

5 Datur contra eum, qui commodatam accepit: non tamen furiosum, *l. 2. h. t.* non Impuberem, in cujus persona sine tutore actori non consistit Commodatum: licet pubes factus dolum, vel culpam eirca rem admiserit: quia ab init o non constitit, *L. 1. in fine h. t.* Est tamen locus Actioni ad exhibendum, *d. l. 2.* in qua habebitur ratio ejus, quod per dolum, vel culpam impuberis amissum. Tenetur & utili commodati actione, ex rescripto divi Pii, si locupletior factus fuerit, *l. 3. in princ. h. t.* ne alieno damno locupletetur. Est & eo casu actio in pupillum, si doli capaci commodatum fuerit, *l. 2. inf. De fidejussorib.* quæ ita accipienda secundùm *L. 1. § an in pupillum inf. Depositi.* Et ratio est: quia hoc casu negotium ab initio cum illo jure contractum est. Ut *d. l. 1. § fin.* accipienda sit de pupillo necdum doli capace,

6 cum quo negotium ab initio non constitit.* Tenetur & Hæres ejus, qui commodatum accepit: repræsentat enim defuncti personam: & quidem in solidum, si solus hæres; aliàs pro ea parte, qua hæres est, nisi cum habuerit facultatē rei restituendæ, eam omiserit, tunc enim in solidum eū condemnari vult æquitatis ratio, *l. 3. § hæres h. t.* quæ dictat eū, qui causam damni dedit, illud luere. Si servo commodatum fuerit, actio est in Dominum de peculio: ut & filiofamilias, *d. l. 3. § 4.*

7 Venit res ipsa commodata restituenda, usu finito, eaque in specie, integra, non facta deterior; quia non videretur propriè reddita, nisi quod interest, præstetur, *d. l. 3. § 1.* Peremptæ debebitur æstimatio, si commodatarii dolus, vel culpa apparuerit: non obstante pacto, ne dolus præstetur, *l. In commodato 17. in pr. h. t.* Quod de furto accipe: quia per tale pactum daretur occasio delicti, quod est contra bonos mores, *l. 1. § illud. inf. Depositi.* Super dolo præterito pactio nihil habet iniquitatis. *l. 7 § si paciscar. sup. De pact.* Culpa remitti posse videtur, salvâ naturâ contractus: eum leges tantùm dolum excipiant, *l. Contractus 23. De R. I.* Culpa hæc varia est, levissima scilicet, levis, & lata.* Et quidem si Commodatarii solius gratiâ

8 commodatum sit, uti communiter solet, levissima ab eo præstanda venit, *l. Si ut certò 5. § nunc videndum hoc tit.* quia quò majus est beneficium, eò magis cavendum, ne pro beneficio injuria rependatur. Si duobus simul res sit commodata, uterque tenetur: ab altero tamen eorum solutum, liberabit alterum, *d. l. 5. § fin. h. t.* Interdum de levi tantùm tenetur, si utriusque gratiam concernat commodatum: qua minùs est beneficium. Lata tantùm culpa veniet, si agatur sola gratia commodantis, *d. l. 5. § interdum*, quia cùm commodatarius non tam accipiat, quàm præstet beneficium, ratio non vult, ut tam arctè teneatur.

9 Casus non præstatur: quia nequit prævideri, nec ei resisti potest, ut Domino cedat, *l. In rebus 18. h. t.* Cui & acceptum ferrur damnum à tertio datum, Quā enim curâ, vel diligentiâ consequi possumus, ne alius nobis damnum injuria det? *l. Ad eos 14. h. tit.* Nisi tamen ipsius Commodatarii culpæ, vel facto imputari possit damnum: ut quia custodire rem potuit, *l. Si de damno 41 inf. Locati*: si propter ejus inimicitias damnum contigerit, *l. Si merces 25. § culpa inf. d. tit.* si ideo damnum contigerit, quod commodatarius alio modo re sit usus, quàm permissum: uti si equum & commodatum, ut ad villam adduceret, ad bellum duxerit, quia culpa ejus fecit, ut damnum luat, *d. l. 5. § sed interdum hoc tit.*

10 * Facit & æstimatio rei commodatæ, periculum à commodatario præstandum esse, *d. l. 5. nisi*

 forte

fortè h.t. instat emptionis, *l.1. in fine inf. De æstimatoria.* Quod videtur accipiendum quando eâ lege fit æstimatio, ut in omnem eventum, aut res præstetur, aut æstimatio. Quâ lege cessante non videtur sola æstimatio aliud operatura, quàm ut re perditâ, vel deteriotatâ commodatarii culpâ, æstimatio præstanda veniat; non etiam si casu; siquidem supra dicta loca expresiè mentionem faciant ejusmodi pacti. Abbas *ad c.1. in fine ;; h.t.* quamvis contrarium velint Glos. & Bart. *ad d.§. etsi fortè*, quos sequitur Gomez. 2. *Variar. Resol. c.* 7. *n.1.* Quale pactum uti legibus non improbatum, ita nec improbarum illud, quòd nulla culpa præstetur per commodatarium, uti dictum supra, & colligere est ex *d.l. Contractus De R.I.*

11 Quid si res commodata naturaliter perierit, eodem modo peritura penes Dominum? Sunt qui putant non teneri commodatarium de interitu, etiam in casu, quo alio modo, quàm præscripto, ea usus est; nisi ad id tantùm, quo aliter utendo rem fecerit pejorem, Covarr. *ad c. Peccatum p.2. §.5. n.1.* ex ratione, quod non fuerit occasio, vel causa damni, quod & penes dominum eventurũ erat. Verùm hoc ita dicendũ, si dominus non erat rem distracturus, secundùm dicta supra, *ad tit. De rei vindicat.* quæ tum nihil eidem abest, non aliàs.

12 Quæritur, An attribuendum sit culpæ commodatarii, si in casu naufragii, incendii, ruinæ, vel tumultus, cum non posset, & suas, & commodatas simul salvare, suas tantùm res salvaverit? Quod videtur dicendum, per *d.l.5. quod verò h.t.* Ubi qui potuit commodatas salvas facere, si suas prætulit, dicitur teneri: & per *c.1. ;; De deposito.* Ubi bona fides illi abesse dicitur, qui suas salvas habet, amissis depositis. Cujus ratio est, quòd custodiam rei commodatæ præstare teneatur, & eam quidem, quam diligentissimus paterfam. adhibere solet, in casu scilicet, quo suo commodo tantùm habet rem commodatam; quo commodans justissimè allegabit, se non fuisse id damnum pass[illegible], si rem suam non commodasset, *arg. l. Si servus 61. §. quòd verò inf. De furtis.* Quod Glo[illegible] *ad l. 5. & d.§. quòd verò*, & eam secutus Bartolus, limitat, nisi res commodata sit vilior, propria autem pretiosa; verùm eam limitationem non fert ratio proximè adducta, quæ & co in casu militat. Et hoc ita, si potuerint salvari res commodatæ, secundùm *d.§ quod verò*: nam aliàs non tenebitur Commodatarius; quia nihil est, quod ipsi imputetur. Si utrinsque subsit caussa, videtur, res suas pretiosiores, vel æquè pretiosas salvando, non teneri de commodatis; quo in casu procedet opinio Glossæ, & Bartoli; & præcipuè si tantùm subsit gratia commodantis; tunc enim locum habet commune dictum; unumquemque sibi proximum esse, & se magis debere diligere, quàm alium, ut habet Abbas, *in c.1. n.1. ;; De deposito.* Si verò Commodatæ sint pretiosiores, videtur teneri, secundùm *d.§ quod verò & l. Tutor. 13. §. fin. De administ. tutor.* quòd non sine dolo videatur neglexisse commodatas pretiosiores, salvis suis vilioribus. Casu tamen, quó alienas salvavit, suis neglectis, æquitas postulat, ut Commodans, qui suas salvas habet, subveniat Commodatario.

13 Quæsitum & aliud, An culpa omissa à Nuntio, cui res referenda data, noceat Commodatario? Distinguendum, An Dominus mandaverit rem remitti per certum, nec ne. Primò casu culpa Nuntii Domino nocet; quia fidem & industriam ejus approbavit; nisi nuntius, cùm tantùm negotium haberet monendi Commodatarium, persuaserit se missum ad rem recipiendam; quia facilitatem suam sibi imputabit Commodatarius. Secundo casu nocet Commodatario; quia non idoneo referendam rem commisit: illi enim incumbit curare, ut res domino suo restituatur; in quo peccavit, eligendo non idoneum. Si idoneo communiter habito (quod ex circumstantiis rei loci, personæ, qualitatis judicandum, secundùm Panormit. *ad c.1. n.17. ;; h.t.*) rem commiserit, damnum contingens casui imputandum videtur, *l. Eum qui 10. § 1 l. 11. 12. & l. Argentum 20. hoc tit.* Vid. Costal. ad *d.l. 10.* Gomez *var. Resol. 2. cap. 7. n. 3.* Oldendorp. *Classe 4. Act. 15. vers. Sed quid si dolo.*

14 Hinc Quæri etiam solet, An Actori incumbat probatio, culpam adfuisse? Colligitur hoc ex qualitate casuum, quorum quidam inopinatè contingunt, ut iis resisti nequeat, uti est vis latronum, impetus aquarum, tempestas, *l. Contractus 23. De R.I.* Alii communiter citra culpam non contingunt, uti furtum, & incendium, fuga servi, *l. fin. inf. De custod. reor. l. Si à bonæ fidei 21 sup. De rei vindicat.* In illis, cùm præsumptio pro Reo, incumbet probatio culpam alleganti; in his vero, cùm præsumptio oneret Reum, illi probandum culpam abfuisse, *l. Si quis fundum §. Imperator inf. Locati*, Oldend. *d. loco vers. Quod autem non culpa.*

15 Non tantum autem præstat Commodatarius custodiam rei commodatæ; sed & ejus, quæ eam sequitur, licet non commodatæ, *d.l.5. §. usque adeo h.t.* ut qui equam habet commodatam, quam sequitur

sequitur pullus; etiam hujus custodiam præstat, licet non commodati.

Actio hæc personalis est, tantùm contra eum competens, cui commodatur, non contra tertium, cum quo non contractum: contra quem tamen vindicatio est, si habeat rei restituendæ facultatem, *l. Offi: ium 9. sup. De rei vind.*

16 Contraria est Commodatio, qua repetat quod sua interest, nomine rei commodatæ, *l. In commodati 17. §. sicut h. t.* Primò, Si in eam rem insumpserit, ut in valetudinem servi, in fugam; nam hoc æquum est ei præstari à Commodante, cujus concernit commodum. Si tamen ad majores impensas pertineat; nam modicæ, quas usus rei postulat, uti cibariorum, nō veniunt restituendę, *l. In rebus 18. § possunt h. t.* Secundò, si ex vitiosa re commodata damni quid passus sit, ex vasis fortè vitiosis, *d. l. 18. §. penult.* ne decipiamur potiùs, quàm adjuvemur alieno beneficio. Quod & obtinet in eo, qui servum furem scienter commodavit; tenetur enim contraria commodatario, ut eum indemnem præstet, *l. pen. h tit. & l. si servus 31. inf. tit seq.* Si tamen sciverit commodans rem vitiosam esse, *d. §. sicut in fin.* nam ignorantia facit illi nihil imputari, *l. pen. h. t.* Cujus ratio est; quia commodatarii gratiâ commodatum contractum; ut aliud sit in re deposita vitiosa, vel mandata emi, licet ab ignorante, *l. si servus 61 § quod verò inf. De furt.* quia in deposito, & mandato solius deponentis, & mandantis versatur commodum, qui debent esse cauti, & diligentes circa servum, quem deponunt, & rem,

17 quam emi mandant, *d. §. quod verò.* Tertiò, Si propter rem perditam pretium solverit commodatarius, eaque postea veniat in potestatem Domini, contra Eum aget, vel ad rem, quæ propter litis æstimationem, quam præstitit commodatarius, videtur ei vendita, *l. 3. inf. pro emptore.* vel ad pretium per condictionem sine caussa, *l. 2. De condict. sine caussa*, quòd jam sine caussa incipiat esse penes commodantem.

18 Ubi dubitatur, Cujus sit electio? Et Bart. ad *l. In Commodato 17. §. fin. hoc tit.* electionem dat Commodatario, tanquam Actori; Commodanti verò ante litis contestationem dat electionem, utrum præstet, rem vel pretium, per *l. Non utique 3. in princ. V. & generaliter supra de eo quod certo loco.* Alii dant Commodatario electionem; quòd illi9 res fuerit facta per oblationē pretii, *d. l. 5. §. 1. h. t.* Verū iste §. procedit in casu, quo Commodatarius rem habens pretium obtulit; nō etiam quo pro re perdita; quia non potest Comodans videri rem ejus fecisse, quam putabat perditam. Quo casu si ad eum postea pervenerit; quia pretium recepit, in ejus erit electione, utrum præster, secundùm Glossam, *in d. §. fin.* quę illud sufficienter insinuat. Et facit regula, quæ in alternativis dat electionem debitori. Facit etiam hoc in casu, quod commodans videatur pretium recepisse nomine culpæ commodatarii; atque ita non nomine rei venditæ. Cujac. *ad d. § fin.*

19 Quartò, Si res commodata avocetur per Commodantem ante expletum usum, vel tempus tacitè, vel expressè conventum; cùm hoc sit contra Commodati finem, quod licet ab initio sit magis officii, postea tamen incipit esse necessitatis, & convertitur in mutuas præstationes, actionesque civiles; ut minùs rectè faciat Commodans, usum rei commodatæ tempestivè auferens, teneaturque Commodatario contraria in judicio, quanti interest ejus præstare, *d. l. 17. § sicut.* Quod & in Pupillo procedet; qui tametsi sine tutore auctore commodando non obligetur: ille tamen sine ea commodatum accipiendo dantem sibi obligat ad tempus, vel usum conventum; potest enim ex ejus persona claudicare contractus, *l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo inf. De actionib. empti.*

20 Ubi Quæri posset, An non licet impunè commodanti rem avocare ante tempus, qui aliàs ex inopinato grave subiret detrimentum? Dico, ex inopinato; nam si prævisum sit detrimentum, habet quod sibi imputet commodans. Et Navarr. *in Manuali cap. 17. n. 182.* negat etiam eo in casu posse impunè rem avocari ante tempus, eò quòd; licet cæteris paribus, sibi magis, quàm alteri obligetur, *l. Præses C. De servitutib.* in proposito tamen, cætera non sint paria, quodque Commodans sua voluntate rei suæ usum alteri concesserit, & fidem suam servare teneatur. Quò facit argumentum à donatione, quæ quidem ex caussis à jure expressis revocatur: non tamen ex supervenientie illi9, qui donavit, indigentia. Facit & eò regula, quòd mutare quis consilium non possit in alterius detrimentum, *c. Mutare 33. De R. I. in 6.* Posset tamen contrarium videri probabilius, licere scilicet avocare rem ante tempus ex præsumpta, & tacita mente Commodantis, qui gratuitò commodād, alteri intendebat quidem commodum ejus ad tempus conventum; non tamen cum suo incomodo inopinato; ut æquitatis ratio postulet rem impunè ante

tempo avocari, ad illud incomodum evitandum, quia quilibet sibi proximior. Quò facit argumentum à locante, qui si propriis usibus locatas ædes necessarias docuerit, expellere potest conductorem ante tempus, *l.* 3. *C. Locati.* Ut magis in proposito id obtinere debeat, in quo agitur de concessione gratuita; in locato autem de onerosa. Nec facit argumentum à donatione sumptum, quæ non revocatur ex superveniente Donatori indigentia: nam per illam transit dominium in donatarium: in proposito autem tantùm usus, *l. Rei* 8. *h. t.* qui faciliùs revocatur, quàm dominium, *d. l.* 3. Non obstat etiam dicta regula: nam ea limitationem hanc admittit: nisi rationabilis caussa subsit, uti in proposito.

21 Alia hic Quæstio est, An commendatarius possit sibi consulere super expensis, vel damnis, rei commodatæ retentione? Et videtur non esse permissum, ex eo, quòd sic detur res utenda, ut eadem species recipiatur, *l.* 2. *C. de reb. cred.* & summa ratio sit, quæ pro commodato facit; cùm in eo non minùs, quàm in deposito, videatur agi de rupta fide, secundùm *l. fin. Cod. hoc titulo.* Ubi prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur. Verùm sunt apertissimi textus, qui hanc ob rem retentionem rei commodatæ permittunt, ut in *l. Creditores* 15. *in fine & l. si is qui* 59. *inf. De furtis*, ubi nomine impensarum in rem commodatam, est ejus retentio: qui duo textus videntur antinomiam quandam continere cum *d l. fin.* per quam non rectè dixeris corrigi prædictos textus; cùm ejus rei non faciat mentionem. Unde aliqui, ut antinomiam discutiant, accipiunt *d l. fin.* de debito externo, vel de impensis non factis in rem commodatam; dictas verò *l.* 15. & 59. de debito nomine impensarum in rem ipsam; quasi de re commoda detrahatur quod in eam impensum. Verùm ea conciliatio non potest videri adæquata: cum *d. l. finalis* loquatur indistinctè de debito, nec sit major ratio in uno, quàm in alio; imò utrobique militet ratio tradita *d. l.* 59. scilicet, rem commodatam ita reversuram ad comodantem, si nullas in retinendo is, cui commodata, causas habuit, quòd ejus intersit per retentionem potius eas servare. Ut videri possit *d. l. finali* non tam retentionem prohiberi, quàm compensationem: quæ duo sunt diversa: nam per hanc restitutio denegatur, concurrentibus scilicet qualitatibus: per illam verò differtur, donec impensis satisfiat. Atque ita Cuj. *d. l. finalem* capit. de deposito, in quo compensatio non admissa, uti infra dicetur; & vult istam legem abusivè sub hoc Tit. collocatam, & pro *commodati* legendum *commendati*, 9. *obser. cap.* 37. Verum retento, secundum communem lectionem quæ non facilè corrigenda, verbo commodati, quod in manuscriptis omnibus haberi testatur Ant. Contius, *in prætermissis post Cod.*

22 Quærendum ulterius; An compensatio possit habere locum in commodato: Quod aliqui negant, eò, quòd non minus hac in specie agatur de fide rupta, quàm in deposito, ut vult Ant. Faber *in Rationali ad l.* 6 §. *mandati sup. de his qui not. infamiâ.* Dicendum tamen, & eam habere locum in commodato, quòd *l finali C. Depositi*, tantum excipiatur depositum: ut procedat regula, quòd exceptio firmet regulam in casibus non exceptis. Quatenus tamen debitum tale est, quod compensari potest, liquidum scilicet, in quantitate consistens; quòd non absurdum in commodato, nullo jure resistente. Quod potius innuit id ipsum *l.* 7. §. 1. *h. t.* Ubi dicitur habenda ratio, ut Commodator ex causa commodati minus consequatur, ratione legis Aquiliæ, qua tenetur Commodatario; minus autem consequi ad compensationem spectat, *Inst. de actionib. in fine.* Facit eò expressè *l.* 18 §. *fin. h. t.* Quæ habet, quod contrario judicio consequi quisque potest, id est directo judicio, quo cum eo agitur, salvum habere posse jure pensationis, id est compensationis, ut patet ex *l. si negotia* 11. *sup. De negot. gest.* & aliis locis citatis per Brisson. *V. Pensare & Pensatio.* Verum, hoc admisso, restitutio commodati recusabitur, contra *l. fin. Cod. hoc tit.*

23 Dicendum, istam legem, dum dicit, *nō probabiliter recusari, &c.* admittere limitationem, cum Glossa *ibid.* nisi ratio subsit. Est autem ratio, si sit impensum in rem, & nomine deteriorationis veniat solvenda quantitas; quæ res faciet non improbabiliter recusari restitutionem commodati ad servandum id, quod e contrario judicio peti potuisset. Atque ita *d. l. finalis* accipienda de ipso commodato, quod communiter consistit in specie, nec admittit compensationem; non etiam de actione Commodati, quæ admittit æstimationem, & non refugit compensationem, secundùm dicta. Nihil facit, quod dictum de fide rupta; quæ in deposito quidem locum habet: hic autem objici nequit: cum in illo præstetur opera illi, qui deposuit, cui ex fide res restituenda, in hoc verò commodatarius sibi consulat, in quo non tam stricta ratio. Donell. 8. *Comment. juris cap* 8. *vers. Observandum.*

ADDI-

ADDITAMENTA.

Ad tit. 6. Commodati vel contra.

AD n.8. Quid in singulis contractibus, ratione doli & culpæ præstandum veniat? vid. eleg. Bonch. *ad l.23.ff.de R.I.& cent.2.assert.* 11. Bacc. *ad* §.2. *Instit. quib. mod. Re contrah. oblig.* Schot. *in exam. Iur. d. pag* 381. 382. 383. *& seqq.* allegatà Treutl. *vol.1. disp.* 14. *th.*3.

Re duobus commodata, si utriusque culpa perierit, singuli in solidum tenentur. Carpzov. *Iurispr. for. part.2. Const.*16. *def.*14.

TITULUS VII.

De pignoratitia actione.

SUMMARIUM.

1. *Pignus & Hypotheca quid?*
2. *Pignoratitiæ actioni locus est, debito exsoluto.*
3. *Vel aliàs satisfacto creditori.*
4. *Actio pignoratitia directa cui detur.*
5. *Adversus quem.*
6. *Intellectus* l. Petenti 27. h.t.
7. *Venit in hanc actionem res pignori subjecta.*
8. *Item fructus inde percepti.*
9. *Pactum antichreseos jure Canonico improbatum.*
10. *Venit & pretium, quod ex re vendita superest.*
11. *Item quod minus est in pignoris pretio.*
12. *Quod abest ratione interitus vel deteriorationis.*
13. *Contraria actio cui & quando detur.*
14. *Datur & id, quod abest non. ino pignoris.*
15. *Item re aliena pignori datâ.*
16. *Datâ pignori re vitiosâ.*
17. *Date ære pro auro.*
18. *Pignori tuendo an præscribatur.*

SPectat & ad contractus, quibus re contrahitur obligatio, Pignus, quod à Pugno dictum: quia res quæ pignori datur, secundum Cajũ, in *l. Plebs* 238. §. *pignus inf. de verb. signif.* manu traditur, possessione ejus ad creditorem, saltem naturali transeunte. Ut Pignus propriè sit rerum mobiliũ: in quo distinguetur ab Hypotheca, quæ conventione nuda acquiritur, ejus possessione manente penes debitorem, *l. si rem alienam* 9. §. *propriè h. t.* § *item Serviana Inst. de actionib.* & propriè est rerum immobilium; quamvis Pignus latè sumptũ & Hypothecam complectatur. Unde in *l.* 5. §.1. *inf. de pignorib.* dicitur Pignus, & Hypothecam tantum nominis sono inter se differre. Finis hujus contractus est securitas creditæ pecuniæ, alteriusve rei, uti fidejussionis, *d. l.*9. §.1. citra translationẽ dominii, vel usus rei; in quo distinguitur à Locato, Commodato, Mutuo, Precario. Quibus modis contrahatur, per quos, circa quas res, commodior locus erit infra, *d. tit. de pignor.* * Hic [1] tantum de actione agendum, quæ datur ex obligatione re inita, & dicitur Pignoratitia; * cui non [2] ante locus, quàm debito soluto, *d. l.*6. *in fine*? & quidem integro, *l* 9. §. *omnis h.t.* quia partialis solutio non liberat Pignus, *l. pen. Cod. eod.* Sic plures unius creditoris hæredes non impediuntur vendere Pignus ex eo, quod uni ex his sit pars soluta, *l. solutum* 11. §. *si creditori h.t.* Sic, si & in usuras sit obligatum Pignus, non sufficiet sortem solutam esse, *d. l.*11. § *si in sortem.* Facit & Acceptilatio, ac Novatio solutum haberi debitum, *d. l.* 11. *in princ. &* §.2. nam hæc, cum perimat obligationem primam, facit & accessoriam cessare, *l.* 4. *C. De fidejuss.* nisi sint repitita, *d. l.*11. §.1. Idem juris est in pacto de non petendo. Facit & Defectus conditionis, sub qua pignus datum, illum liberum esse, *d.* §.2. Ipsi antè creditori solutum sit, an Alii ejus voluntate, non interest, *d. l.*11. §. *solutum.*

Debet itaque exsoluta esse pecunia debita, & [3] per nummos non reprobos, qui impediunt solutionem, *l. Eleganter* §.1. *h t.* vel eo nomine satisfactum Creditori, *d. l.*9. §. *omnis*, quia tunc incipit Pignus sine caussa esse penes creditorem. Ut antè nõ rectè agat debitor, nisi offerat in judicio pecuniã, *l.* 9. §. *fin. h.t.* quo casu, creditore eam recusante recipere, videtur nihilominus Pignoratitia competere debitori, *l. Aliena* 10. §. *pen. h.t.* quam aliqui capiunt in casu, quo pecunia postea perdita: aliàs eâ salvâ existente, non videtur liberatus debi-

debitori nisi eam obsignatam deposuit, *l. fin. C. h. tit.*

4 Actio hæc civilis, & personalis duplex est, directa, & contraria. Illa competit debitori, cujus directò, & principaliter interest, qua rem pignori subjectam, vel suam, vel alienam, jam liberatam repetat, *l. 9. §. penult. h. t.* quæ rei alienæ mentionem facit. Quo casu Creditor nequaquam se opponet, cùm ab alio caussam habens, non rectè eidem referat dominii quæstionem. Ut & prædoni hæc actio non negetur, *l. si pignori 22 §. si præd. h. t.* quòd ei interfit, ex causa honesta. Multò magis dabitur ei, qui rei alienæ pignori datæ postea dominus esse cœpit, cũ jã ejus intersit, ratione dominii.

5 Datur adversus creditorem, qui rem accepit; non etiam contra tertium possessorem, cui res pignori data per priorem creditorem. Est enim actio hæc personalis, non competens nisi contra eum, cum quo contractum, non est autem contractum cum tertio. Factâ tamen solutione primo Creditori, vel aliâ ea data satisfactione, Pignus quoad utrumque perimitur, nec datur tertio jus aliquod retinendi, vel persequendi pignus, *l. Debitor 40 in fine h. t.* cùm soluto jure concedentis resolvatur & jus accipientis.

6 Non obstat *l. Petenti 27. h. t.* In qua videtur non hoc ipso, quod debitum solutum est, liberatum esse pignus quoad secundum Creditorem, cum dicatur pignus liberandum per primum; nam textus ille habet diversum casum; cum agatur ibi de Debitore, cui non erat promptum solvere Creditori mutuã pecuniam repetenti; cui ideo res suas dedit, ut eas alteri pignorando sibi consuleret. Ut ista in lege non tantùm sit initus contractus inter Debitorem, & primum creditorem; sed & secundum: atq; ita rectè dicatur primus Creditor ad exhibendum actione teneri Debitori post acceptam solutionem, non etiam Pignoratitia; quia Debitor non pignoravit rem suam Creditori suo: sed permisit ei eam pignorare suo Creditori, quæ proinde non solvitur, nisi demum per solutionẽ factam secundo Creditori, cui debitor voluit eam esse annexam, Cuj. *ad d. l. 40. § fin. quæ est ex lib. 5. Resp. Papiniani.* Et hoc ita de pignore pignori dato. Secus se haberet in pignore vendito per Creditorem; neq; enim solvendo postea quidquam proficiet Debitor, *l. si priusquam 8, C. De distract. pignor.* si tamen distractio jure facta, qua de re infra *eod. tit.* nisi Creditor vendendo Pignus convenerit, ut, soluto pretio emptori per Debitorem, liceret ei recipere rem suam; tunc enim est Debitori actio cedenda per creditorem contra emptorem, *l. si cum venderet 13. h. t.* quod non habet dubium. Sed difficultatem movet, quòd ista lege dicatur Debitorẽ etiam rem vindicare posse; cum tamen alteri per alterum actio non quæratur, juxta notissimam juris regulam, Bart. *l. Stipulatio §. alteri inf. De V. O.* respondet regulam illam non obtinere in contractu per Procuratorem super re dominii, & ex re ipsius, *l. Quod procurator sup. De procuratorib.* atqui Creditor non est Procurator. Dici potest, illud pactum afficere rem, atque impedire dominii translationem, ideoque Debitori esse libertatem vindicandi, oblato pretio; quia non fuit mens Creditoris rem alienare in emptorem, ut manere debeat penes debitorem. Castren. *ad d. l. 13. in fine princ.*

7 Venit in hanc actionem res ipsa pignori subjecta, cujus dominium mansit penes Debitorem, quam proinde restituere debet Creditor, accepto debito, nisi tamen aliud debitum illi sit ab eodem Debitore, qua de re infra, *tit. Quib. modis pig. vel hypoth. sol.* * Veniunt & fructus ex re percepti, nisi in sortem imputentur; quia non decet eos lucro cedere Creditoris. *l 1. & 3. C. eod.* cùm, ut ante dictum, usus rei non sit permissus Creditori; quia lucraretur damno alterius. Nisi convenerit, ut fructus cedant Creditori, cujusmodi pactum vocant antichresin, *l. si pecuniam 33. h. t. & l. His 11. §. 1. inf. De pignorib.* propter incertum fructuum eventum, & pretium, ut cedant loco usurarum, *l. si ea 14. C. de usuris.* * Verùm istud pactum per canones est damnatum, *c. 6. X. De pignorib.* quod per illud contingat lucrum capere Creditorem ultra sortem, ratione dilatæ solutionis, quod in usuram cadit, illo jure omninò prohibitam. Nec facit ratio juris civilis, permittentis hujusmodi pactum, ratione incerti eventus fructuum, quia nec illa salvat labem usurariam, nec avertit lucrum ultra sortem. Si tamen justè intersit, pro ejus ratione non impediunt Canones retineri fructus, cùm usuram compensatoriam non damnent. 8 9

10 Venit item pretium, quod ex re vendita per Creditorem superest, cum usuris, quas ex pretio fœnori exposito percepit Creditor, aut si ipse eo usus, vel in mora fuerit restituendi illud, *l. 6. in fine, l. 7. & pen. hoc tit.* Quòd si nec dum pretium ab emptore consecutus sit creditor, exspectabit Debitor, donec receperit; nisi mandari sibi actiones velit periculo venditoris, *l. Elegantur 24. §. si vendiderit h. t.* Cui non obstat *l. penult. eod.* Quæ negat audiendum esse creditorem, si velit emptorem delegare Debitori: nam loquitur de delegatone, quæ fieret periculo ipsius Debitoris,

coris, qui invitus illud suscipere non cogitur. Ita autem demum mandatâ adversus emptorem actione periculum cedit creditori: si aliqua ejus culpa arguatur, quòd tardiùs pretium exegerit ab emptore, interim lapso facultatibus; nam si culpa desit, de superfluo pretii nulla erit quæstio, 11 *l. Quæsitum 19. de distract. pignor.* * Ut autem pretium superfluum repetit Debitor, ita vicissim, si minus sit in pignoris pretio, quàm est in debito, Creditori ratio sua est integra, *l fin. §. sed siquidem Cod. De jure dom. imperan.* nisi conventum fuerit, ut pro debito pignus emptum habeat Creditor; quo casu nec huic jus erit plus petendi *l. A Divo Pio. § si pignora inf. De re judic* nec Debitor postea auditur offerens sortem cum usuris *l. Titius 34 h.t.* quia conventioni standum.

12 Venit & id, quod abest nomine interitus rei, vel deteriorationis; nam damnum istud per Creditorem supplendum, ne sit illi permissum abuti re alienâ impunè: quatenus tamen ejus culpa arguitur, non lata tantùm, sed & levis, *l. 5. §. 2. sup. Commodati*; quia contractus iste utriusque commodum concernit; Debitoris, ut pecunia ei credatur, & Creditoris, ut creditum illi sit in tuto, *§ fin. Inst. Quib mod. re contrah. oblig.* Unde in *l. Ea igitur 14. h.t.* exigitur ea diligentia, quam diligens paterfamilias suis adhibere solet, cui opponitur levis culpa. Levissimam non præstat, uti nec vim majorem, vel casum, quæ Domino cedunt ut dictum Tit. superiori, nisi aliter conventum fuerit, *l. Contractus 23. inf. De R. I.* Non tenetur quoque si pro maleficiis servos coërcendo, vinciendo debilitaverit, vel Præsidi coercendos obtulerit; quia cessat ejus culpa, *d l. Eleganter 24 § fin h.t.* Hoc singulare est, quod pignoratâ ancillâ prostitutâ, vel aliud quid improbum facere coactâ, illico solvatur pignus *d. l fin.*

13 Contraria Actio datur Creditori, adversus Debitorem, non tantùm in casu, quo ab initio res ejus fuit: sed & quo postea ejus facta: non tam directò, quàm utiliter ex æquitate; quia improbè resistat Debitor adversus id, quod ipse fecit. Non obstat *l. Et quæ 15. §. 1. inf. De pignorib.* quæ vult Creditorem probare debere, rem, cùm pignori daretur, in bonis Debitoris fuisse: cùm id ita obtineat in directo judicio, non in utili. An autem hæc utilis competat in casu, quo ignoranti res ejus data pignori, qui succedit Debitori, dicetur in materia pignorum 14 Tit. 3. * Contraria verò, quæ datur Creditori, eò tendit, ut sibi restituatur quod abest nomine pignoris. Primò, qui a in illud impensas fecit, servum curando, insulam fulciendo, reficiendo; quo nomine & illi est jus retentionis, *l. 8. in princ. h t.* nisi contractus pignoris vitiosè, & inutiliter intercesserit, *l. Cum vitiosè 25. De pignorib.* neque enim ex contractu nullo est actio. Similiter si servos jam imbutos artificiis, vel ex voluntate Domini instruxerit, vel etiam artificiis necessariis: non sit tamen sumptus immodicus, vel gravis Debitori, *l. Si servos 25. h. t.* * Secundò, 15 Si malitiosè Debitor versatus fuerit, rem alienam pignori dando, invito domino, *l. Aliena 20. h. t.* vel alii obligatam. Sciverit, an ignoraverit debitor, non quæritur, *l. Tutor. 16. § 1. h. t.* quia contractus bonæ fidei exigit, ut jus Creditori sit salvum. Non aliàs autem erit locus contrariæ actioni, quàm si ea de caussa damni quid senserit Creditor; aliàs enim frustranea esset actio, cùm tantùm agatur de indemnitate Creditoris. Tenetur tamen stellionatus crimine, qui scienter rem alienam pignorat, propter dolum, & deceptionem, *l. 3. §. 1. De crimine stellion.* Ignorantia liberat; quia inhumanum foret ignorantem pœnâ affici, quæ proposita improbitati, quam removet ignorantia. Alienam rem non censetur dedisse, qui vectigale, vel superficiarum prædium oppignoravit, propter utile dominium, quod habet, & utiles actiones, *d. l. 16. §. fin* * Tertiò. Si 16 rem vitiosam dederit, ut servum morbosum, furem, vel rem infectam, *l. Si servus 31 h. t.* sive sciverit, sive ignoraverit Debitor; quia fidem non exsolvit; si tamen ex ea re damni quid senserit de quo vitando tantùm agitur. Ita autem contraria istis casibus obtinebit, si ignorans Creditor talem rem acceperit; nam ejus scientia faciet cessare hanc contrariam, *d. l. 16. §. 1 in fine*; quia scienti non fit injuria * Quartò, Si æs p gnori dando af- 17 firmaverit id esse aurum; quo casu, quia in corpus consensum, constabit quidem pignus, pignoratitia tamen competet nomine damni, quod senserit Creditor, præter stellionatum, *l. 1 in fine h. t.* Committetur etiam furtum, si dato auro pignori, æs subjectum fuerit per debitorem, *l Si quis 36. §. 1. h. t.* Patet ex dictis, pignoratitiæ tum demum locum esse, ubi solutum debitum.

Lubet postremò Quærere, an cursus temporis 18 non obstet Debitori? Non est quærendum de longo tempore, cum actio hæc sit personalis; ut tantùm dubitetur de tempore longissimo. Quod posset videri obstare, per *l. Nec creditores 10. & l. fin. Cod. hoc tit.* Ubi tantùm excipitur

 longum

longum tempus. Dicendum tamen, licentiæ luendi Pignoris ne quidem logissimo tempore præscribi: propterea quòd præscriptio non possit operari, nisi contra actionem, aut jus jam natum: cùm quod non est, tolli nequeat: non est autem nata Actio Pignoratitia ante solutum debitum, *l. Si rem 9 §. omnis h. t.* Deinde licentia, seu potestas offerendi pecuniam, vel luendi Pignus, non tam est juris, quàm meræ facultatis, cui non præscribitur, *l. 2. inf. De via publ.* Facit quòd Creditor alieno nomine possideat, non sibi, sed debitori, *l. pignori 13. inf. De usucap.* nec mutare sibi caussam possessionis possit, *l. Non solum § quod vulgò inf. d. t.* Ut repellere Debitorem nequeat, etiam post triginta annos debitum offerentem: quia aliàs & absurdum sequeretur, quòd possessio Creditoris, quæ prodest Debitori, eidem obsit, contra *l. 7. §. 2. C. De præscript. 30. annor. ubi* Cujac. *in Parat. & ad d. l. Pignori inf. De usucap.* Non obstat *d. l. 1. & d. l. fin.* Quia loquuntur in casu, quo actio jam nata erat per debiti solutionem, cui, quòd sit personalis, non præscribitur, nisi longissimo tempore. Nihil etiam obstat *l. 4. Cod. eod. tit.* Ubi dicitur nullum esse jus, quod non perimatur XL. annis: Nam & ista accipienda de actione jam nata post solutum debitum: non etiam de jure luendi, quòd, ut dixi, est meræ facultatis.

Hæc de Actione Pignoratitia, quæ est in personam, *l. fin inf De distract. pignor.* competens Debitori contra Creditorem, ut, de soluto restituat rem: in quo diversa est ab Hypothecaria, quæ est realis, competens Creditori, ut rei hypothecæ meræ possessionem, quæ hactenus penes Debitorem fuit, consequatur, idque per Actionem Servianam. *Instit. De actionib. §. Serviana.* Confunduntur tamen hæc nomina.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 7. De pignoratitia actione.

Ad n. 3. & 5. Debito soluto, demum competit pignoratitia actio: Unde differentia actionis Servianæ vel q. ab hac actione apparet, quod illa durante, hæc soluta demum pignoris obligatione datur. Treutl. *vol. 2. disp. 1, th. 10. lit. a.* Wes. *h. t. num. 6.*

Ad n. 4. Quare ex hoc contractu & superiore dispares oriantur actiones, cum ex reliquis obligationibus, ut Empto, vendito, locato, conducto æqualis utrinque existat actio? Hoc ex hac Regula dijudicari potest: Quotiescumque par est utriusque contrahentis in obligatione constituenda ratio, toties utrinque par & æqualis nascitur actio: quando verò potior est alterutrius causa, in quem præcipuus contractus finis respiciat, & ad quem maximè totum negotium referatur, hoc casu solet huic, tanquam principali, præcipua & directa dari actio, alteri verò contraria. vid. Wes. *h. t. n. 9.*

Ad n 9. Antichresis, an & quomodo ab Usuris differat, vid. Myns. *cent. 6. obs. 71.* Gail. *2. obs. 3.* Et an valeat tale pactum antichreseos. Cöpp. *dec. 22.* Speckhan. *cent. 3.* cl. *1. q. 30.*

An creditor antichresticus teneatur ad rationes, Vid. Schæff. 1. *quæst 17. & 2. q. 22.*

De tacita antichresi & intellectu *l. 8. ff. in quib. caus. pign. tac. contr.* Schæff. *2. q. 22.*

Pactum antichreseos, si cum contractu mutui concurrat, omni Jure (etiam Civili, attentis sc. constitutionibus Imperii) prohibitum esse, probat Klock. *Relat. Camer. 9. n. 105 & seqq.*

Ad n. 18. Pignoratitiæ actioni quo tempore præscribatur à bonæ fidei possessore, & à m. fidei poss. & ab ipso debitore, vid. Treutl. *vol. 2. disp. 1 th. 7. lit. b.*

FINIS LIBRI XIII.

HEN-

HENRICI ZOESII I. C.

IN LIBRUM XIV. DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De Exercitoria actione.

SUMMARIUM.

1. *Actio haec cui & ad quid detur; & Exercitor quis.*
2. *Magister navis quis dicatur.*
3. *Caussa hujus actionis.*
4. *Exercitor quatenus teneatur.*
5. *Quid juris, exercitoribus pluribus constitutis?*
6. *Actio hac personalis & perpetua.*
7. *Exercitori actio contraria non datur.*

RECta methodus postulabat de deposito subjungi, quòd & ejus obligationi res tradita demum initium præbeat: sed quia hactenus traditæ actiones personales, contra eos cum quibus contraximus, & quibus credidimus; eveniat autem nos cum aliis contrahere: aliorum autem fidem sequi: placuit compilatoribus de isto actionum genere interserere.

1 Et primò quidem proponitur de exercitoria; quæ est actio ex edicto Prætoris procedens, *l.1. in princ.h.t.* data ei, qui contraxit cum magistro navis, adversus exercitorem, de eo, quod cum magistro contractum est. Exercitorem (unde Exercitoria dicta) dicimus, ad quem obventiones, & reditus navis perveniunt, *d.l.1.§.exercitorem.* Nec refert, masculus sit, vel mulier, paterfam. vel filiusfam. servus, pupillus, auctoritate tamen tutoris, *d.l.1.§ parvi*: sive dominus navis sit, vel à domino navem per aversionem conduxerit, ad tempus, vel in perpetuum. Per aversionem conducere, est uno pretio, & in universum conducere, non pro certo numero rerum, ut colligitur ex *l fin.§.fin. inf.tit.seq.* 2 * Magister dicitur, qui navi transvehendis mercibus præpositus (habet enim in maritimis locum hæc actio) & cui navis cura mandata, *d l.1.§.magistrum*, sive liber sit, sive servus proprius, vel alienus. Cujus ætatis sit non quæritur; imputabit enim sibi, qui præposuit, *d.l.1.§ cujus autem.*

3 Caussa concessæ hujus actionis in exercitorem est, quod contrahentes cum magistris sequantur potiùs fidem exercitorum, quorum res agitur, quàm magistrorum, *d.l.1.in princ.* unde & illos hæc actio in solidum tenet. Et hoc primò, quatenus cum ipso magistro, qui præpositus est, aut per eũ substituto contractum: quod hac in actione recipi fecit necessitas navigandi, quæ sæpe tãta est, ut locus & temp9 non patiantur plenius deliberandi consilium, *d.l.1 in princ.* Ubi nihil obstabit, quòd prohibuerit talem substitui exercitor, & hoc propter utilitatem navigantium, *d.§ magistrum.* Cum quolibet alio nautarum contractum non tenet exercitorem; quia cessat mandatum, *d l.1.§ si cum* 4 * Secundò desideratur, ut magister non excesserit fines mandatæ negotiationis: neq; enim æquum est aliquem teneri ultra quàm voluit. Rectè tamen ex mutuo sumpto per magistrũ in eum usum, cui præpositus obligatur exercitor; quia videtur hoc ipsum tacitè mandatum *d.l.1.§. quòd si mutuum.* Si in eum quidem usum acceperit: sed mutatâ voluntate non impenderit, nihilominùs

minus tenebitur exercitor, cui imputandum, cur talem præposuerit: modo usus talis allegatus fuerit, *d. l. 1 §. unde quæsitum* Nam si ab initio fraudandi creditoris caussâ, non expressu in quem usum, acceperit mutuum magister, creditoris damnum erit, qui imputet suæ facilitati, quòd non inquisiverit, in quem usum sumeretur mutuum, & an necessarium. Ubi etiam videndum creditori, an mutuum non excedat usum, *l. fin. h. t.* Similiter pluribus præpositis div sis officiis, pro cujusque officio tantùm obligatur exercitor, *d. l. 1. § si plures*; quia censentur distincti magistri.

Tenetur itaque exercitor tantùm ex contractu magistri, & ab eo substituti, non etiam aliorum, qui navigandi caussâ in navi sunt: quorum tamen delictum præstat: quia ipsi incumbit videre quorum operâ utatur, *d. l. 1. §. 2. sed si cum*

5 * Pluribus exercitoribus constitutis, singuli in solidum conveniri possunt, *d. l. 1 §. fin.* ne in plures adversarios distringatur creditor, qui cum uno contraxit; etiamsi quorum quisque portionem in navi tantùm habeat, *l. 2. & 3. h. tit.* Conventus, quod solvit judicio societatis consequetur: nisi plures per se pro portionibus navem exerceant; singuli enim pro parte tantùm sua tenebuntur. Ratio differentiæ est, quòd illo casu habeantur invicem magistri, non hoc, *l. 4. in princ. h. t.* nisi unû de numero suo constituerint, *d. l. 4. §. 1.* Idem obtinet in servo voluntate plurium navem exercente, *d. l. 4. §. 1. & 2.* cujus alienatio, vel decessus non liberat dominos, *l. 4. § 3. h. t.* Sin desit voluntas domini, non nisi de peculio is obligabitur; etiamsi sciverit servum exercere navem, *d. l. 1. § licet.* Dat tamen Paulus quasi tributoriam, *l. 6 h. t.* quod talis propriè dici nequeat.

6 Perpetua est hæc actio, personalis, hæredi, & in hæredem competens, *d. l. 4. §. fin.* etiam in pupillum, furiosum, propter utilitatem promiscui usus *l. si quis 17. §. 2. & 3. inf. tit. 3.* Præterque actionem hanc prætoriam, quæ datur contrahentibus cum magistro in exercitorem, est & iis actio civilis in magistrum, ex ejus contractu, *d. l. 1. §. est autem*, cùm non tam transferatur actio à magistro, quàm tantùm adjiciatur, hoc est, præter actionem in præpositum, est & ex edicto actio in eum, qui præposuit. Ut sit in potestate creditoris, utrum conveniat, modò magister sit liber homo; aliàs si in aliena potestate, sive masculus, sive fœmina *d. l. 1. § in potestate*, tantùm in præponentem, & quidem in solidum, modò ejus voluntas adsit. Quod exactum ab alterutro, alteri proderit; 7 quia una est caussa debiti, *d. l. 1. §. fin.* * Exercitori contra eos, qui cum magistro contraxerunt, Prætor actionem non pollicetur; propterea quòd aliâ viâ illi sit provisum, actione scilicet locati, vel mandati contra magistrum, *d. l. 1. §. sed ex contrario*: nisi quò nomine servi, vel filiifam. magistri in patrem, vel dominum sit actio, *l. 1. d. t. 3.*

TITVLVS II.

Ad legem Rhodiam de jactu.

SUMMARIUM.

1. *Ratio & origo Legis Rhodiæ.*
2. *Quando obtineat & qui contribuant.*
3. *Quarum mercium nomine contributio fiat.*
4. *In necessitate an omnia communia?*
5. *Contributio quando fiat.*
6. *Habet & locum, nave à piratis redemptâ.*
7. *Item mercibus in scapham trajectis, quæ deinde perierit, navi salvâ.*
8. *Contributio quo modo facienda.*
9. *An habenda ratio mercium per urinatores receptarum?*
10. *Jacta merces manent in dominio projicientium.*
11. *Intellectus* l. Falsus 43 §. si jactum D. De furtis.
12. *Caroli V. Imp Constitutio de rebus naufragis & furtivis recuperatis.*
13. *Imperator an mundi dominus.*

Civitas Rhodiensis est Insula opportunitate, operum nobilitate, navigandi solertiâ, navalibusque prœliis celebrata, inquit Agellius *lib. 7. Noct. Attic cap 3.* in eaque navalium commerciorum copia, mercatorum numerus frequens *can. fin dist. 1.* * Qua de caussa super com- 1 merciis navalibus frequentes ibi lites exortæ, quibus determinandis variæ leges apud Rhodios latæ sunt, præcipuè de jactu mercium, quorum is contributionis sit farciendus. Cujus hîc fit mentio, eo quòd non rarò contingat, ut navis plus æquo onerata, ex immoderata lucrandi ipsius magistri, vel exercitoris aviditate, ortâ tempestate, adversus fluctuum insultum exurgere nequeat; sed opprimenda veniat: nisi levetur onere jactu mercium, quarum damnum, reliquarum rerum, quæ salvæ sunt, contributione farciendum, lege Rhodiâ cautum esse respondit Paulus, *l. 1. h. t.* Æquissimum enim est, commune detrimentum fieri

fieri eorum, qui per missas aliorum res, suas salvas habent, *l.2.§.1.h.t.* Et quidem amissarum rerum domini eo nomine ex cōducto cum magistro navis actionem habent, qui cum reliquis, quorum merces sunt salvæ, ex conducto, vel potius locato agat, ut detrimentum pro portione communicetur. Ubi consultiꝰ erit, merces salvas retinere, donec damni portionē præstiterint, *l.2, h.t.* Videtur autem hic verbū *Locati*, pro conducto accipi, & contra, cùm veteres emptionis & venditionis, locationis & conductionis appellatione promiscuè usi sint, *l. Veteres 19. cum seq. inf. act. empti.* * 3 Ita demū autem magistro contra alios erit actio, si non levi, sed justo metu jacturam fecerit: nam aliàs alii cōtributionem rectè negabunt, secundū tradita supra *Ad t. de his quæ vi, vel metu.* Tenentur autem contribuere omnes, quorum interfuit jactum fieri: ut etiam navis dominꝰ teneatur nomine navis, quæ ideo salva, *d.l.2.§. cū in eadē h.t.*

5 Merces sint pretiosæ, quæ non gravant, vel non pretiosæ multum gravantes, non interest, quòd per aliarum jacturam earum caussa sit salva, *d.l.2.§ 3.* quo modo & gemmæ, aliaque pretiosa æstimabuntur, vestimenta item, & annuli, exceptis liberis corporibus, quæ æstimationem non patiuntur; ut & iis, quæ consumendi caussa imposita sunt, uti cibariis; hoc magis, ut, si quando ea defecerint, quod quisq; habet in commune conferat. * 4 Ex quo aliqui malè inferunt, in summa annonæ caritate omnia esse communia, & auferri posse citra furtum, ut vult ibi. Bart cum rectius dicat Glossa, & post eam Baldus, esse communicanda; non tamen gratis, manente scilicet obligato ad restitutionem illo, cui sunt communicata: sufficit enim proximo consuluisse per mutuum, vel venditionem, aliave via, ut traditur inferiùs, *ad tit. De furtis.* Si quis vectorum solvendo non fuerit, hoc non onerat magistrum navis, quippe qui fortunas cujusque excutere non teneatur, *d.l.2 §. si quis.*

5 Contributio hæc non aliàs fit, quàm si res jactæ perierint: nam si postea recipiantur, exoneratur collatio, & quod contributum est repetitur, *d.l.2.§.pen* Dico, quàm si perierint: & quidem navis levandæ caussa, non etiam fortuitò, *d.l.2.§. servorum*, quia non possunt dici periisse ob communem utilitatem. Unde si quid navi acciderit, citra periculum jactus, id nautæ decedit: quia casus domino cedit, *l. 6. h. t. & d. l. 2. §. 1,* ubi in simili traditur, fabrum qui incudem, vel malleum fregerit, sibi imputare, non ei, qui operam conduxerit. Aliud dicendum, si periculi evitandi caussa navis instrumentum dimotum fuerit, vel ipsa exarmata, *l.3. h. t.* ex jam dicta ratione. * 6 Habet etiam locum contributio, si navis à Piratis redempta fuerit, quod ea res salvas merces fecerit; non etiam ratione eorum, quæ à Piratis ablata sunt; quod res ista communem utilitatem non concernat: sed singulos, quibus casu damnum illud accidit, qui & nocet domino, *d.l.2.§. si navis*: nisi pro communi liberatione piratæ unius vectoris mercibus contenti fuerint; quo casu obtinet ratio contributionis. * 7 Quod & dicendum, si sublevandæ navis caussa, ut faciliùs portum, vel flumen subintret, merces in scapham trajectæ fuerint, & illa perierit, nave salva, ex prædicta ratione: licet è contra, si nave perdita salva sit scapha, non sit habenda ratio eorum, quæ cum navi perierunt, eò quòd jactus non veniat in tributum, nisi salva nave, *l.4. in princ. h. t.*

8 Contributio facienda pro rata portionis, tam æstimatis rebus, quæ perierunt, quàm salvis: illis, quanti emptæ, etsi pluris potuissent vēdi, propterea quòd detrimenti, non lucri fiat præstatio: his verò quanti possent venire, *d. l. 2. § portio.* Quod cape de communi æstimatione, non de immoderata, quæ per stolidum fortè emptorem offerri posset, *l. Pretia inf. Ad L. Falcid.* ut merces salvæ deterioratæ non pluris æstimandæ sint, quam quanti jam sunt, *d.l.4.§ cum autem.*

9 De illo quærit J C. in *l.4.§.1. h.t.* Navis per jactum mercium aliquarum levata, postea tamen periit, & merces receptæ per urinatores (quod genus hominum ita dicitur, quòd urinentur, id est mergantur, & sub aquis natent, ac merces, aliasque res fundo extrahant) an earum respectu habenda ratio ejus, cujus merces jactæ, navis levandæ caussa? Et hoc affirmat Callistratus, ex Sabino: quia sufficit negotium utiliter semel gestum esse per jactum: ut existentes aliorum merces, licet facto urinatorum, subjectæ sint oneri contributionis: cùm si jactæ merces aliorum non fuissent perditæ per naufragium, potuissent etiam per urinatores res recipi. E contra is, qui jactum fecit, rebus suis per urinatores receptis, aliis, qui naufragium postea fecerunt, conferre non cogitur, quòd eorum merces videri non possint amissæ navis levandæ caussa, *d. §. 1.* aut saltem non gratia salvandarum mercium, quæ jam jactæ.

10 Duo ex hoc Tit notanda supersunt. Prius, est, quòd projicientes res suas, maneāt earum domini, cùm qui, ut ait Julianus, *l.8.h.t.* levandæ navis gratia projiciunt res suas, nō habeant hanc mentem, ut eas pro derelictis habeāt: quippe, si invenerint,

nerint eas, ablaturi: nam cum subsit caussa levandæ navis, non potest præsumi animus abjiciendi. Quod procedit etiam in casu, quo merces sunt ejus generis, quæ attactu aquæ sint perituræ, quia donec supersunt, non potest dici esse animus eas derelinquendi non fiant eorum, qui fortè, dum jaciuntur, scapha excipiunt, sed domino restituendæ, *l. 2. in fine h. t.* [11] Nihil obstat *l. Falsus 43. §. si jactū inf. De furtis*, ubi dicitur, plerumque credendum animo derelinquendi eas jactas, cùm sciantur perituræ: quo casu non potest sumi alius animus quàm derelinquendi; secus est, si alia caussa subsit, ut rectè ibi persequitur J.C. Manent itaque res jactæ dominorum: ut & naufraga navis, & tabulæ, quæ post naufragium ad littus appulere, quas dominus suis servari, & restitui districtè mandatum *Auth Navigia Cod. de furtis.* improbata consuetudine contraria, additaque in contravenientes bonorum publicatione. Mandat & ipsum Pont. sub pœna excommunicationis. [12] *c. Excommunicavimus* 3. *de raptorib.* Et nuper Carolus V. gloriosissimæ memoriæ, in *Constitutione de capitalibus judiciis cap. penult.* omnino damnavit abusum, quo magistratus furto, rapinaq; ablata, & recuperata sibi vindicat, & naufragum, nave amissa, corpore simul, & bonis exuit, eamque consuetudinem tamquam vanam, & inutilem addentemque afflictionem afflicto, antiquari, & abrogari mandavit. Ut mirandum sit, præfectos locorum, non obstantibus his prohibitionibus, & furtivas res recuperatas, & naufragorum bona, naufragasque naves, ac tabulas sibi vindicare, ductos damnabili cupiditate, & ut ait Pont. abominabili avaritia, quæ ad tempus eos beare videtur; postea etiam honestè quæsita absumptura, uti exempla docent. Ubi nihil video, quod eos excusare valeat: quia hoc ita in pœnam velint inductum, quę præsupponat culpam, quæ hic nulla est (quisque enim negligens est in suis perdendis) vel si aliqua: non tamen quæ mereatur hanc commissionem.

[13] Alterum est, quòd *l pen h. t.* referatur dictum Antonini, se dominum mundi profitentis, legem autem maris (Rhodiam intelligentis) quam sequi jubet, quatenus suis legibus non repugnat. Ubi disputatur, quo modo Imperator Romanorum dominum se mundi vocet, cùm imperium habeat à populo concessum: ampliùs autem habere non possit, quam populus possidebat (neque enim quis plus juris ad alium transfert, quā habet, vel justo bello postea acquisivit) pluraque sint Regna, vel per Imp. Romanum non petita, vel si petita, non tamen subjecta. Quò facit, quod Imp. in *l. 1. Cod De summa Trinit.* restringat Imperium suum ad eos, quos habet eidem subjectos: & in *l. 4. C. De commerc.* agnoscat Regem Persarum, eique subjectos. Ut istud dictum indistinctim, non sit accipiendum universaliter, sed de iis tantùm, quos habet imperio suo subjectos, ut pulchrè docet Covarr. *ad c. Peccatum de R. I. in 6. p. 2. § 9 num. 5.* & præcipuè hoc tempore, quo multa Regna eo modo, quo Imperio Romano olim subjecta, in libertatem se vindicarunt; quamvis secundùm D. Peckium quondam hujus Scholæ lumen, *ad d. l penult. h. t.* alii principes deberent Imperatori Rom. in immanissimum populi Christiani hostem bellum paranti, auxilio esse, vel saltem impedimento non esse; quòd ea res non careat gravi piaculo. Quod & dicendum, quando cum hæreticis res agitur.

ADDITAMENTA.

Ad lib. 14. ff. tit. 2. Ad L. Rhodiam de jactu.

Ad n. 13. Imperator Romanus an sit dominus totius orbis terrarum, & præcipuè vicinorum Regnorum, ut Galliæ, Angliæ &c, *vid. eleg.* P. Gregor. *de Republ. lib 6, c. 13.* Reink. *de Regim secul. class. 3. c. 13.* Limn. *de Iur. Publ. lib. 2. c. 8. per tot.* Suth. *dissert. de Iurisd. aph. 24. 25.* Besold. *in thes. Pract. verb. Herr* 2c. Gail. *l de P. P. c. 11. n. 4.*

Princeps, an & quomodo ex plenitudine potestatis, Jus & bona subditorum vel ad publicā utilitatem & ex Justa causa, vel sine ea, auferre possit? Eleganter tractat P. Greg. *de rep. lib. 7. c. 20. n. 37. 54. 55. 56. 57. & latissimè lib 9 c. 1. n. 5. & seqq.* Pinel. *ad l. 2. de resc. vendit. in rubr. c* 2. Vasq. 1. *Illustr. Controv. 5.* Mynf. *5. obs. 97.* Gail. *2. obs. 56.* Treutl. *vol. 1. disp. 15. th. 8. l. 1. g.* Fachin. 8. *Controv. 63.* Rolant. *vol. 3. Cons. 71.* Mynf. *Resp. 21. n. 65 & seq.* Gabriel. *in comm. opin. lib. 3. de Iure quæsito non tollendo concl. 1. 2. 3. & 4.*

An Regibus & principibus sit Jus regna & ditiones suo arbitratu, invitis subditis, diminuere vel in alios potentiores transferre? *vid. Hotom Ill. q* 1. Gabriel. *de Iur. quæs. non tol lib. 3. concl.* 8. P. Greg. *de Rep. lib. 3. c* 8 Rolant. vol 1. *cons. 1. n. 34. 35. 36.* Vasq. *lib 1. c 3. n. 8. c. 5. 9. 10. 14. & c. 64. n. 37.*

Domini sævitia in subditos, quomodo mandatis pœnalibus coërceri possit, vid. Gail. 1. *obs. 17. & 2. obs. 62. n. 12.*

TITULUS III.
De Institoria actione.

SUMMARIUM.

1. *Actio hæc in quibus conveniat cum exercitoria.*
2. *In quibus differat.*
3. *An locum habeat, postquam præpositus navi vel tabernæ functus suo munere.*
4. *Magistri navium, & institores functi officio an teneantur.*

INstitoria hæc dicitur ab Institore, qui negotiationi peragendæ instat *l.3. hoc tit.* quem vulgò Factorem vocant. 1 In multis convenit cum exercitoria, ut quod personas, quæ proponuntur, *l.7. §.1. & 2. h.t.* (ubi etiam pueri, & puellæ dicuntur præponi tabernæ; quia imputare sibi debet, qui præponit, si lædatur) & quibuscum contrahitur, & quoad actiones; scilicet quòd nomine contractus initi cum institore, ipse præponens conveniri possit hac prætoriâ actione, *l.1. h.t.* etiam in casu, quo Procurator, Tutor, Curator præposuit, *l.5. in fine & l.6. hoc tit.* nisi novatio intervenerit, *l. Habeat 13. §.1. hoc tit.* Et hæc ita, quatenus finis negotiationis non excessit institor sunt enim hi servandi. *l. sed si 11. §. conditio hoc titul.* unde fœnerandis pecuniis præpositus inefficaciter fidejubebit, & præponens non prohibuit cum institore contrahi, *d. l. 11. §. 2. & 3.* Convenit in eo quoque, quòd plurium præponentium singuli in solidum teneantur; uti & servum communem præponentes, *d. l. 13. §. 2 cū l. seq.* Dantur etiam hæ actiones perpetuò, & in hæredes & hæredibus, *l. Novissimè 15. h.t.* Est & actio civilis contrahentibus contra institorem, ex suo contractu; cui & vicissim est actio in ipsos. Præponenti non videtur actio esse in contrahentes, quod ei sit provisum aliâ actione: nisi vel servum suum præposuerit, per quem actionem sibi quæsivit; vel, si servum alienum aut liberum hominem, res aliter servari non possit, *l.1. h.t.* quia ratio postulat, ut utili actione illi succurratur, *l. 1. & 5. inf. De prætor. stipulat.*

2 Distat ab exercitoria, quòd illa nomen habeat ab eo, qui præponit; hæc autem ab eo, qui præpositus est: illa versetur circa negotia navalia, & naribus transmittenda, hæc circa ea, quæ sunt in terris distrahenda, procuranda, unde & Institor dicitur tabernæ præpositus: illa etiam teneat exercitorem, ex contractu non tantùm magistri, sed & ab eo substituti, cujus ratio data est supra Tit. 1. hæc non nisi ex contractu Præpositi; quod in eo non sit eadem necessitas, ut de ejus conditione, cùm in loco maneat, dispicere possit contracturus, *l.1. in princ sup. Tit. 1.*

Ex eo autem quod dictum in Præpositum navi, 3 vel tabernæ agi posse per Eos, qui eum Eo contraxerunt: quæritur, an hoc procedat etiam, postquam officio est functus? Extra controversiam est, Eos, qui necessitate coacti aliena negotia gerunt, ut Tutores, Curatores, Procuratores Reip. defunctos officio non teneri, *l. 11. Cod. Quando ex facto tut. l. fin sup si quis cautionib. l. 5. §. in eum inf. De administrat. rerum ad civit.* Ubi responsum, Tales non teneri defunctos suo munere; quòd iniquum videatur, eos, qui ad munera publica inviti accedunt, ultra tempus suæ administrationis teneri, nisi expressè se obligarint suo nomine *d. l. 1. & l. si non subscripsisti 15. Cod. de administ. tutor.* Losæus *de jure universit. parte 3. cap. 7 num. ult.*

Controvertitur super iis, qui aliena negotia voluntariè susceperunt, cujus ordinis sunt Magistri 4 naviū, Institores, de quibꝰ hic. Ubi nō pauci sūt, qui putant Eos teneri suo nomine, etiam officio defunctos: nō tantùm si specialiter se obligarint: sed etsi nomine negotii suscepti, vel simpliciter: quòd iniquum non sit, teneri Eos, qui sponte alienis negotiis se implicant. Cujac. 20. *Obser. c. 39.* Costal. *ad l Plautius 61. sup. de procuratorib. Glossa* Bart. Castren. *& alii ad l. Procurator. 67. sup. d. tit.* Et videtur pro ea parte facere *l. 1. § est autem. & 9. penult. sup. hoc lib. t. 1.* Ubi indistinctè dicitur conveniendus, vel Exercitor vel magister. Contra tamen tenent. Alberic. Angel. Bald. *ad d. l 67. Glos. in l. Servum Titii 49. V. emptori inf. Mandati* non teneri Eos, qui alieno nomine contraxerunt; nisi etiam suo nomine se obligaverint, per textum *in d. l. 67.* Ubi ideo procurator, qui negotia agere desierat, non levatur onere obligationis, quia ipse se obligaverat, ut aliàs ab eo levandus videatur. Nisi velimus illa verba frustra posita esse, quod absurdum foret. Facit *l. fin. hoc tit.* ubi dicitur non teneri institor, ex eo, quod institoris officio functus quid scripserit. Nihil facit *d. §. est autem. & d. §. pen.* quia in iis non agitur de præposito, officio jam defuncto; sed eo durante, ut paret legenti textū. Facit, quòd is, cum quo contractum, magis sequatur fidem præponentis, quā præpositi.

Boëtius

Boërius *decis.* 80. Duar. *hic capit.* 4. Pet. 11. *num.* 4. latè Gutierez *De tutelis pag.* 2. Gregor. *Syntag. juris universi libr.* 21. *capit. cap* 13.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 3. *De Institoria actione.*

AN præpositus tabernæ, negotiationi vel aliis expediundis negotiis mercantibus, possit Domino ac præponente irrequisito, litteras quoque Cambii [Wechsel-Brieff] acceptare. Vid. Schæffer. *pract quæst part.* 3. *quæst.* 38. *qui n* 36 *concludit, quod Institor vel præpositus negotiationi, etiã indefinitè & cum mandato sub libera, &c. non possit absq; speciali mandato literas Cambii acceptare & expedire. Adde Rot Genuens decis.* 14 *incip quemadmodum causa n.* 88.

Num minister aut Institor per Chyrographum suum obliget Dominum. Vid. Copp *decis.* 11.

Institor contrahens nomine sui Principalis, officio deposito pro Domino non tenetur Carpzov. *part.* 2. *Const* 20 *def.* 4.

TITULUS IV.

De Tributoria actione.

SUMMARIUM.

1. *Actio hæc in merce peculiari locum habet.*
2. *Contra quos detur.*
3. *Et ad quid.*
4. *In hæredem, quatenus ad eum pervenit.*
5. *Diversa ab actione de peculio.*

TRibutoria Actio à distributione, quæ petitur, dicta. Hac tenetur Dominus Creditoribus Servi sui, in merce Peculiari negotiantis, eo sciente. Mercis nomen ad omnem negotiationem est porrigendum, *l.* 1. §. 1. *h. t. l.* 5. §. *merces eod.* Mercem Peculiarem non uti Peculium hic accipimus, quippe Peculium est, quod deducto eo, quod Domino debetur, superest; cum hæc Tributoria locum habeat, etiamsi in Peculio nihil sit, *d. l.* 1. §. 20. ut differat Peculium à Merce Peculiari.

2 Habet locum hæc actio Prætoria non tantum in Servis Propriis, sive Masculis, sive Mulieribus, sed & alienis; Liberis etiam Hominibus, qui bona fide nobis serviunt, *d. l.* 1. §. *pen.* & *fin.* si tamen Merx, in qua negotiantur, nostra sit. Servus communis facit in utrumque Dominorum scientium hanc actionem competere, sin alter tantùm sciverit, in eum solum, *l.* 3. *h. t.* In servo Pupilli, vel furiosi requiritur scientia Tutoris, vel curatoris; qui tamen aliàs non tenebitur quàm quatenus lucrum percepit. Pupilli doli capacis dolus facit, ut teneatur, *d. l.* 3 § *fin.* Quod & obtinet in Pupillo pubete facto, & furioso ad mentem reverso, si quid dolo admittant, *l.* 4. *h. t.* Procuratoris dolus, vel scientia Domino nocet *l.* 5. *in princ. h. t.*

3 Datur ad hoc, ut Mercis istius Peculiaris tributio fiat inter Dominũ, & Creditorem, pro rata debiti. Quòd si unus Creditor desideret sibi tribui integram portionem, cavere debebit pro rata se refusurum, si fortè alii Creditores emerserint, *d. l.* 1. 5 *fin.* Si alicujus dolo factum fuerit, quò minus tribueretur, in Eum hæc Actio est, ut quantò minùs tributum, quàm debuit, præstet, *l.* 7. §. 2. *h. t.* Dolum abesse facit ignorantia, Servum in Peculiari Merce negotiari. Non proderit autem Domino, si neget servum quid debere; quia aliàs negatio illi prodesset, *d l.* 7. §. *pen.* Potest autem Dominus evitare molestiam tributionis, merces aliis cedendo: nisi in caussa sit, quod petierint, aut viliores factæ, *d. l.* 7. § *sed etsi.*

4 Perpetua est hæc Actio, in hæredem competens, quatenus ad eum pervenit, *d. l.* 7. §. *fin.* Continet enim rei persecutionem, *l.* 8. *h. t.* 5 Diversa est ab ab actione de Peculio, in qua prius deducitur id, quòd Domino debetur, cum in hac æqua sit Domini & Creditorum conditio, *l. fin. h. t.* Differt & ab Exercitoria, atque Institoria, quòd his Dominus in solidum conveniatur. Concurrit cum aliis, quo casu electio facienda, de qua infra.

TITULUS V.

Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.

SUMMARIUM.

1. *Filiusfam rectè contrahit & obligatur.*
2. *Habitâ ratione ejus quod facere potest.*
3. *Beneficium hoc quando cesset.*

TI-

Titulus praecedens ad Servos pertinet; hic, licet generalior sit Rubrica, ad filiosfam. qui cum aliis contraxerunt, quibus deficientibus actionibus prioribus, aliae sunt concessae actiones, quibus suum consequantur, si fortè jusserit pater contrahi, si versum in ejus rem, si filio sit peculium, *l.1. h.t.* de quibus libro sequenti. Hoc 1 Tit. agitur de filiosfamilias,* qui rectè contrahit, & obligatur suo nomine; *l. Filiosfam. inf. De oblig. & act.* in quem, etiam patria potestate solutum, exhaeredatum, vel etiam abstinentem se haereditate patris, aut in modica parte institutum, sive voluntate suâ contraxerit, sive jussu patris, Prae-2 tor actionem pollicetur, causâ cognitâ; * Habitâ ratione aestimatione ejus, quod facere potest, *l.2. & 5.§ fin. h.t.* etiam in casu, quo in modica parte institutus, *l 4 h t.* Continuò cùm filio agatur, an post multos annos, non facit, quò minùs ejus ratio habeatur; etiam in casu quo patre vivo condemnatus fuit; neque enim ea res evertet beneficium, *l.5.h.t.* Cujus ratio est, ne nimis gravetur ex eo contractu, ex quo nullum, vel minimum emo-3 lumentum percepit.* Unde cessabit beneficium, si patri haeres extiterit, (nisi restituere haereditatem jussus sit; quia est loco non haeredis) vel exhaeredato sit restituta patris haereditas, *l 5.§.1.h.t.* quia habetur loco haeredis, *l. Qui per successorem 195. inf. De R.I.* uti & si patrem familias se simulaverit, *l.4. §.2.h.t.* hoc enim meretur mendacium, & dolus, *l.6 h.t.* Cessat & hoc beneficium ex caussa delicti, cujus nomine in solidum convenitur, *d.l.4.§.2.* Prodest autem filiosfamilias istud beneficium, non haeredi ejus, quia personale, *d.l. 4.§.fol.* In quantùm facere potest, intelligitur deducto eo, quod debetur creditoribus privilegiatis, & iis, qui postea cum eo contraxerunt, *d.l.3.h.t*

TITVLVS VI.

Ad Senatusconsultum Macedonianum.

SUMMARIUM.

1. *Caussa hujus S.C. atque exceptionis.*
2. *Quando factum & unde dictum.*
3. *Locum habet & in civitate credente.*
4. *Competit exceptio hujus S.C. filiisfam. creditrici.*
5. *Item patri, fidejussori, mandatori.*
6. *Habet locum & in foro interiori.*
7. *Habet locum in pecunia numerata tantùm.*
8. *Cessat primò si consensu patris acceptum sit mutuum.*
9. *Nec sufficit sigillo patris chirographum sit signatum.*
10. *Secundò, si filiusfam. publicè habitus pro patrefam.*
11. *Tertiò, si se patremfam. simulaverit.*
12. *Quartò, si pecunia in rem patris accepta.*
13. *Vel ideo accepta, ut in rem patris verteretur.*
14. *Aut ut non verteretur, versa sit tamen.*
15. *V. Si filiusfam sit miles.*
16. *VI. Si pro alio fidejusserit.*
17. *VII. Si pecunia demum numerata facto sui juris.*
18. *VIII. Si pater vel filius factus paterfam. solverit mutuum.*
19. *Pecunia soluta à filiofam. quatenus vindicari possit per patrem.*
20. *Conciliatio* l. Sed si 9.§.1.h.t. & l. Si filiusfam. 24. sup. De reb. cred.
21. *Solutio per filium facta non removet exceptionem hujus S.C.*
22. *Parte tantùm solutâ, an pater cogi possit ad reliqui solutionem.*
23. *Differentia inter pignus datum & solutionem.*
24. *Expromissio & novatio eundem effectum habet, quem solutio.*
25. *Pecuniâ creditâ à filiofam. an sit locus S.C.*
26. *Privilegiatus contra privilegiatum non utitur privilegio.*
27. *Renuntiatio filii non facit cessare exceptionem.*
28. *An neque juramentum appositum?*

Quod dictum, filiosfamilias ex suo contractu teneri, & conveniri, patitur exceptionem in sumpta ab eis mutua pecunia. * Caussam exce-1 ptioni dedit improbitas cujusdam creditoris Macedonis filiisfamilias, mutuas pecunias dátis incertis nominibus; causâ scilicet credendi non expressâ, ne fortè turpitudo detegeretur, vel quia in mortem parentis esset concepta cautio, cujus dies incerta, vel quia nesciatur, quantum foenori datum, Cujac. *in Recitat C. h.t.* quos aere alieno obstrictos, & ad solutionem à creditoribus pressos, contingebat vitae parentum insidiari, & in eorum mortem inquirere à divinatoribus; quo videtur facere illud Juvenalis.

—— *Funus promittere patris*
Nec volo nec possum: ——

ut faciliùs se expedirent ab aere alieno, *l.1. h.t.* Quocirca visum est Senatui, ut Actio ista inefficax redderetur talibus Creditoribus, non quidem

 ipso

ipso jure, sed per exceptionem. Neque enim hoc Senatusconsultum facit, quò minùs obligatio oriatur, tum naturalis, l. *Quia* 10. *hoc tit.* tum civilis, *l. tamen* 11. *h. t.* Ubi condemnari potest filiusfam. ex mutuo sumpto: quod non foret, nisi subesset civilis obligatio; quia naturalis sola non est efficax ad Actionem. Et facit quod exceptio ex S. C. detur, quæ supponit Actionem, cujus est exclusio.

2 Senatusconsultum hoc factum temporibus Vespasiani Imp. ante cujus tempora per legem Lætoriam circumscriptio Adolescentum intra viginti quinque annos vindicata, non factâ mentione fœnoris, ad quam respicit Plautus, *in Pseudolo*, eam quidem vicenariam vocans: sed quia per creditores lex ista eluderetur, Claudius lege latâ eorum sævitiam coërcuit, ne in mortem parentum filiisfam fœnori darent, Tacitus 2. *Annal in princ.* Sed & hanc neglectam revocavit Vespasianus, qui auctor fuit Senatui decernendi, ne filiorumfam fœneratoribus jus exigendi crediti umquam esset, Id est, nequidem post mortem patris. Sueton. in *Vespasiano c.* 11. Nomen huic S. C. inditum, non à Principe, tamquam auctore, nec à Consulibus, ut moris, sed à Macedone quodam, præclaro Adolescentum circumscriptore: cujus finis est, ut improbi fœneratores deterreantur à circumscribendis filiisfam: dum sciunt, qui pessimo exemplo fœnerant, nullius filiifam. nomen, exspectatâ patris morte, bonum fieri posse.

3 Quis crediderit, privatus, an civitas, non refert, *l. Nihil.* 15. *h. t.* quia satis est, creditum esse filiofam. ut exceptio ex hoc S C. competat, nihil faciente creditoris dignitate, etiam consulari, *l.* 1. *§. fin. h. t.* quia subest nihilominus ratio Senatusconsulti, sive sit in potestate Patris naturalis, sive Adoptivi, *d. l.* 1. *§ pen.*

4 Loquitur autem S. C. de filiisfam. pertinet tamen & ad filias, *l. Sed si* 9 *§. hoc S. C. h. t.* nam & illis eadem obtinet ratio, & masculinum concipit fœminium, *l.* 1. *inf. De V. S.* Pertinet quoque ad nepotes *l pen. C h. t.* & pronepotes, si non ex verbis, saltem ex mente, & interpretatione Senatusconsulti: nihil obstante jussu patris, qui ipse in ea caussa est, ut mutuum invito patre accipere nequeat, *l Filium* 14. *h t.* Competit non tantùm existenti in patria potestate, sed etiam eâ liberato, *d. l.* 9. *in pr. & § quamquam*; vel quia transivit in potestatem alterius, vel quia pater mortuus, vel desiit esse in civitate; quia needum cessat S. C. mens, *l.* 7. *§. si filius h. t.* ad quam sa is est semel illegitimè datum esse mutuum.

5 Est & hæc exceptio patri, non tantùm filio vivo, sed & eo mortuo, & cujus habet peculium, *l. pen.* C. *d. tit.* Fidejussori quoque, & mandatori, *d. l.* 9 *§. non solum*, ne quod unâ viâ prohibitum, alterâ videatur concessum; cum isti habeant ex mandato regressum contra filiumfam. quâ viâ eluderetur S. C. nisi fortè donandi animo intercesserint; quia tunc cessat Senatusconsulti caussa. Ex eadem ratione, & hæredi concessum uti hac exceptione, *d. §. quamquam.*

6 Dubitatur, An ista d S. C. habeat locum in foro interiori? Quod posset videri negandum; cùm, & naturalem, & civilem ex tali mutuo dixerimus oriri obligationem. Quo non obstante affirmat Innoc. in *c. Quia plerique n.* 5. *De Immunit. Eccles.* & Panorm. in *c. Novit.* 13. *n* 31. *De judic.* etiam in foro interiori exceptioni illi locum esse; ex ratione quòd justa lex inducta in bonum publicum, ad reprimendas aliquorum creditorum nequitias, uti hoc in casu, *d. l.* 1. *in fine princ.* potuerit illos jure suo privare; atque ita operetur etiam in foro conscientiæ: quod & tradit Covarr. *De pactis p.* 2. *§.* 3 *n* 6. Adeò ut dicat Batt. *in Constitut. Ad reprimendum V. denuntiationem n.* 12. nequidem denuntiationem Evangelicam filiosam. opponi posse. Quod & tradit Abbas, *ad d. c. Quia plerique n.* 26. qui ibidem addit, inter Christianos debere cessare hoc Senatusconsultum; quia cessat ejus caussa: verùm ut caussa cessare deberet; non tamen tam benè cum Republic. Christiana agitur, ut ea sit Filiorumfam. innocentia, quæ hac noxâ non inficiatur. Sunt enim exempla in contrarium, & ut rariora possint esse, cùm tamen sint, Senatusconsulto sua vis relinquenda, Gomez. 2. *Variar. Resol c* 6. *num.* 2. Quomodo & apud Hispanos similis illi est *lib.* 5. *Partis tit.* 1. *lib.* 4.

7 Utitur S. C. nomine *Pecuniæ*, & quidem angustè, accepto tantùm pro numerata pecunia, propter paratam in ea corruptelam; cùm ad omnem usum valeat, ideoque perniciosa ejus mutuatio Parentibus, quæ non est eadem aliis in rebus, *l.* 3. *§ is autem* 5. *l.* 7. *§. mutui h t.* Quâ ratione ex empto, aliove Contractu obligatus, etiam cum usurarum accessione, non utitur hoc Senatusconsulto; quod non titulus Actionis, sed Obligationis origo consideretur, *l.* 3. *C. h t.* nisi fraus adhibita fuerit, dando alias res; veluti frumentum, oleum, vinum, ut his distractis pecunia habeatur mutua, *d § mutui*: neque enim fraudi est indulgendum. Hæc ita non tantùm ante sententiam; sed

l. Tamen 11. *h.t.* propterea quòd hæc exceptio sit inter peremptorias, sententiam non impugnantes, sed tantùm executionem, ne improbitas creditorum sit impunita, & unâ viâ prohibitum videatur aliâ concessum.

8 Cessat hoc S.C. variis casibus Primò, si jussu, vel consensu Patris, saltem tacitè, acceptum sit à filiofam. mutuum, *l.* 2. *&* 4. *Cod. hoc tit.* quia cessat ratio S.C. Quod & obtinet, si fidejussor accesserit, ex patris consensu. Hinc tabernæ à parte præpositus censetur ejus consensu capere mutuum, *d. l.* 7. *§. interdum.* & hoc, si nomine mercium. Idem operatur ratihabitio; quia instar est mandati, *l. fin C. eod.*

9 Ubi Quæri posset, An dicendus sit pater consensisse, cujus sigillo chirographum est signatum? Non videtur, eò quòd, si alia non adferatur probatio, per quam de scientia Patris pateat, res subornationis fraude non careat: & possit videri imprudens Pater ex alia caussa signasse, *l.* 1. *Cod. Plus valere quod agitur*, *&* *l.* 2. *Cod. De reb. alienis non alienan.*

10 Secundò, Si publicè Paterfam. habitus, non vanâ simplicitate deceptus, nec juris ignorantia, sed facti credideri; ut quia sic ageret, sic contraheret, sic muneribus fungeretur, ut publicè sui juris haberetur, *l.* 3. *in princ. h.t.* Error enim iste probabilis excusat mutuantem; uti & excusabit, si talis filius vectigalia conducta habuerit, *d. l.* 3. §. 1.

11 Tertiò. Si simulaverit se patremfamilias, idque persuaserit creditori ignaro conditionis ejus, *l.* 1. *C. h.t.* nec enim mendaci, & deceptori subvenire. S.C voluit. Est tamen creditoris docere, se ignorasse talis debitoris conditionem *d. l.* 1. cùm qui fundamentum intentionis constituit in allegatione ignorantiæ, is eam approbare debeat, Cujac. *d. loco*; etsi aliud velit Glos. & Bart nam aliàs facile foret allegare ejusmodi ignorantiam, & eludere Senatusconsultum. Hinc si duo mutuum dederint, quorum alter scivit esse filiumfam. alter ignoravit, utrique nocere, severiùs receptum esse, in odium creditorum, habet *l.* 7. §. *proinde* 7. *h.t.* Qui duos accepit filiosfam. reos, quorum alterum patremfam. credebat; interest ad quem pecunia pervenerit; ut si ad eum, quem sciebat filiumfam. esse, exceptio obtineat; non, etiamsi ad alterum, quem credebat esse patremfam. *d. l.* 7. §. *item si duos.*

12 Quartò, si in rem patris pecunia sit accepta: uti studiorum, vel legationis causâ, aut in alios necessarios sumptus, quos pater non recusaret, *l.* 4. *&* 5. *C. h.t.* quia cessat ratio Senatusconsulti: si tamen probabilis modus non excedatur, *d. l.* 7. §. *quod dicitur.* Idem est, si in eam rem acceperit filius, quæ patris oneribus incumbit, veluti ad dotandam sororem, quod onus est patris, in cujus rem pecunia versa, *l. Filiusfamilias* 17 *h.t.*

13 * Quod & obtinet in aliis casibus, quibus pecunia sumpta, eâ occasione, ut in rem patris verteretur, *d. l.* 7. § *proinde si acceperit* 12. quia non sibi, sed patri accepit filius. Quod si acceperit quidem, ut verteret in rem patris, nec tamen vertit: nisi probabiliter constiterit, creditum in rem patris cap., non cessabit Senatusconsultum, quia imputabit creditor suam sibi facilitatem juxta dicta de actione exercitoria, *per l. fin. illo tit.*

14 Quid si è contrà accepta fuerit, non ut verteretur in rem patris, & tamen versa fuerit? Videtur cessare S.C ex æquitate, quæ non fert damno alieno aliquem locupletari. Verùm contra responsum ab Ulpiano; *l. Sed si* 9. § *hoc S.C. h.t.* ne quidem si extent nummi cessare S.C. Quod ita ex severitate placuit, in odium creditoris, cujus improbitas non cessat, ut tradit Bald. *in l.* 5. *hoc t.* Castr. & Bart. *ad d.* §. *hoc S* C. Costalius *ibid &* *ad l.* 7. §. *si filiusfam h.t.* Non obstat *d* § *proinde*, quia ibi præsumitur animus vertendi in rem patris adfuisse, quem hic ponimus omnino defuisse.

15 Quintò, si filiusfam. sit miles, *l fin C eod* quia cùm habeatur pro eo, qui sui juris est, non indiget consensu patris; nec est inquirendum, in quam caussam insumpserit. Idem est, si castrense peculium habeat, saltem quoad ejus quantitatem, cùm filiifam. in castrensi peculio vicepatrumfam habeantur *l.* 2. *h.t.* Quod & dicendum, si adventitium habeat pleno jure suum, secundùm casus relatos in *l.* 6. *C de bonis quæ liberis in potest &c.* nam cessat negotium patris, & ratio Senatusconsulti.

16 VI. Si pro alio fidejusserit; quia non potest dici sumpsisse mutuum, nisi colore quæsito Senatusconsulto sit facta fraus, *l.* 7. §. 1 *h.t.*

17 VII. Si filius stipulatus quidem sit sibi mutuum dari: non tamen numerata pecunia, nisi facto sui juris, *l* 3 *&* 4. § *fin h.t.* Nam quod dictum, filiofam. credi non licere pecuniam, non ad verba sive contractum, sed ad numerationem pertinet, *l.* 4. *h.t.* quæ contigit tempore licito, ut in solidum damnandus veniat, *l* 5. *h t.* Unde & è contra, si stipulatus Paterfam. fuerit sibi Mutuum dari, & postea Filiofam. facto

numerata pecunia sit, exceptioni locus erit, quòd numeratio, quæ inspicitur, contigerit tempore illicito, *l.6.h.t.*

18 VIII. Cessat hoc S.C. si Pater solverit Mutuum à Filiofam. sumptum, quia approbavit caussam debiti. Idem si Filius Paterfam. factus solverit, *d.l.7.§.pen & fin.* Nihil obstante Exceptione perpetuâ, quæ non prodest ad condictionem; nisi iis, quorum causâ Exceptio inducta; non etiam, si in odium ejus, cui debetur: ut hoc in casu, quo obligatio, quæ subest, removet condictionem, 19 *l. Qui exceptionem 40. sup. De condict. indeb.** Dico paterfamilias factus; nam à filio soluta pecunia, qui ejus non habet alienationem, extans vindicari potest per patrem, *l. Si filiusfam. 14. sup. de reb. cred.* etiamsi illa pecunia donata fuerit filio, *d.l. 9. §.1.* quia & talis cadit in peculium adventitium, quod non perdit filius; credendo autem perdet: nisi donata fuerit eâ conditione ut creditori suo solveret, *d.§.1.* quia patri nihil decedit, & non aliàs ista pecunia est in peculio, quàm cum ista caussa. Et hoc, si pecunia extet.

20 Quid si consumpta fuerit? Contraria hanc in rem videntur responsa: nam, Ulpiano referente: in *d.l.9.§.1.h.t.* Julianus ait, donatæ ab alio simpliciter pecuniæ filiumfam. alienationem non habere: ideòque si solverit, condictionem patri competere ex omni eventu, id est omni modo, sive extiterit, sive non. E contra, eodem Ulp. referente in *d.l. Filiusfam. 14. sup. De reb. cred.* Marcellus vult cessare condictionem; subjunctâ ratione, quod toties ex consumptione detur condictio: quoties ex caussa numerata fuit pecunia, ex qua potuisset actio, id est condictio esse, si dominium ad accipientem transisset, in proposito autem non ita esset. Cujus rationem Cujac. 14. *Obser. c.35.* ponit in obligatione, quam huic mutuo subesse diximus, removente condictionem etiamsi solutio facta sit per errorem facti, quem nihil facere ad condictionem, quando subest obligatio, dictum supra, *De condict. indeb.* Cui non obstat *l. Cùm tamen 8. h.t.* in qua ignorantiâ facti solutum à curatore repetitur: nam hoc ideo, ne curator, qui bonâ fide ignarus pecuniam sumptam contra S.C. solvit, facilè versetur in damno; in quo versaretur, si id, quod solvit, repetere non posset: quia adolescenti reputari non posset. Videtur autem Cujac. *d. loco* agnoscere Julian. à Marcello dissensisse hac in parte, ut ferè semper solet: quod tamen minùs respondet Justiniano adserenti, non dari repugnantiam in legibus. Unde Jul. Paclus *cent. 4 q.65.* aliter conciliare conatur has leges, distinguens, An Creditor bonâ fide pecuniam à filiofam. acceptam consumpserit, an mala. Illo casu cum Marcello denegat condictionem, propter bonam fidem, & obligationem, quæ subest: hoc vero condictionem vult competere, eamque Furtivam: quòd mala fides faciat contrectationem talis pecuniæ incidere in caussam furti. Et licet dictæ leges loquantur indistinctè, non facta mentione bonæ, vel malæ fidei, adjuvatur tamen ista conciliatio per *§. Nunc admonendi Inst. Quibus alienare licet, l. Rogasti 11. § fin. sup. De reb. creditis & l.1.§. si rem à servo inf. Depositi*, Quarum aliquæ distinguunt inter bonam, & malam fidem, aliquæ existentis pecuniæ dant vindicationem, aliquæ consumptæ per malam fidem dant condictionem.

21 Solutio itaque removet exceptionem quæ scilicet facta per patrem, non etiam per filium; quamvis post mortem Patris, cujus est hæres filius, condicere non possit pecuniam, licet Pater, cujus est hæres, potuerit, *l. si non sortem 26. §. si filiusfam. sup. De condict. indeb.* quia veniret contra proprium factum, Castrens. *ibi.* Deinde ex ejus parte subest obligatio, *l. Quia 10 h t.* removens condictionem, secundùm dicta supra *tit. De condict. indeb.* Idem obtinet in fidejussore, ut & hic quod solvit nomine filiifam. non repetat, *l. Sed si 9. §. pen. h. t.* quia quantùm in se approbat debitum. Et hoc ita, si tota pecunia soluta fuerit.

22 Dubium, quid juris sit, si pars tantùm, An scilicet possit Pater cogi ad reliqui solutionem? potest videri cogi non posse, *per d. l. 9.* ubi Exceptio denegatur tantùm usque ad quantitatem Pignoris. Contra tamen responsum in *d l.7. § fin hoc tit.* parte soluta cessare S.C. & *l.2. Cod eod.* Ubi, agnito debito, cessat Amplissimi Ordinis decretum: agnitum per solutionem partis. Ratio differentiæ inter pignus, & solutionem obscura est, ut possit videri idem statuendum esse: nihil obstante *d. §. fin.* quia restringi posset ad partem solutam. * 23 Est tamen recepta hac in re differentia inter Pignus datum, & solutionem jam dictam. Putat Cujac. *in recitat. C. h. t.* severitatem S. C. in pignore exegisse hanc interpretationem, *d. l. 7. §. non solum*: cùm aliàs petitio sortis non soleat accipere modum ex pretio pignoris, quæ sors, sive pignus sit pluris, sive minoris, eadem permanet. *l. Si pro mutuo 8. C. Si cert. petat.* Posset poni ratio differentiæ in eo, quòd solutio sit magis spontanea,

manea, atque ita faciat videri debitum agnitum à solvente; Pignoris vero datio coacta,. Deinde quod hoc accipiens videatur eo contentus, *arg. l. A divo Pio §. si pignora inf de re judic.*

24 Idem quod solutio, operabitur & expromissio, & novatio facta per filium jā sui juris, quia videtur agnovisse debitum, *l. 2. C. h. t.* nisi ex ignorātia facti, ut quia ex alia causa se debere credebat, faciat opponi exceptionē petenti ex tali stipulatione, quia deest consensus, *l. fin & ibi Gloss. §. fin. h. t.*

De Pupillo mutuum dante non est quærendum, ex eo, quòd data per eum pecunia non fiat mutua, quæ proinde vindicatur, *d. l. 3. §. proinde h. t.* Idem dicendum de filiofam. credente *d. l. 3. §. si*

25 *filiusfam.* Si à Minore pecunia credita fuerit Filiofamilias minori, melior erit causa consumentis, *l. Verum 11. §. pen sup de minor.* nisi locupletior factus fuerit, *l. si minor 34. sup. eod. tit.* Si filiusfam. qui pecuniam accepit, Major fuerit, tunc ætatis ratio prævalebit Senatusconsulto; & hoc per restitutionem in integrum, viâ replicationis, adversus Exceptionem Macedoniani, *d. l. 11. § fin.* Quod in simili vitio sit Filiusfam. i. e. mutua verit Filiof. minùs rectè illi objicitur; non obstante, quòd frustra legis auxilium imploret, qui ipse in eam commisit, & quòd delicta tollantur mutua compensatione: nam hoc verum est, quando circa idem versantur, Innoc. in *c. pen. n. 4. ✠ de adult.* Non oberit etiam filiofam., quod una cum alio sui juris Mutuum acceperit, & correum debendi se constituerit: nam nihilominus pro sua parte utetur Senatusconsulto; contra quod eatenus peccatum. Alteri hac ex causa minimè subvenitur, quòd obligatio hæc dividi possit & correis sit beneficium divisionis, secundùm aliquos, ut dicetur infra, *ad tit. De duobus reis.*

26 Quò facit regula, quòd persona non privilegiata concurrens cum privilegiata, non gaudeat hujus beneficio; nec eam impediat uti suo privilegio, Jason in *l hac consultissima §. ex imperfecto num. 11. C. De testam.* In quam rem facit *l. Mulieri 74. inf. De cond. & demonst.* Ubi privilegium mulieris non prodest conjuncto.

27 Superest videre, An exceptio cesset per renunciationem filii? Negatur hoc omnino quòd eadem facilitate renuntiet, qua mutuum accepit, eademque maneat Creditoris improbitas, in cujus odium Senatusconsultum est inductum, non etiam in favorem filiorumfam. *l. Qui exceptionem sup. de condict. indeb.* ut procedat regula, quòd nemo renuntiet: nisi favori pro se introducto. Deinde si quis subest favor, ille Patrem concernit, ut: per filium ei non renuntietur, cùm alienum jus nostro facto non diminuamus. Contrarium tamen vult Zasius, *2. Respons. cap. 28.* & quidem contra totum, ut scribit, orbem; sed argumentis minùs firmis. Nam quòd vult filiumfam. peccare utendo hoc S. C. verum non est, uti ante diximus, falsò allegans in hoc Innoc. in *c. plerique ✠ de immunit. Eccles.* Deinde hæc ejus sententia facit cessare odium improbi creditoris, quod lex in commodum publicum punire voluit. Vid. Fachin. *lib. 2. cap. 62.*

28 Unde quæritur, An saltem juramentum appositum removeat exceptionem quoad filium? Posset hoc videri, quòd juramentum, quatenus servari potest, servandum sit, ut hoc in casu. Covarr. *De pactis p. 2. cap. 3. n. 6.* & videtur probari *d. l. 9. §. 1. h. t.* Ubi quatenus non subest Patris præjudicium, solutum à filio non repetitur. Nec facit, quòd in odium creditorum hæc inducta sit Exceptio; cùm non ideo inhibitum sit filiofam. ne solvat; sed tantùm concessum, si velit, excipiat. Facit etiam, quòd, & naturalis, & civilis obligatio subsit, ut ante dictum: & ita tenet Gomez. *2. Variar. Resol. c. 6. num. 2.* Non est tamen improbabilis contraria sententia, imo probabilior, supposita lege justa; nam licet solvere tale Mutuum absolutè non sit malum, solvere tamen ex tali obligatione turpe est, & contra bonum commune à lege intentum, cui non expedit tale mutuum solvi, propter periculum tertii, juxta *c. Cum contingat 28. ✠ De jurejur* quod inde caussari posset. Quomodo etiam nihil facit, quod ex tali mutuo oriatur obligatio naturalis, & civilis; quia hic non agitur de ipsa obligatione, quæ in se nihil mali involvit, quam & ideo lex non irritat; sed tantùm de coactione solvendi impedienda per exceptionem, quæ tendit in præjudicium tertii, scilicet parentis, ut ideo non debeat habere effectum juramentum. Posito tamen juramentum servandum esse, secundùm priorem sententiam, non est dubium; quin relaxetur in odium Creditoris, ad cavenda Parentum pericula: etiam in casu, quo quis juravit solvere post mortem patris, quod ei nihilominus vivo sit periculum. Mortuo patre, quin renuntiatio etiam non jurata teneat, non est dubium; quia tantùm agitur caussa filii, neutiquam patris, qui rebus humanis exemptus est. Eadem ratione etiam renuntiatio soluti patria potestate tenet, & removet exceptionem.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 6. Ad Sc. Macedonianum.

AD *n.*1. Hoc beneficium continet, quod his, qui filiisfam. pecuniam mutuam dederunt, actio & petitio ex ea causa denegetur: quibus autem competat hoc privilegium, *vid eleg.* Enenckel *de privil parent. privil.*11.*c.*1.*& c.*2. Paul. Christinæ *vol* 3.*decis. Belg.decis.*35.

*Ad n.*11. Quod esset hoc Sc. in Scholasticis. vid. *eleg. ap.* Horat. *Luc de privil* Schot *privil.*18 *&* 19.

*Ad n.*27. Quod filiusfam, Sc. Maced. renunciare non possit confirmatur, duobus fortissimis argumentis. 1. Quia hoc SCtum respicit utilitatem publicam, ne videlicet filiorum mores, pecunia mutua supra probabilem modum illis credita, & ita luxuriæ causa subministrata, pessimo exemplo corrumperentur. *l.*1 *ff.h.t* ideoque privatorum pactis, huic Juri utilitatis publicæ causa, statuto & introducto renunciari non potest *l.*7.§.*si pacis car ff. de pact* 2. Stabilitur hæc conclusio *per l.*11.*h.t.* ubi traditur, filiumfam. posse opponere hanc exceptionem post sententiam. Itaque cùm omnes exceptiones debeant regulariter opponi antesententiam & allegatio hujus exceptionis admittatur nihilominus post sententiam, cum jam tempus, proponendis exceptionibus definitum, elapsum sit, hinc consequitur, filiumfam, non posse tacitè huic exceptioni renunciare, dum sciens passus est tempora proponendæ hujus exceptionis elabi & effluere: Ergo nec expressè filiusfam. renunciare poterit huic Scto: quia taciti & expressi eadem est virtus *l.*3 *ff. de reb. credit.*

FINIS LIBRI XIV.

HENRICI ZOESII J.C.

IN LIBRUM XV.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De Peculio.

SUMMARIUM.

1. *Peculium unde dictum, & quid.*
2. *Servus contrahendo obligat dominum.*
3. *Actio de Peculio cui, quando, & in quem detur.*
4. *Ratio inducta hujus actionis.*
5. *Ad quid detur.*
6. *Requisita in hanc actionem.*
7. *De dolo venditoris non tenetur emptor.*
8. *In peculio quæ esse possint.*

Post

Post Actiones ex contractibus, per eos, qui in aliena potestate sunt, initis, quibus in solidum agitur, subjiciuntur hoc libro aliæ, quibus solidum non consequimur. * Et primò quidem de Peculio, quod dictum quasi pusilla pecunia, vel patrimonium pusillum. A Tuberone definitur, esse id, quod Servus Domini permissu separatum à rationibus dominicis habet, deducto inde, si quid domino debetur, *l. Depositi 5. in fine hoc t.* Dicitur Domini permissu, quia non tam spectatur, quid Servus habeat, quàm quæ Dominus Peculii nomine concesserit. Cujusmodi permissio intelligenda, sive expressa, sive tacita: nam & ignorante Domino, potest Servus in Peculio quid habere, si tamen Dominus id resciens esset passurus in Peculio esse, *l. Non solum 49. h. t.* Dicitur, separatum à rationibus dominicis: quia potest & alias res, extra peculium constitutas, administrare. Verba postrema ideo addita: quia Domino debitum non potest censeri in Peculio esse. Servum hic capimus, vel proprium vel alienum, liberum hominem, bonâ fide servientem, fructuarium, *l 1. §. fin. hoc tit.* Quod dictum de Servo, idem & in Filiofam. obtinet: nam & huic Peculium est respectu Patris: & quidem duplex, paganum, & castrense. De hoc hic non agitur: sed de illo tantùm. * Servo unum duntaxat est Peculium; neque aliter quàm contrahendo obligat Dominum Servus: non etiam fidejubendo, vel mandando, nisi suo Creditori solvi mandarit, quia aliàs non agitur Peculii caussa, *l. 3. §. Iulianus cum l. seq. hoc tit.* Compromittendo etiam non gravat Peculium, *d. l. 3. § si servus*: neque enim si Servus compromiserit, cogendus dicere sententiam Arbiter: quòd compromissum sit redactum ad similitudinem judiciorum, *l. 1 sup. De re. ceptu arbit.* judicium autem consistere cum servo non posse, *l. Cum servo 107. De R. I.* In filiofam. hæc res se aliter habet, qui compromittere, vel fidejubere potest, & jusjurandum deferre Creditoribus, *d. l. 3. § sed si 9 cum § seq. & l. 5. §. 2. hoc tit.*

2

Datur itaque Creditoribus Actio de Peculio Filiifam. & servi. Cujus sit sexus non refert, *d. l 1. §. de eo*: uti nec cujus ætatis; modò ex eo contractu cum impubere locupletius sit Peculium, *d. l. 1, §. si cum impubere.* Idque in Patrem, vel Dominum, Ubi etiam non refert, cujus sexus sit, cum & Mulier Domina de Peculio conveniatur, *l. 3. §. parui h. tit.* Uti nec refert, cujus sit ætatis, cùm & Impuberes de Peculio obligentur, jam scilicet constituto: de novo enim non constituunt, ne quidem Tutore Auctore, *d. l. 3, §. in furiosi & l. 7. §. 1. hoc t.* quòd non agatur eorum commodum. Dominus si Furiosus fuerit, in Curatorem ejus Actio est, *d. l. 3. § in furiosi.* Unus, vel plures sint Domini, non interest; quo tamen casu Creditori licet experiri in eũ, quem elegerit quia iniquum esset in plures Adversarios distringi eum, qui cum uno contraxit, *l. Et ancillarum 27. in fine h. tit.* Datur etiam hæc Actio ex delicto Servi, vel filii, quatenus locupletior Dominus, vel Pater factus est, *l. 3. § pen. h. t.*

3

Inductæ hujus Prætoriæ Actionis ratio est, quòd lex civilis Actionem non dederit: nisi quatenus quisque contraxisset, ne alienum factum alium gravet, *l. 1. C. Ne filius pro patre.* Verùm: quia æquum erat, non decipi contrahentes bonâ fide cum filiisf. vel servis, quibus administratio Peculii concessa, cujus commodum Patri, vel Domino cedit: ideo Prætor hanc actionem induxit, ut, quibus commodum cedit Peculii, eosdem & onus teneat, secundùm regulam juris; quòd ex qua re commodum quis sentit, ex eadem & onus subterfugere non debeat: * Non ultra tamen, quam Peculii vires fuerunt: cum non sit voluntas Patris, vel Domini se obligare ultra ejus quantitatem, deducto eo, quod sibi debetur, quia prævenisse Dominus, & cum Servo egisse creditur, *l. sed si 9. § peculium h. t.* Quod etiam dicendum, si quid debeatur his, qui sunt in Domini potestate; nam id domino deberi non ambigitur, *d. l. 9. §. huic.* Idem est in debito iis, qui sunt in tutela, & cura Domini, vel quorum negotia administrans cessante tamen dolo, quod videatur à se exegisse, qui tutelam, vel aliorum negot. a gerit, *d. l. 9. §. praeterea.* Creditor quoque Servi hæres Domini conventus de Peculio deducit, quod sibi debetur, *d. l. 9. § sed &.* Et hæc ita, sive ex contractu debeatur, sive ex rationum reliquis, vel etiam ex delicto, uti furto, ubi tantùm furti æstimatio veniet, non etiam pœna, *d. l 9. § sive autem*, quod non debeat ex pœna locupletari Dominus, cum aliorum præjudicio. Venit etiam quod Dominus Servi nomine obligatus præstitit, & quod ei creditũ jussu Domini: ita tamen, si jam Domino abfit; quia aliàs non deducit, sed Creditori cavendũ de eo refũdẽdo, quod postea Domino abfuerit eo nomine, *d. l.*

4

5

d. l. 9 *in fin* Nec tantùm deducitur quod Domino debetur, sed & socio ejus, propter rerum communionem.

6 Quæ ita procedunt; primò, si aliunde Dominus, vel pater nō potuerit consequi sibi debitum, *d. l. 11. §. quod autem 6.* nam aliàs æquum non erit, ut deducat de peculio in gravamen Creditoris. Secundò, si semel deduxerit de peculio, quod sibi debetur, iteratò non deducet, ne idem bis sibi solvat. Si tamen realiter deduxerit: nam si imputavit quidem primo Creditori, peculio tamen illibato, non est iniquum, si alio Creditore agente deducat, quia idem est peculii status, *d. l. 11. § est autem.* Tertiò, si Dominus, vel pater dolo fecerit, quò minùs in peculio sit; ut illud adimendo, cum sciret creditorem secum actutum, aut aliò avertendo, intticando, *l. Summa* 21. *h. t.* repræsentat enim dolus rem. Ubi dolus Tutoris, Curatoris, procuratoris, qui solvendo sunt, nocebit pupillo, furioso, domino: maximè si ad eos aliquid pervenerit,

7 *d. l. 21. §. 1.* * Emptor non tenetur de Venditoris dolo, quia successor singularis, uti nec hæres, licet universalis, *d. l. 21. § emptor.* quia hæredem non tenet dolus defuncti, nisi quatenus ad eum pervenit, aut si agatur ex contractu, cui dolus inest, vel bona fides, *l. hoc jure* 152. *de R. I.* Quartò, nisi debitum sibi per servum remiserit, etiam nuda voluntate: nam remissio facit debitum non esse. *l. Stichum* 95. *§. naturalis inf. de solut.* ut nihil

8 deducendum veniat, *l. 4. §. 1. h. t.* * In peculio esse possunt omnes res, quas dominus esse voluit: non nuda tamen voluntate: sed traditione, vel quasi *l. 8. h. t.* sive mobiles, sive immobiles: nec tantùm, quas servus comparavit: sed & ejus Vicarius, ipse etiam Vicarius, nomine debitorum, & quod debetur ex actione furti, vel alia, hæreditas item, & legatum, *l. 7. §. in peculio h. t.* debitum quoque ab ipso Domino, in cujus rationes impendit servus, & qui Debitor manere voluit, *d. l. 7. §. pen.* Dico voluit: nam potuit nolle, *d. l. 8.* A Domino datum damnum non est in peculio, *d. l. 9. in princ.* quia cessat ejus voluntas: à Conservo tamen damnum datum, per furtum, vel aliàs, est in peculio, *d. l. 9 §. 1.*

TITVLVS II.

Quando de peculio actio annalis est.

SUMMARIUM.

1. *Actio de peculio perpetua quando cesset.*
2. *Extincto peculio actio quando ad annum producatur.*

Actio de peculio personalis est, & perpetua 1 quamdiu filius, vel servus est in potestate, *l. 1. §. 1 h. t.* Extincto peculio, quod contingit variis modis, ut per mortem, alienationem, liberationem à patria potestate, manumissionem, ademptionem peculii, etiam nuda voluntate: cessante tamen fraude, cessat quoque Actio circa peculiū: quia quod non est, non habet qualitates & differentias. * Ne tamen ille qui bona fide contraxit 2 cum servo vel filiofam. defraudetur, Actio summo jure extincta producitur ad annum, eumque utilem, exemplo aliarum Prætoriarum, *d. l. 1. in princ. & § 2.* quia sufficit ut interea temporis Creditores sibi consulant, *d. l. 1. § meritò.* Ubi etiam post extinctum peculium habetur ratio accessionum & decessionum ex fructibus fœtu pecorum, partu ancillarum, *l. fin. h. t.*

TITVLVS III.

De in rem verso.

SUMMARIUM.

1. *Actio de in rem verso quando detur.*
2. *Versum in rem quid & quando intelligatur.*
3. *Vicina est hæc actio illi de peculio.*

Secunda Actio est de in rem verso ex contractu 1 filii, vel servi, in patrem, dominumve competens, de eo quod ex facto servi in ejus utilitatem, vel patrimonium redactum: veluti emptum triticum in alimenta familiæ conversum, servus necessarius domino emptus. Dico necessarius; nam si non necessarius, tantum in rem domini Versum censebitur verum ejus pretium: cum aliàs insolidum teneretur Dominus, *l. 5. in princ h. t.* Varia exempla, quibus in rem Domini quid Versum censebatur, refert J. C. *in l. 3 5. 7. & aliis h. t.* Ratio hujus actionis est, ne Dominus alieno damno locupletior fiat. Versum in rem intelligitur, prout aliquid versum est: * proinde si pars est versa, de parte erit Actio, *l. si pro parte* 10. *§. in rem h. t.* 2 Versum sic accipimus, ut duret versum, & nō sit à Domino solutum servo, *d. l. 10. §. versū autē & §. idem quærit.* Versum in rem intellige, quod utiliter, vel necessariò impensum in Domini rem, vel saltem in eum finem acceptum, ut verteretur; etsi cōsilio non responderit eventus, *l. 1. § 1. & § unde h. t.* qui non est in potestate agentis. Calliditas tamen

men servi simulantis se in rem Domini Versurum non excusabit Creditorem, si non verterit, qui suam sibi imputabit facilitatem credendi, ne ea Domino obsit; etiam in casu, quo servus solitus erat vertere acceptum in rem Domini, quia curiosius debet esse Creditor, quò vertatur *d.l.3.§. sed si.* Ut in hac actione requiratur major diligentia, & cura, quàm in exercitoria; in qua satis est subesse caussam mutui, sine cura, ut impendatur, *l.fin. in fine sup. de exercitor.* ex eo, quod subsit voluntas præponentis, quæ hic non subest, ut debeat esse Versum in rem. * Vicina est illi de peculio, & hæc illi inest, cùm quod in rem versum est, id naturaliter servo Dominus debeat, *l 1.§.fin h.t.* quomodo etiam una actio dicitur *Instit. Quod cum eo qui in aliena pot. § in rem.* & de peculio actione perimitur hæc de in rem verso, quia in peculium conversum est, quod in rem Domini versum, *d. § fin.* Sunt tamen diversæ utriusque condemnationes: nam de in rem verso condemnatio fit in solidum, quatenus in rem versum, *§. Præterea Instit. d. tit.* de peculio non damnatur Dominus, nisi in id, quod superest, deducto eo, quod sibi debetur, secundum dicta supra de peculio. Non potest tamen videri frustranea hæc de in rem verso actio ex eo, quòd contingat actionem de peculio cessare per mortem, manumissionem, lapsum anni utilis, ademptionem peculii: tunc enim huic actioni locus erit, quæ perpetua est, durans etiam post extinctum peculium, *l.l.§.h.t.*

TITVLVS IV.

Quod Jussu.

SVMMARIVM.

1. *Per jussum quid hic intelligatur.*
2. *Non tenetur quis ultra quam jussit.*
3. *Actio hæc ex quorum jussu & quos teneat.*
4. *Concurrit cum aliis actionibus, & quæ tunc eligenda.*
5. *Tributoria & de peculio actiones invicem excedunt.*

Meritò, inquit Ulpianus, *l 1.h.t.* ex jussu domini in solidum adversus eum judicium dari: nam quodammodo cum eo, qui jubet, contrahitur; cùm ejus fidem contrahens sequatur. * Jussum accipimus, sive testatò quis, sive per epistolam, sive verbis, sive per nuntium sive, specialiter in uno contractu, vel generaliter jusserit. Et ideo si sic contestatus sit, *Quod cum servo meo negotium gerere voles periculo meo,* videtur ad omnia jussisse; nisi lex certa quid prohibeat, quæ servanda; * neque enim æquum est teneri aliquem ultra quam jussit, *l.5.h.tit.* vel nisi revocatus sit jussus, & ille, quem concernit, certioratus *d l.1.§ sed ego*, sive dominus sit, qui jussit, aut pro domino habitus; sive fructuarius, *d l.1.§ penult.*

3 Tutoris, Curatoris jussus tenet eos, quorum servus est, cùm quo jussum contrahi modo in eorum utilitatem creditum, *d.l.1. §.fin & l 2. h.t.* Quod & in procuratore dicendum, si verus sit; aliàs ipse tenebitur, *d §.fin.* Cum alieno servo, qui jussit contrahi, vel etiam libero homine, etsi teneatur directâ actione, quia ejus persona sola spectatur, non tamen hâc Quod jussu, quæ tantùm spectat ad negotia gesta cum iis, qui nostra sunt in potestate, sive masculi, sive fœminæ, *d.l.1§ 1.* Nec confirmabitur hæc actio, quòd nostra fortè in potestatem venerint; eò quòd ab initio inutilis actio ex eventu non confirmetur, *d.l.2. in fine* Si duo Domini sint qui jusserunt, uterque tenetur, & cum quovis agi potest. Si unus tantùm jusserit, is solus tenetur, *l fin. h.t.* Jussisse videtur etiam, qui mandavit, subscripsit chirographo, ratum habuit, non etiam qui fidejussit, quia fidejussio est extranei, *d.l.1.§.sed si cum seq.*

4 Cæterùm cùm contingat actiones ex supradictis plures concurrere; uti quod jussu, institoria, exercitoria, de peculio, de in rem verso, quarum aliæ aliis sunt pinguiores, actoris est advertere, quam seligat. Sic quia aliquibus solidum consequitur, earum aliquâ rectè aget. Stultè verò aliam elegerit; nisi probare possit, totum, quod contractum, in rem partis versum esse, *§. cæterum Instit. d. tit. Quod cum eo, qui in aliena potest.*

5 Concurrunt & tributoria, de peculio, de in rem verso, quarum etiam una alia commodior est, eaque eligenda. Tributoria, & de peculio invicem excedunt: nam illa in eo commodior est, quòd Domini, & Creditoris in ea sit æqua conditio, in hac verò Domini sit potior, qui id primò detrahit quod sibi debetur. Itaque si Domino multum debetur, tributoriam eliget creditor, aliàs de peculio aget. Certè si possit probare in rem domini versum esse, hac potiùs utetur, quia tantum consequetur, quantum versu est, *§. Is quoque Instit. d.t.* &, si solidum non consequatur,

sequatur, est illi ingressus ad actionem de peculio, *§. praeterea Iustit. d. tit.* qua si priùs actum fuerit, perimitur actio de in rem verso, cùm quod in peculio esse probari non possit, in rem versum non sit: nam in peculium est conversum, quod in rem domini versum, *l. 1. sup. tit. 2.*

ADDITAMENTA.

Ad lib. 15 ff. tit. 4. Quod Iussu.

De Jussu Superioris, & an & quatenus excuset in delictis. *vid.* Gelhausf. *in arbor. Iudic. crimin. cap. 5. ramusc. 3. de except. n. 175. & seqq. fol. 290.*

Valet statutum, ut parentes ex delictis liberorum obligentur in solidum ad pœnam pecuniariam, non corporalem. *arg. l. 22. C. de pœn l 5. Cod. l. 13. ad l. Aquil. gl in rubric. C. de decret. decur. Clar. 5. rec. sent. § fin. q. 86. n. 5. Covarr. 2. var. resol. 8. n. 7.* per rationes & autoritates, quas ibi prolixè allegat.

Jussus patris, quibus casibus non requiratur in actibus filii, vid. Bart. & gl. *in l si quis mihi bona §. Iussum de acquir. hared.*

Jussus fit propriè his, qui tenentur parere, sed mandatum etiam aliis *vid. in repet.* Bertachini. *verb. jussus, & qua ibi allegantur.*

FINIS LIBRI XV.

HENRICI ZOESII I. C.

IN LIBRUM XVI. DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

Ad Senatusconsultum Vellejanum.

SUMMARIUM.

1. *Mulieribus quando primò vetitum pro aliis intercedere.*
2. *Intercedere mulier quando censeatur.*
3. *An tunc ipso jure tuta S. C. Velleiano.*
4. *Intercedere nequit pro marito.*
5. *Intercessio hac inefficax quoad mulierem, fidejussorem, & haredem mulieris.*
6. *Obligatio tamen prior restituitur.*
7. *Intercedente muliere & tertio aliquo, an mulieris persona subducenda?*
8. *Intellectus* l. 8. C. Ad S. C. Velleianum.
9. *S. C. cessat, si in rem suam mulier fidejusserit.*
10. *Si non decepta, sed deceperit potiùs ipsa.*
11. *Si solverit pro alio citra intercessionem.*
12. *Item lapso biennio à prima intercessione.*
13. *Mulier potest remittere jus pignoris.*

14. Mater

14. *Mater promittens indemnitatem tutoribus liberorum non juvatur hoc auxilio.*
15. *Renuntiatio judicialis privat mulierem eodem beneficio.*
16. *Item extrajudicialis, ex communi sententia.*
17. *Contraria sententia adferitur.*
18. *Intellectus* l. fin. §. penult. h. t.
19. *Favori suo quatenus quisque renuntiet.*
20. *Renuntiatio jurata tenet.*
21. *Nec tunc mulier certioranda de suo beneficio.*

Etiam mulieres ex contractu servorum, & suo jussu teneri, dictum duobus libris proximis. Quæ obligatio ita eas tenet, quatenus ipsas concernit: neque enim iis inhibitum, contrahendo sibi quærere: improbatum verò ut pro aliis fidem suam adstringant. • Et primò quidem interdictum illis fuit intercedere pro maritis temporibus Augusti, & deinde Claudii *l. 1. h. t.* Postea plenius iisdem subventum, & improbata omnis omnino intercessio per mulieres Senatusconsulto, quod de intercessionibus dicitur, & vulgò Velleianum vocatur, quod factum Coss. Syllano, & Velleio. Quo Imp. non constat, quòd in fastis hi Consules simul non inveniantur; sed alter tantū, ut verosimile sit alterum fuisse substitutum quare mulierib' denegatum; Ratio erat, tum quia intercedere, virile potiùs sit officium, tum quia hâc viâ crearetur mulieribus periculum rei familiaris per earum infirmitatem & fragilitatem, *l. 1. & 2. §. 1. h. t.* • Censetur autem mulier intercedere non tantùm fidejubendo, sed quocunque obligationis genere, sive verbis, sive re, pro alio se obligando, dando pignora, mandando, constituendo, expromittendo, alium defendendo, rem etiam propriam pro alio vendendo, *l. fin. §. item si mulier h. t.* Et hoc per modum intercessionis: nam aliàs pro alio vendendo, ut pro alio solvat, non facit contra Senatusconsultum *l. 4. C. eod.* videatur *l. 1. h. t. & l. 8. § penult. eod.* Contra quæ subvenit S.C. mulieribus, improbando hujusmodi intercessiones.

3 Ubi quæsitum, An & ipso jure mulieres reddat tutas? Potest hoc videri; quia dicitur ipsa intercessio à Senatu improbari, *l. Si mulier. 16. hoc tit.* & facit. *l. Antiqua 23. C. eod.* Ubi idipsum exprimi videtur. Veriùs tamen, exceptis paucis casibus, de quibus mox, ipsam fidejussionem esse validam de jure, ipsamque mulierem teneri, cum passim *D. & C. eod.* dicatur mulieri subveniri per exceptionem; quæ cum sit actionis exclusio, merito actionem præsupponit. Et facit textus in *l. Quamvis 9. C. eod* quæ habet, Senatusconsultum non finere efficacem esse obligationem: ut non improbetur per S.C. tam, origo intercessionis, quàm effectus.

Non obstat, *d l. 16.* quia agit in casu, quo constat, scripturâ publicâ mulierem confessam esse, se pecuniam accepisse nomine intercessionis. Non obstat etiam *d. l. 23.* Quia & illa loquitur in casu singulari, uti ex textu patet: ut ejus decisio non sit capienda universaliter: cùm correctio juris veteris non admittatur, nisi exprimatur.

4 Pro marito quoque intercessio mulieris nullius jubetur esse momenti, *Auth. Si qua mulier C. eod* quòd non tam sponte quàm coactè, & propter reverentiam quandam maritalem intervenisse videatur Gomez 2. *Var. Resol. c. 17. n. 9.*

5 Operatur itaque hoc Senatusconsultum, ut intercessio sit inefficax; primò quòad mulierem, etiam in casu, quo patris auctoritate, & consensu intercessit; quòd ea res non faciat cessare fragilitatem, Dec. *in l. Fœmina 12. De R. I.* Costal. *in l. 1. h. t.* Etsi aliud sit in Macedoniano, in quo non agitur de fragilitate filiifam. sed de periculo, quod patrem manet, & cessat ejus consensu. Secundò, quoad fidejussorem, quem dedit, *d. l. Si mulier §. 1. & l. Mulierem 14. C. eod.* Procuratorem quoque, qui mandato mulieris pro alio intercessit, *l. Si decipiendi 30 in fine h. t.* Tertiò, quoad hæredem, *l. Hæres 20 Cod. eod.* quia videtur exceptio rei cohærere; quamvis proxima caussa fundetur in muliere *l. 7. §. 1. inf. [illegible] except.* Nec redditur tantùm intercessio inefficax; sed & solutum ex ea condici potest, *d. l. Quamvis 9. Cod. eod.* ne mulier in damno hæreat. • Restituitur tamen his casibus, obligatio prior Creditori, adversus veterem Debitorem, ejusque fidejussores; non secus, atque si novando, vel alias extincta fuisset. *l. 1. in fine & d. l. Si mulier 16 hoc tit* etiam in casu, quo mulier pro patre intervenerit, *l. Si patronum 8. Cod. eod.* vel pro marito, aut filio, *l. 1 §. fin hoc tit* nam cum mulieris persona creditori subtrahatur, æquitas vult, ut pristina caussa integra Creditori restituatur, *l. Si mulier 14 h. t* Quod & obtinet in casu, quo mulier in diem, vel sub cōditione intercessit: nihilominus enim non exspectato die, vel conditione, restituitur obligatio in priorem debitorem, *l. Aliquando 13. in fine hoc tit.* propterea quòd frustra ejus exspectetur eventus;

tus; cum debitor omnimodò debeat suscipere actionem.

7 Quæsitum hic, An si mulier, & Titius pro Mævio intervenerint, & pro parte mulieris obligatio subducatur, Titius pro parte tantùm obligatus maneat? Quod posset videri, ratione beneficii divisionis, quod pluribus fidejussoribus datum, Responsum tamen in *l. Si Titius 48. inf. de fidejuss.* subductâ mulieris personâ ratione Senatusconsulti, solum manere obligatum Titium, & quidem in solidum; subjunctâ ratione: quod ignorare non debuerat, mulierem frustra intercedere: quamvis, Titio cum minore intercedente, hujus personâ subductâ per restitutionem, ille non nisi pro parte teneatur. Cujus ratio est, tum quia Titius ætatem ignorare potuit, sexum non potuit; tum, etiamsi sciverit, incertum fuerit, an restituendus minor; cum non nisi caussâ cogni-

8 tâ restitutio concedatur, & possit denegari. * Obstat, *l. 8. Cod. h. t.* Ubi filii & filiæ intervenerunt pro patre, & sub dictis personis filiarum, filii tantum ad id, ad quod se obligârunt, dicuntur teneri, id est pro rato, sed dicendum in ista lege agi de iis, qui non simpliciter fidejusserant; sed in partes tantù m, ut ex textu ibi colligitur, Cujac. *ad d. l. 48. lib. 10. qu. Papin.*

9 Hæc ita, quatenus. Senatusconsulto locus est quod contingit variis casibus inutile esse: ut si in rem suam fidejusserit mulier, *d. l. 13.* quod sic non videatur intercedere: ut si videjusserit pro suo fidejussore; si eum emisset hæreditatem, fidejussere: pro debitis defuncti; si eum defenderit, qui regressum ad eam habet, *l. 3. h. t.* si succedat debitori, pro quo fidejusserit, *l. 1. §. planè 13 hoc tit.* aliisque

10 casibus, quibus rem suam facit meliorem. * Similiter non juvatur Senatusconsulto, si non tam decipiatur, quàm decipiat; simulando coram Creditore se suam rem agere; cum tamen agat alienam, accipiendo pecuniam, alii creditura, *l. Si mulier 11. h. t.* deceptis enim, & non decipientibus jura subveniunt, ne suus dolus alteri iniquè obsit: dum tamen creditor ignoret intentionem mulieris, *l. 4. h. t.* nam ejus scientia faciet & ei ob-

11 stare Senatusconsultum, *l. Imò 2. h. t.* * Si pro alio solverit citra intercessionem, *l. 1. & 4. C. eod.* quia aliud est solvere, aliud intercedere; licet solvendo

12 rē suam faciat deteriorem. * Nihil obstante *l fin. §. Item si mulier h. tit.* cùm in ea sit animus intercedendi agitur enim ut Creditor ex re vendita pecuniam habeat pro debito alieno, aliud est, si ipsa sit debitrix principalis, *l. 2. Cod. eod.* Si acceperit pretium pro fidejussione, & hoc solemni scripturâ probetur, *l. Antiqua 23. Cod. eod.* Si perfectæ ætatis constituta, elapso biennio à prima intercessione, pignus aut intercessorem dederit, vel eandem intercessionem sponte renovâtit; quoniam sibi imputare debet, si quod cogitare, & evitare poterat, non fecit: videtur enim ex hujusmodi temporis prolixitate non tam pro aliena obligatione se illigare, quàm pro sua caussâ aliquid agere, *l. Si mulier 22. Codic. eod.* Si in dotem promiserit, non tantùm propriæ filiæ, *l. Si dotare 2. Cod. eod.* sed & extraneæ; quia videtur gessisse negotium intuitu pietatis; si tamen major sit, *l. fin. Cod. eod.* Idem obtinet in promisso aliquo caussâ libertatis. * Pignoris, quod habet, remissio

13 ad Velleiani caussam non spectat, cùm non sit intercessio, *l. Iubemus 10. Cod. eod.* Unde & remissio Hypothecæ facta Marito constante matrimonio tenet, *l. Etiam 11. C. eod.* In casibus etiam, quibus ad defendendum [illegible] admittitur, caret hoc beneficio; quia frustra admitteretur ad defendendum, si judicium rescindi posset. Non utitur etiam eodem Tutrix liberorum suorum, *l. fin. C. Quando mul. officio tut. fungi pot.*

14 Ubi Quæstio occurrit. An Mater promittens indemnitatem Tutorib. Filiorum suorum, utatur hoc auxilio? Non videtur, si ratione tutelæ promiserit, quod suum negotium gessisse videatur, *l. si Mater 6. in pr. C eod.* Idem est, si Tutoris, qui tutelâ malè gestâ defunctus credebatur, Hæredi persuaserit, ut suo periculo aditet, & se indemnem eum servaturam promiserit, quod nullam alienam obligationem recipiat neque veterem, neque novam; sed ipsa eam fecerit, *l. 8. §. 1. h. t.* & apud eundem pro codem intercedat, quod non est fide jubere, *l. Tutor 19. in princ. h. t.* Aliud esset, si Hæredi, cui parum idonea nomina videbantur, repromiserit, ut quantò minus à quoquo servari posset, ipsa præstet, *d. l. 19. §. quid ergo,* quia verè intercedit: uti & si pro Pupillo indemnitatem *2. Sentent. Paulus tit. 11. §. 2.*

15 Alia Quæstio est, An mulier renuntiando S. C. Velleiani beneficio se privet? Mulierem Tutricem Liberorum suorum renuntiare debere huic beneficio jure est decisum: extra eum casum res habet controversiam. Et quidem in judicio renuntiando Mulierem sibi præjudicare, communiter est receptum, propter auctoritatem judicii, quæ facit videri Mulierem non peccasse per fragilitatem, vel inductam aliquo metu, quam removet præsentia Judicis. Covarr.

ad t.

ad c. Quamvis p. 2. §. 3. num. 8. Costal. ad l. fin. hoc tit. • De extrajudiciali Quæstio major est: & ex communi conclusione renuntiare eam posse asserit Gail. 2. Observ cap. 9. Tessaurus decis. 212. Pro qua parte adducitur primò, d. l. fin. § penult. ubi Mulier pro eo, pro quo intercessit, judicium parata accipere, cavere debet, se Exceptione non usuram. Secundò facere videtur ratio, quòd prædictum privilegium sit inductum in favorem Mulierum, l. Qui exceptionem 40. sup. De condict. indeb. favori autem suo quilibet renuntiet, l. penult. C. de pactis. Ubi requiritur, Mulier sit certiorata de hujusmodi beneficio sibi competente, ut constabit ex instrumento, pro quo statur; etsi sæpe aut non certiorata, aut minùs legitima. Requiritur & ut renuntiatio fiat in particulari; nam ea, quæ generalis est, non habet effectum exclusionis, Gail. d. loco, Fachin. lib 2. cap. 60. •

27 Contrariam tamen partem non pauci alii amplectuntur, inter quos est Covarr. d. loco num. 8. quòd eadem in renuntiando versetur fragilitas, quæ in intercedendo; atque ita ut hoc improbatum Senatusconsulto, ita & illud, cùm ibi locum habet ratio legis, & ipsa lex obtineat. Secundò, quòd ejusmodi renuntiatio non possit tendere nisi in fraudem legis, quæ Mulierum Intercessiones improbat, ut & earum renuntiatio sit dicenda improbata, tamquam quæ contra legem l. Contra l. Fraus sup. de legibus. Tertiò, quòd specialiter permittatur renuntiatio Matri Tutrici, ut in casu d. l. fin. §. penult. item in casu quo post elapsum biennium Intercessio renovatur, & denique in casu, quo accepisse pretium pro Intercessione solenniter probatum: ut aliis casibus dicenda sit Intercessio inutilis, quòd aliàs frustra speciales casus enumerarentur.

28 Nihil facit pro opinione priori d. §. penult. quia rectè accipitur de renuntiatione judiciali in verbis, Judicium accipere parata cavere debebit, se exceptione non usuram, quod de cautione coram Judice exponenda rectè capitur; coram quo, ut remoto metu, renuntiatio rectè procedet.

19 Nihil etiam facit, quòd favori quisque suo renuntiet; nam hoc verum est, quando caussa concessionis privilegii non est ætas, vel sexus imbecillitas. Perseverante enim eadem caussâ nihil videtur operatura renuntiatio, quæ legis intentum, quod est providere fragilitati Mulierum, impediret. Quæ posterior pars de jure est probabilior, Gomez. 2. Variar. Res. cap. 13. n. 17. altera tamen praxi recepta.

20 Juramento firmatam renuntiationem, etiam extrajudicialem, tenere habet communis Doctorum sententia. Covarr. d. loco, cùm fiat super re licita, atque ita servanda, c. Cum contingat 28. ✠ de jurejur. Fachin. lib. 1. c. 61. in princ.

Consequenter Quæritur, An juratò intercedens, vel renuntians, monenda sit sui beneficii? Ita quidam sentiunt, eo quòd juramentum non extendatur ad incognita, ac proinde non comprehendat privationem beneficii, à lege concessi: & hanc partem videtur amplecti Covarr. d. loco n. 8. Verior tamen est contraria sententia, quòd scilicet etiam non monita hujus beneficii, per juramentum ab eo excludatur; quia illud simpliciter emissum servandum est, aliàs committeretur perjurium. Quò facit, quòd, licet in particulari non cogitaverit de isto beneficio, in genere tamen cogitasse censeatur de beneficio aliquo sibi concesso, ne videatur temerè jurasse. Facit pro ista parte cap. ex rescripto ✠ de jurejur. ubi mulier secundùm intercessionem juratam simpliciter interpositam nulla factâ mentione certiorationis (quam ibi supplere, est divinare) cogitur satisfacere. Eadem ratione intercedens pro Marito; quamvis hoc jura improbent, juramento tenebitur, quia tale juramentum servari potest sine animæ detrimento. Fachin. d. c. 61. Tessaurus d. loco n. 11. & 12. Gail. 2. Obs. 54. n 2.

ADDITAMENTA.

Ad lib. 16. ff Tit. 1. Ad S. C. Vellejanum.

AN & quatenus de jure civili, Mulier vel pro extraneo, vel pro marito intercedere, se suaque bona obligare, cum vel sine juramento possit? Berlich. part. 2. concl. 19.

Ad n. 17. De hac quæstione vid. eleg. Arum. disp. 12. ad Pand. th. 7. & Treutl. vol. 1. disp. 25. th. 4. lit. f. ibique alleg.

An mulier nobilis intercedens pro marito, & renuncians juri suo, bey ihren Fräwlichen Ehren und wahren Worten, validè renunciet. Schaffer. 1. q. 36.

Adn. 20. Utrum per Juramentum præsumatur mulier certiorata de beneficio S. C. Vellejani: vel an certioratio necessaria sit, quando juramentum præcessit. *vid.* Tessaur. *nu.* 16. *alleg. loc.* Cævall. *qu.* 515. Kellenbenz. *de renunc. success. q.* 4.

De intellectu *auth. Si qua mulier, C. h. t. vid. eleg.* Côpp. *enucl. qq* 1. *decis.* 2. De uxoris obligatione & S.C. Vellejani variis exceptionibus, ad nostrum forum pertinentibus. *vid multa eleg. ap* P. Frideric. Mindan. *lib.* 2. *de process. cap.* 61. *per tot. & præcipuè n* 4. Mynf. *B.* 52. *n.* 16. 17. 18. 19. 24. & 25.

TITVLVS II.
De Compensationibus.

SUMMARIUM.

1. *Compensatio quid.*
2. *Competit hodie ipso jure, opponenda tamen.*
3. *Omissa oppositione solutum an condici possit.*
4. *Condici non posse probatur.*
5. *Respondetur ad leges contrarias.*
6. *Compensatio in quibus obtineat; & quatenus in dote.*
7. *Locus non habet in deposito & actione momenti.*
8. *Caussa debiti æqualis hinc inde non requiritur.*
9. *Requiritur debitum hinc inde sit purum.*
10. *Sit naturale & civile, vel naturale tantùm non refert.*
11. *Sit liquidum necesse est.*
12. *Sit & quantitas utrimque.*
13. *Pecunia debita cum vino non compensatur.*
14. *An genus cum genere compensetur?*
15. *Compensatio quando opponenda & à quo?*
16. *An & excommunicatus rectè compensat?*
17. *Cessionarius excommunicati rectè compensat.*
18. *An compenset, qui solvere juravit?*
19. *Affirmans opinio probatur.*
20. *Intellectus c.* 7. *x* De jurejurando.
21. *Debitor legans an censeatur compensare?*
22. *Differentia inter obligationem lege inductam, & libera voluntate contractam.*
23. *Intellectus* l. Si pater 4. D. De collat. dotis.
24. *Compensatio inter quos locum habeat.*
25. *Non compensat curator rei frumentariæ.*
26. *Restituta lectio in* l. Idem 17. h. t.
27. *Debitum tertij non venit in compensationem.*
28. *Procurator quatenus compenset.*
29. *Compensatio an cessionario opponi possit?*
30. *Compensans principali prodest & fidejussori.*
31. *Pater compensat nomine filiifam. & contra.*
32. *Compensationis effectus, extinguere debitum, sistere usuras &c.*
33. *Non tamen sistit cursum reditus annui.*
34. *An & quatenus faciat evitari commissionem pœnæ.*

COmpensatio est quædam solutionis species, ut commodius inter genera liberationum poni potuisset: hic propterea ponitur, quòd ut creditorem S. C. Vellejanum rejicit, ita & hæc crediti jus perimat. [1] Est enim crediti, & debiti inter se contributio, id est confusio, *l.* 1. *h. t. V G.* Decem tibi debeo, ex caussa empti, fit compensatio quantitatis hinc inde debitæ. Quod respondet æquitati, quæ non fert aliquem petere, quod eidem est restituturus; & quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere, in quo consistit præcipua hujus Compensationis utilitas, *l.* 3. *h. t.* [2] Obtinebat olim tantum in bonæ fidei judiciis, in quibus ipso jure inducebatur: in strictis verò nec ipso jure, nec per exceptionem obtinebat. Postea tamen & in iis ex rescripto D. Marci per exceptionem inducta est. *Instit. de act. n.* 5. *bonæ fidei.* & tandem admissa etiam in his ipso jure, *per l. fin. C. h. t.* quatenus tamen debitor idemque Creditor paratus est compensare *l.* 2. *h. t.* Quod illi est declarandum, cum sit facti, quia aliàs ejus, cum de eo judici non constet, non veniet habenda ratio, nec ea res facit, quò minùs ipsi jure competere dicatur, cùm non desideretur sententia ad ejus effectum, & eò tantùm spectet hæc declaratio, ut sciatur mens conventi volentis uti jure suo.

[3] Ubi pulchra movetur quæstio, an, omissâ oppositione Compensationis, solutum per alterum condici possit tamquam indebitum? quod videtur velle *l. si ambo* 10 § 1. *h. t.* Ubi compensare potens, si solverit, condicit tamquam indebitum: *l. posteaquam* 21. *eod.* Ubi dicitur, ab initio minus peti: aliàs Compensatio non operaretur ipso jure liberationem. quod & innuit text' in *l quod dicitur* 5. § *si dos inf de impens. in res dot. factu.* Ubi, secundùm Marcelli sententiam, solutâ dote, nec habitâ ratione impensarum necessariarum, ex æquitate datur condictio ejus, quod compensari poterat, pro impensis necessariis. Respondet textus in

l. Qui

l. Qui invicem 30. *sup. de condict. indeb.* Ubi in casibus, quibus compensationi non est locus, solvens non condicit; ut à contrario sensu, si Compensationi locus fuerit, solutum condici posse videatur, cùm secundùm *l.* 4. *C. h. t.* invicem debitum, pro soluto habeatur, ex eo tempore, quo ab utraque parte debetur. Estque hæc opinio Martini, secundùm Gloss. *in d. l.* 4. Vid. Faber *ad d. §. in bonæ fidei n.* 13. & 14. Sebast. Medices *de compensat. p.* 2. *q.* 21. Tindarus *eod. tract. art.* 6.

4 Contrarium tamen, solutum scilicet condici non posse, satis indicat, *l.* 2. *h. t.* quæ requirit oppositionem conventi; ut, ea omissa, solutum rectè sit acceptum, cessante condictione, & relicta solventi sua Actione, qua debitum sibi exigat, ut vult *l. si cum dos* 8. *inf. Rerum amotar.* Ubi qui compensare potuit, ob res amotas, *l.* 6. *Cod. h. tit.* si solverit, non condicit tamquam indebitum, sed habet actionem rerum amotarum, quâ persequatur amotum, quod compensare poterat. Quod malè diceretur; si Compensatio ipso jure non exspectata hominis oppositione, extinguere debitum hinc inde: condicendum enim foret solutum; non etiam debitum invicem per Actionem prosequendum solventi. Cujus ratio est, quòd debitor oblatum sibi debitum acceptando, non acceperit nisi debitum suum, quo casu cessat condictio, *l. Repetitio* 44. *sup. De cond. indeb.* Quam rationem confirmat Imp. *in §. compensationes Inst. de actionib.* dicens Compensationes per hominem oppositas plerumque efficere, ut minùs quis consequatur, quàm ei debeatur. Ubi videtur in oppositione vim facere, uti & in *l. fin. §.* 1. *C. De compensat.* Probatur posterior hæc opinio ab Azone, *hic in Summa*, quem sequitur Gloss. *in d. l.* 4.

5 Non obstant leges in contrarium allatæ, quæ videntur condictionem permittere: nam loquuntur in casibus, quibus lex compensationem induxit, & debitum hinc inde perimit; etiam ante hominis oppositionem; quibus scilicet de damno vitando agitur, ratione pœnæ ex delicto, usurarum ex mora, pignoris vendendi propter dilatam solutionem: cùm moram committere dici nequeat, qui habet exceptionem non solvendi contra Creditores, *l. Lecta* 40. *in fine sup. de reb. cred.* Gloss. *in d. l.* 4. *Cod. h. t.*

Sic nec obstat *d. l.* 10. *§.* 1. quia agitur in illa de pœna ex delicto, quam ipso jure extinguit lex, propter delictum alterius, ex quo similiter pœna debebatur. Ubi neque obstat *d. §. si eos*; quia & in eo lex Compensationem induxit citra oppositionem; quia fundus desinit ipso jure esse dotalis. Similiter & oppositio per hominem facta creditum ex adverso perimit, *l. fin. Cod. h. t.* ut postea solutum repetatur tamquam indebitum. Non obstat denique *d. l.* 30. Nam argumentum à contrario sensu non alias procedit, quam in casibus, quibus sine oppositione hominis Compensatio facit extingui debitum, ut jam dictum. Alia loca, quæ dicunt, Compensationem ipso jure induci, non excludunt tam hominis oppositionem, quàm judicis ministerium. Batt. *ad l.* 4. *h. t.*

6 Habet locum Compensatio tam in ultimis voluntatibus, quam in contractibus, & judiciis omnibus, etiam strictis, sive realibus, sive personalibus *l. fin. C. h. t.* ne quidem exceptâ passim dote, in qua & Compensatio admissa *l. res* 15. *§.* 1. *inf. soluto matr.* quando scilicet agitur caussa pecuniaria. Quod non est correctum per *l. unicam C. de rei uxoria act.* quæ retineri quidem dotem non vult; non impedit tamen eam minui, propter expensas necessarias: quod in effectu est admittere Compensationem cum expensis necessariis. Quæ duo differunt: nam retentio facit ultrò citroque manere Actionem; cùm retinens non tam agat, ut se liberet, quàm ut debitum specificè recuperet, interim rem debitoris pignori retinendo, quòd lex in dote non permittit; Compensatio vero fit loco solutionis, obligationem, Actionemque absorbens in fungibilibus, in quibus frustra petitur id, quod erit reddendum, sine præjudicio mulieris, ideoque à lege permissa. In commodato ei locum esse diximus supra *tit. Commodati*, Vid. *d. tract.* Tindari *De compensat. art.* 5. *n.* 43. & *seq.*

7 Excipitur *l. finali C. h. t.* & *l. pen. inf. Depositi*, depositum, & actio momentaneæ possessionis. Hujus ratio est; quod Actio momenti non sit remoranda per Compensationem, & spoliatus ante omnia veniat restituendus; cùm intersit Reipub. possessionem per vim ereptam cum primis restitui, non etiam malo exemplo permitti eam repetenti Compensationem objicere. Illius rationem in fraude aliqui ponunt, quæ posset committi caussa differendæ restitutionis depositi: verùm cùm Compensans fateatur debitum, posset videri extra fraudem esse. Vera ratio est, quòd depositum committatur fidei depositarii, tacita hac conditione, ut restituat quandocumq; repetenti, *l.* 1. *§. penult: inf. Depositi*: ut differens reddere repetenti, objecta Compensatione, non sit futurus extra perfidiam. Quod verum est, non tantùm, si species deposita fuerit, verùm & si quantitas, *l. penult. C. Depositi* ex eadem ratione.

Æqua-

8 Æqualis sit caussa debiti hinc inde, non est necesse; nam & ex mutuo debitum cum debito exempto compensatur. Nec in civilibus tantùm, sed & in delictis ea res obtinet. Sic negligentia sociorum facit eos invicem obligatos esse desinere, propter Compensationem, *l. si ambo* 10. *hoc tit.* Injuriæ, & adulteria mutua Compensatione dissolvuntur, *l. Viro* 39. *inf. solut. matrim.* uti & dolus hinc inde commissus, *l. si duo* 36. *sup. de dolo.* Et hoc, quatenus obligatio reciproca civilis ad pœnam pecuniariam est perducta, *d. l.* 10. *§. quoties*, ut latiùs infra dicetur: nam corporalis pœna minimè tollitur Compensatione; uti nec alia pœna fisco debita in cujus præjudicium tamquam tertii nihil operatur Compensatio; ut mox dicetur. Seb. Medices *de compensat. p. 1. q.* 38. *nu.* 6. Tindar. *eod. tract. art.* 1. *num.* 3.

9 Requiritur ad Compensationis effectum, de quo mox, Primò; debitum hinc inde purum sit: nam debiti ex altera parte suspensi in diem, vel conditionem, non est compensatio, *l.* 7. *h. t.* propter alterius partis præjudicium; ut nec alternati vi, nisi sit facta electio, *l. si debeat* 22. *h. t.* Paria enim esse oportet, debitum & creditum hinc in-

10 de, ut fiat contributio, vel confusio. • Debitum hinc inde sit naturale, & civile, an naturale tantùm ab una parte nō refert: nam & naturale tantùm actorem excludi facit; cum verum sit debitum, *l.* 6. *hoc tit.* nisi actio per exceptionem elidi possit; uti si verus Debitor per sententiam absolutus fuerit, *l. Quacumque* 14. *hoc tit.* Civile debitum tantùm (si modò detur) non videtur operari Compensationem; quòd illi nulla subsit æquitas, in qua fundatur Compensatio: nisi tale sit, quod exceptione perimi nequeat; ut si non Debitor damnatus sit solvere; quia sententia, quæ habetur pro veritate, facit haberi pro debito, *arg. l. Nam postea quam.* 9. *§.* 1. *sup. de jurejur.*

11 Secundò, sit liquidum, sive per confessionem, sive per sententiam, aut aliàs tale, quod exigi possit sine dilatione: nam si in altero requiratur major indagatio, cessante Compensatione, solvendum Actori, alterius debiti cognitione alii judicio servata, *l. fin. in fine C. eod.* Habetur tamen & liquidum debitum, quod brevi liquidari potest, cum quæ parum distant, nihil distare videantur, quod in arbitrio est judicis. Seb. Medices *d. p.* 1. *q.* 13. *& p.* 1. *qu.* 24.

12 Tertiò, utrimque veniat quantitas, id est, res pondere, numero, mensurâ constans, *l.* 4. *§.* 8. 11. *Cod. h. t.* Species cum specie, vel quantitate compensationem tenuit, *l. si convenerit* 8. *sup. de pignor. act.* ex ratione, quòd Compensatio sit quædam solutio, *l.* 4. *inf. qui potior in pig. hab.* alterius autem pro altero solutio invito non fiat, *l.* 2. *§.* 1. *sup. De reb. cred.* propter affectum, qui circa species prætendi potest, & probabile interesse. Quod non est idem circa quantitatem, cujus una species pro alia rectè datur; cum functionem in suo genere recipiat. • Quâ ratione ut in mutuo non potest reddi æstimatio pro vino debito; ita & in Compensationem non deducet quis debitam sibi pecuniam, si vinum debeat, Paul. 2. *Sent.* 1. *§.* 5. *fin.* nisi æstimatio præstanda veniat, vel quia res non extet, aut difficilis ejus præstatio, vel etiam pars æstimationem elegerit, quo casu erit Compensationi locus, *l. fin. C. h. t.* quæ dum non ponit differentiam inter Actionem in rem, & in personam, accipienda in casu, quo loco rei debitæ venit quantitas; non etiam si res præstanda sit in specie, propter rationem jam dictam: oportet enim res compensandæ sint ejusdem substantiæ, & quantitatis, ut neutrius intersit compensari. 13

14 Controvertitur hic, An genus cum genere compensetur? Videtur cessare Compensatio, non tantùm, si genus diversæ qualitatis, & substantię debeatur, ut si ab una parte debeatur equus in genere, ab altera bos in genere, eo, quòd solutio facienda sit in specie, circa quam est affectus: verùm etsi ejusdem, ut si æquus hinc inde in genere debeatur, quod in obligatione generis veniat præstanda certa species, quæ in obligatione videtur fuisse; cùm, licet aliquid debeatur in genere; semper tamen veniat certificandum per solutionem certæ speciei, contentæ sub illo genere, *l. Cum incertus* 13. *inf. De leg.* 1. Unde & in obligatione speciei, licet sub eodem genere, Compensatio non obtinet, ita nec in obligatione generis. Facit, quòd Compensatio tantùm sit eorum, quę debentur: ante solutionem autem non debetur species, ut ante nec fit Compensatio Jason *ad §. in bonæ fidei num.* 70. *Instit. de actionibus* secutus Fabrum *ibi num.* 5. Cōmunis tamen opinio habet, debitum in genere hinc inde ejusdem qualitatis, rectè compensari Jason. *d. loco n.* 71 Seb. Medices *d. part* 1. *q.* 2.

15 Opponitur autem compensatio quacumque litis parte, etiam post conclusionem in caussa, imò & post sententiam, *l.* 2. *C. eod.* quòd sic eam non impugnet; sed tantùm executionem, Afflictus *decis.* 121. *num.* 3. Medices *d. tract. p.* 2. *qu.* 25. Sichardus *in rub. Cod. h. t.* ab eo scilicet qui exigitur, cum debeat, & cui vicissim debetur. *l.* 2. *hoc tit.*

An

16 An & ab excommunicato? Negat Bart. *in l. Amplius n.9. inf. Rem ratam haberi.* Costal. *in l.5. l.libertus sup. De in jus vocan.* & Innocent. *in c.5. in fine De exemptionib.* ex ratione, quòd Compensans videatur petere, *d.l. Amplius*: ut compensatio magis videatur esse species actionis excomunicato negatæ, *c. Decernimus De sent. excom.* quàm defensionis illi permissæ, *d.c.5.* Potest tamen contrarium alicui videri, ex eo, quòd exceptio solutionis sit permissa excommunicato, uti & aliæ exceptiones, ex naturali æquitate, *d.c.5.* ad quam penitus re inspectâ videtur magis spectare Compensatio; cùm sit quædam exceptio, vel oppositio solutionis, *l.4. C. h.t.* Deinde Excommunicatus solvere potest; eò enim tendit Actio, contra eum admissa: atqui compensari est solvere. Quæ opinio placet Tindaro, *de compensat. art.7. n.25.* nec est improbabilis, licet prior sit communis. Probat eamdē Seb. Medices *d.p.2. qu.3. n.7.* qui rectè eam limitat, dummodò non requirat altiorem indaginem: sic enim transiret in reconventionem, omnino excommunicato prohibitam, *c. Cum inter de except.* Nihil obstat *d.l. Amplius*, quia loquitur de eo, qui a petendo per stipulationem, amplius non peti, est remotus: qui ideo etiā removetur à compensando, quia in effectu peteret. Aliud juris est in eo, qui prohibetur petere, ratione qualitatis personæ: ut ista prohibitio sit accipienda strictè de actione, non etiam de defensione.*

17 Cessionarium excomunicati compensare volentē audiri, extra dubiū est, Costal. *ad l.4. h.t.* quòd in eo nō sit eadē ratio, quæ in excomunicato, qui non impeditur Actiones suas alteri cedere.

18 Illud quoque in dubium vocatur, An compenset is, qui solvere juravit? Non posse hunc compensare, videtur esse Canonistarum comunis sententia, *in cap. Ad nostrum 7. de jur jurān.* ut tradit Covar. *de pactis p.1. §.4. n.15.* & sequitur Fachin. *2. Controvers. juris cap.* ~. quod juramentum videatur implendū præcisè, *l.6. De jurejur.* non impleatur autem præcisè per Compensationē, quæ tantū est ficta solutio, *arg. l.Julin.43. inf. de condit. & demonstra.* Ubi acceptilatio hæredis, cui solvendū, non facit conditioni de dando satisfactū esse. Pro ea parte etiam videtur facere textus, in *d.c.7. de jurejur.* Ubi qui mutuam pecuniam acceperat, dato pignore, quod se non recepturū juraverat ante solutionē, obligatur ex vi juramenti ad solvendā pecuniam, priusquā pignus reciperet.

19 Contraria tamen sententia, simpliciter scilicet apposito juramento de solvendo, satisfieri per Compensationem, verior est, nixa hac ratione; quòd nihil intersit, compenset quis, vel solvat, *d.l.4. h.t.* & quòd Compensatio faciat debitum pro soluto haberi, *l.4. C eod.* Ut paria sint quoad effectum, *l.4 inf. Qui potior. in pig. hab.* Ex paribus autem quid fiat, nihil interest. Dico, simpliciter apposito; nam taliter jurans promittit se facturum, ut Creditor mutuum datum recipiat: recipit autem, si ipse tantumdem vicissim debeat, *d.l.4.* Quod si de reali traditione juratum sit, non satisfiet juramento per Compensationem, quæ distincta est à reali traditione pecuniæ. Atque hujus sententiæ est Covarr. *d. loco.*

Nec obstat, quòd juramentum implendum sit præcisè: nam hoc accipiendum secundum intentionem agentium, qui æquivalentem satisfactionem non respuunt.

Neu etiam obstat *d. cap.6. de jurejur.* Quo tantùm dicitur, servandum esse juramentum: nec ibi de Compensatione tractatur, sed tantum agitur de commodo usurarum, quod etiam quis consequitur per Compensationem.

Nihil quoque facit *d.l.43.* tum quia agit de acceptilatione, quæ ponit tantum fictam solutionem; tum & præcipuè, quia agitur in ista lege de legato sub conditione dandi, quæ conditio pendet ex mera testatoris dispositione, respiciens specificam ejus, quod jussit testator, dominii translationem, ad agnoscendam voluntatem, quam compensatio non supplet, qua de re pluribus infra, *ad tit. de condit. & demonst.*

20 Non obstat deniq; *d.c 6* cujus variæ sunt interpretationes, ut videre est apud Covarr. Verior est illa, quod in isto cap. nō agatur de solutione præcisè facienda, ad exclusionem Compensationis, ut patet ex verbis, *Licet autem de possessionibus illis & redditibus nondum sortem, deductis expensis, receperit,* Ut iste textus potiùs nostram sententiam cōfirmet, quòd in eo culpetur Debitorum perfidia, quòd ante solutionem debiti, veram, vel eam, quę fit imputando fructus, pignus contra juramentum repetant Vid. Merenda *1. Controv. cap.4* Seb. Medices *De compensationib part.1. quæst. 15.* Tindar. *eod tractat art.7. n 10. & seqq.*

21 Est & Quæstio satis controversa, An Debitor legans censeatur compensasse? Ex communi, & recepta opinione distinguitur, inter debitum necessarium, & voluntarium; sive inter debitum, necessarium, & voluntarium; sive inter debitum, aut obligationem, ad quam lex cogit, & eam, quæ liberâ voluntate contracta: ut evitetur reprehensio cujusdam Neoterici, verbosè negantis debiti necessarii in jure mentionem inveniri: quasi turpe sit, facilioris doctrinæ causa, uti

 aliis

aliis verbis, quàm in textibus legum expressis: quòd scilicet obligatio, quam lex inducit, uti quoad legitimam dotem, faciat relictum testamento Compensationis animo relictum videri, non etiam obligatio voluntaria. Probatur prius membrum per *l. Si cum dotem 22. §. si pater inf. Soluto matrim.* Ubi quod Pater, obligatus Filiæ ad dotem, eidem reliquit, compensandum venit cum dote; nisi qui promisit quantitatem dotis nomine, leget speciem, vel contra, quod hæres Compensationem inter se non admittant, uti dictum. Posterius probatur per *per l. Creditorem 85. inf. De legat. 2.* Ubi Creditor, cui pignoris jure obligata sunt à Debitore relicta, nihilo magis impeditur creditam pecuniam petere, si evidenter non ostendatur alia voluntas. * Rationem differentiæ ponunt, quòd obligatio per legem inducta sit in gravamen obligati, cujus in legando præsumitur animus liberandi se; non etiam gravandi duplici præstatione, *l. Titia 34 §. qui invita inf. de leg. 2.* Ut lex, quem in uno gravat, in alio sublevet, præsumendo Compensationis gratiâ relictum esse; etsi de sua voluntate nihil expresserit testator, Bald. *in l. Quoniam in prioribus n. 6. C. De inoffic. testam.* Ubi alios casus necessarios ponit. Quæ ratio non obtinet in debito voluntario; quia non est subjectum, ex quo possit præsumi animus cōpensandi in eo, qui liberè se obligavit, & postea legat: quia bis aliquem liberalē esse non implicat.

22

Neque obstat, quòd debitum dotis, & simile videatur initium sumpsisse ab actu voluntario, scilicet matrimonio, dotis promissione; quia non est ea tam voluntaria, cùm fiat secundùm legis necessitatem, cujus est consecutiva.

Nihil etiam obstat *l. In quartam 91. inf. Ad L. Falcid.* Nam quòd ibi non imputentur in quartā Falcidiā, quæ debētur necessitate aliquā, est, quia vult lex integrā quartā haberi ex reb*, quæ hæreditario jure capiūtur, qua de re infra, *' ad L. Falcid*

23

Videtur autem multum obstare isti opinioni *l. Si pater 4. inf. de collat. dotis*, quæ in casu, quo dos promissa filiæ à patre, eique exhæredatæ, vel etiam emancipatæ, & præteritæ legatum à patre datum vult filiam & dotem habere præcipuam, & legatum: quæ lex movit aliquot Neotericos, ut non aliàs filia legatum compensare cum dote cogatur, quàm si Pater hoc expresserit, secundùm *l. Hujusmodi 84. §. cum pater inf. de leg. 3.* Quod & sentit Cujac. 3. *Obs. c. 16* Verùm dicendum, non obstare dictam *l. 4.* superiori sententiæ, quòd in eā agatur de legato relicto Filiæ exhæredatæ, vel præteritæ: & sic in compensationem injuriæ, quia effecta per præteritionem, vel exhæredationem. Jason *ad d. l. 84. §. cū pater n. 13.* nisi dotis nomine isto in casu se legare expressetir, secundùm *d. l. 34. §. qui in vita inf. De l. 2.* Vid. Barbosa *ad d. §. si pater.*

Quid juris, si pater legaverit filiæ simpliciter, & deinde vivus eam dotaverit? Videtur & hoc casu dotis ratio, vel promissio subsecuta in executionem relicti legati, per *l. Filia leg. ... orum 11. C. legat.* Et facit, quòd videatur subesse animus compensandi, *l. cum pater 29. inf. Soluto matrim.* ne videatur se bis gravare. Vid. Fachin. *lib. 5. c. 55.*

24

Habet itaque locum Compensatio inter eos qui vicissim debent, non etiam inter alios. Ubi non excipitur Resp. nisi in certis casibus relatis *in l. 3. C. eod.* & *in l. Aufertur 43. §. ut debitorib. inf. de iure fisci*: nec Ecclesia, quæ quod pium est, non tenuit, Faber *ad §. in bonæ fidei n. 7. Inst. de actionib.* nec Fiscus cujus hac in re par est caussa cum privatis, *l. Idem 1. & l. fin. h. t.* Ita tamen, si eadem statio debeat, quæ petit, non etiam alia: & hoc ne confundantur diversa officia, & rationes, *l. 1. C. h. t.* Quod aliter se habet in caussa Pupilli, in qua ab unō tutorum debitum compensatur cum eo, quod ab altero petitum: quia divisio tutelæ non facit, quò minus unius sit patrimonium *l. Inter 36. inf. de admin. tutor.* * excipitur & curator rei frumentariæ, qui condemnatus ejus pecuniæ Debitor, vel Reliquator, quam accepit de publico, annonæ coëmendæ gratiâ, Compensationem pecuniæ, quam invicēm ei debet Resp. non habet, *l. Ob negotium 20. h. t.* quòd ratio annonæ sit præferenda privatæ utilitati. Alia ratio est Ædilis, cujus est annonam curare coëmptā erogare populo, vel militibus, qui condemnatus præbitæ arctioris añonæ tempore ædilitatis, id est, parci*, & injusto pondere: Compensationē tamen habet, quia non est debitor rei frumentariæ *l. Ideo 17. h. t.* * Ubi legendum *adilitatis*, cum Cujacio, *ad d. l. 7. & 20. Obs. cap. 23.* non etiam *adulitatis*, uti vult. Duar. 1. *Disp. c. 25.* & nuper quidam è Neotericis adstruere voluit: cum nomen istud sit planè barbarum, apud probatos Auctores non inventum: nisi quod apud Lampridium, *in Alexandro*, habeatur, cujus tamen lectio est dubia: & facit pro priori lectione, quod Ædiles, ut frumento præbendo & dividendo præessent, olim fuerint cōstituti, *l. 2. §. deinde Cor Sulla sup. de orig. juris*

25

26

27

Oportet itaque, ad compensationis effectum, vicissim sit debitū ab eo, qui agit: nam quod tertius debet, in eā deduci non patitur æquitas, *l. In rem 18. h. t.* Sic tutori agenti suo nomine non obstat debitū reo per Pupillum *l. Ejus 9. C. h. t.* Nec pupilli nomine agenti obstabit: quia ipse Tutor

adver-

adversario debet, *d.l.pen.h.t.* eò quod alienum debitum alium gravare non debeat, nec remorari Actionē, Medices *hic p.2.q.14.* Sic & Debitor hæredis militis, quoàd castrēsia, nō compensabit quod sibi debetur ab hærede bonorū paganorum, *l. Debitor 19.h.t.* quia non est debitū vicissim. 28 Procuratori quoq; convento, proprii debiti nomine, nō prodest, quod Domino Actor debet, ex dicta ratione, & idē in similibus. Procuratori tamen in rē suam habere æquitatē compensationis dicitur, *d. l.18.* quòd vice mutuâ debitū concurrat. Ubi difficultatem movet, quòd dicitur, post litem contestatam vice mutua conventū habere Compensationem. Cujus ratio cum Accursio non est, quòd cum possit revocari Procurator, in rē suam datus, cùm & ante revocari non possit, *l.6.& 7.de oblig. & act.* & ante litē motam mortuus transmittat ad hæredem, *l.illam 33. C.de donat.* sed ideo ibi litis contestatæ fit mentio, quòd dubiū, an id, quod in judicio petitur, cōpensari possit, dimisso judicio; ex eo, quòd illud temerè non sit dimittendū, ut ex Castrensi tradit Cujac. *ad d.l.18.h.t.* Et placuit etiam id compensari posse, *l.8.h.t.* ne, contra regulam juris, contestando litem quis conditionem suam faciat pejorem, *l. Non solet inf. de reg. juris.*

29 Hoc in dubium vocatur, An cesso debito salva sit debitori compensatio ej⁹, quod vicissim ei debebatur à cedente? Posset videri nō esse salva cōtra cessionariū, quòd nihil vicissim debeat, *d.l.ejus 9 C.h.t.* Et licet elidi potuerit Actio quando erat penes Cedentē, non tamen jam translata in aliū. Castr. *ad d.l.9. Ejus.* Contra tamen veriùs, Cessionario eā opponi posse, eo modo, quò poterat Cedenti, cum actio cū sua caussa transeat, nec possit fieri cessio in præjudicium Debitoris, cui jus compensandi jā erat quæsitū Bart. *ad d.l.ejus.* Tindar. *de compensation.art.7.n 4* Quod ita verum, si Debitori isti vicissim obligatus jam erat Cedens; sec⁹ si necdum obligatus; quia cessabit Compensatio, ex jure postea quæsito, contra Cessionarium, cui jus liberum quæsitum diminui per contractum subsequentem nequit. Seb. Medices *p.1.q.43.* Ant. Faber 12. *Conject.c.9.* Papon. 12. *Arrest t.6 c.2.*

30 Fidejussori etiam prodest Compensatio Principali competens; quia non potest teneri in pl⁹ quā ille tenebatur, *l 4.h.t.* Cui & liberū est compensare, quod sibi debetur ab Actore, *l 5.h.t.* Nā & proprium debitum facit eum min⁹ teneri ex fidejussione, ejusq; interest poti⁹ non solvere, quā solutum repetere. 31 Filii & Servi nomine agēs Pater, & Dominus Compensationē admittit; quia ejus res est, *l, Si cum 9.h.t.* & filiusfam. si cū eo agatur, cōpensat quod Patri debitum ab Actore, *d l.9.in fine.* quòd sit unus contractus; ita tammen, ut caveat, Patrem ratum habiturum. Sic & hæredi compensatur, quod debebat defunctus, cum quo est eadē persona, nisi sub inventario adierit, quod facit salvas suas Actiones hæredi, *l.fin. § compensationem C.De jure deliberan.* Seb. Medices *p.2.q.4 & 5.*

32 Effectus Compensationis oppositæ, positis requisitis, de quibus dictum est, extinguere debitū hinc inde omnino, si æquale sit; alias pro concurrenti quantitate, *§.compensat.Inst.de act.* Excusare à mora, sistere usuras, etiamsi proveniāt ex privilegio ætatis, cùm nihil absit ei, qui ipse tantumdē debet. Quod procedet, etsi un⁹ pecuniā sub usuris debeat, alter sine usuris, *l.cū alter 11.h.t.* aut in vicē quidē debitæ usuræ, sed diversæ, *l Idē 12.h.t.* quia frustra conqueritur de morâ solutionis, cuj⁹ nomine exiguntur usuræ, qui ipse tantumdē debet.

33 Ubi quæritur, An etiam sistatur cursus Redit⁹ Añui, si Debitori ejus Actor vicissim debeat sortē æqualem? Dicendū non sisti: ex eo, quòd non sit utrimq; debiti paritas: cum qui debet Reditū, non debeat sortē, cujus nomine Reditum præstat, & à quo invito sors exigi nō potest; nomine sortis autem quā alter debet vicissim, pēsio exigi nequeat, citra labē usurariam, manente eâ sortis qualitate, ut exigi possit ad lubitum ejus, cui debetur. Idem procedit, si utrimque debeatur Reditus añuus æqualis: necdum enim alter cogi potest admittere Compensationem; quòd videatur quodam̃odo species debita. Si tamen reliqua hinc inde quædā fuerint, illa quò minùs compensentur, etiam cum sortè debita, ab illo cui vicissim debentur reliqua, non est dubium, cum eorum inter se sit eadem qualitas, & ratio, ut non subterfugiant Compensationem. Fab. *§.in bona fidei n.9. Inst. de actionib.*

34 Facit & compensatio evitari com̃issionē pœnæ, non tantùm conventionalis, quia conventioni satisfactum per debitum mutuum, sed & legalis; & generaliter, ubi alias in damno maneret alter, cum quia nihil interest, solvat quis an compenset, uti dictum, ut videatur Creditor habere quod petit; tum quia in mora esse eatenus quis dici nequeat, quatenus ab altero vicissim sibi debetur, & cui posset imputari quòd non solverit; ut videatur ab eo impediri, quò minus [illegible] solvat. Bartol. & alii in *lege Amplius infra Rem ratam haberi.* Nec quidquam impediet Juramentum appositum ab altera parte super solvenda pœna, aut interesse; cùm recipiat omnes conditiones, quæ sunt de natura actus, super quo interponitur, *l fin C.de non nu.pec.* Et ut juramentum obliget præcisè ad

factum; non potest tamen inferri exclusio Compensationis, cùm debitum alterum, cum altero hic recipiat functionem, ut interesse, aut pœna non possit habere locum. Hinc non rectè quis intulerit, Emphyteutam morosum solvendo canonem, evitare commissionem rei emphyteuticæ, ex eo, quòd illi vicissim debeatur à Domino; cum debiti hinc inde non sit eadem qualitas; quamvis aliquis, minùs re inspectâ, contrarium velit, quâ de re latiùs agemus infra post Tit. Locati.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 2. de Compensationibus.

Ad n. 2. Etsi hodie Compensatio ipso Jure fieri intelligitur, tamen veriùs est, factum hominis idcirco non excludi, sec. Treut. *vol. 1. disp. 25. th. 10. lit. f P. Peck. de jur. Sistend. cap.* 1. *n. 9. adde* Christin. *1. decis.* 231. *& seq.* Schæff. *3. qu.* 12.

Ad n. 7. An Compensatio locum habeat in commodato *vid.* ⁂ *tit. commod. n.* 22. Schot. *in Exam. Iurid. pag.* 412. Treutl. *vol. 1. disp. 25. th. 7. lit. f ibique alleg.*

Debitum ex causa frumentaria vel annonia, non potest ex compensatione retineri; *vid.* Cöpp. *de privil. rusticor. lib. 2. cap. 9. pag.* 93.

Nec Alimentorum petitioni, nec tributorũ exactioni objici potest Compensatio Zanger. *de Except. part. 3. c. 8. n* 18 Carpzov. *part. 1. Const.* 8. *defin. 9. Nec cõtra studiosos* Horat. Luci⁹ *de priv. Schol priv.* 10.

Ad n. 11. In causa Compensationis Judicem in pronunciando oportet esse cautum, ne reo facultatem petendi debitum auferat: Si enim reprobaverit Compensationem, quasi debito non existente, Reo quandocunque postea debitum illud petenti, nocebit exceptio rei Judicatæ: ut eleganter tradit. Ulpian. *in l. quod in diem 7. §. Si rationem 1. ff. h. t. & l. Si autem 8. §. si quocunque modo ff. de negot. gest.* Anton. Faber. *in Cod. lib. 4. tit. 23. defin.* 5. Carpzov. *p. 1. const. 8. defin.* 5.

Ad n. 12. Qui autem quos debet in specie, non valet objicere compensationem ejus, quod sibi debetur in moneta numerata sive currente, Carpzov. *prox. cit. loc. def.* 11.

Ad n. 15. Judicis arbitrio relinquitur intra quod tempus debitum compensandum probari debeat. *l. fin. in verb. Sed possit Iudici facilem exitum &c. C. h. t.* Schneidw. *ad §. in bonæ fidei Iudiciis* 30. *Instit. de action. n.* 18. *& seq.* Felin. *in cap. cùm Iohannes* 10. ⁂ *de fide instrum. n.* 1. Berlich. *part. 1. concl. 23. n.* 10. Menoch. *lib. 2. arbitr. Iudic. quæst. cent. 5. cas. 14. n. 5. & seq.*

An & quatenus ratione dotis vel aliorum bonorum, mulieri vel aliis, competat jus retentionis *vid. ap.* Berlich. *part. 2. concl.* 32. Anton. Faber. *in Cod lib.* 8 *tit.* 15. Alth. Dicæol. *lib. 2. c.* 17.

TITVLVS III.

Depositi vel contra.

SVMMARIUM.

1. *Depositum, quod & Commendatum, quid?*
2. *Depositi finis est custodia rei.*
3. *Depositâ pecuniâ usus an concessus depositario.*
4. *Actione depositi petuntur usura ex nudo pacto.*
5. *Actio depositi directa quibus detur.*
6. *Adversus quos.*
7. *Contra tertium non datur.*
8. *In hæredem quatenus detur.*
9. *Venit in hanc actionem res ipsa restituenda.*
10. *Compensationi in deposito locus non est.*
11. *Ut neque reconventioni.*
12. *Re peremptâ venit æstimatio ex dolo depositarii.*
13. *Dolus unde arguatur.*
14. *Dolus & in hospite depositario præsumitur.*
15. *Limitatio hujus.*
16. *Tenetur & de lata culpâ depositarius.*
17. *Nec ab ea excusatur circa res suas latam culpam admittens.*
18. *Licet etiam in suis diligens, circa deposi. sit negligens.*
19. *De levi culpa non tenetur.*
20. *Veniunt & fructus cum omni causa.*
21. *Restituenda res eo loco quo deposita.*
22. *Restituenda autem ipsi deponenti.*
23. *Etiam prædoni ac furi.*
24. *Domini tamen concurrentis potior caussa.*
25. *Domino quando non restituenda.*
26. *Depositum an restituendum, concurrentibus creditoribus depositarii.*
27. *Intellectus* l. Si ventri §. in bonis D. De privil. credit.
28. *Depositi actio ex quibus caussis in duplum detur.*
29. *Depositum continuò restituendum.*
30. *Actione depositi directâ damnatus fit infamis.*

31. *Actio depositi contraria ad quid detur.*
32. *Sequestratio quid?*
33. *Est duplex, voluntaria & necessaria.*
34. *Sequestri officium.*
35. *Possessio rei sequestratae an transeat.*
36. *Sequestraria actio ad quid detur.*

1 Inter credita te inita est Depositum, de quo superest agere, quod & *Commendatum* dicitur; cum juris Auctores verbo *Commendare*, pro deponere, non rarò utantur, *l. Lucius 24. & 26. h. t. l. 6. & 9. Cod. eod.* Est autem contractus, quo res alteri custodienda datur gratis, *l. 1. in princ. h. t.* Sua sit, an aliena, non interest, *l. bona fides 31. h. t.* sit tamen mobilis: nec enim immobili competit etymon, quod a ponendo deductum, *d. l. 1. in princ.* immobilis autem poni nequit. Et hoc ita quoad illam speciem, quae communiter Depositi nomine venit: nam est & alia species, quae habet locum etiam in re immobili, de qua infra. 2 Finis Depositi tantum est custodia rei, possessione & dominio manente penes Deponentem, *l. Licet 17. §. 1. h. tit.* in quo distinctum ab aliis contractibus re initis, quibus vel dominium transit, vel possessio, vel usus conceditur; quem hic sibi adsumens invito Deponente, furti reum se facit, *l. 3. Cod. h. t.* quod ita procedit in specie deposita.

3 Quaeritur, An pecuniae depositae usus possit videri concessus. Certum est, depositae pecuniae obsignatae non posse dici concessum usum; ut eum attingens invito Domino, furti teneatur, *l. si sacculum 29. h. t.* quod & dicendum, si non obsignata data, reddenda in specie, secundum naturam Depositi *l. Cod. h. t.* Si velut genus deponatur, quo tantundem reddendum venit, videtur usus concessus, & maximè si de usuris praestandis conventum fuerit, *d. l. Lucius 24. 25. & 26. & §. 1. h. t.* Quibus locis dicitur, hujusmodi conventiones terminos Depositi terminos egredi, salvâ tamen actione depositi propter animum deponendi, non mutuandi. 4 Et patet ex eo quod *d. §. 1.* dicatur usuras peti Actione Depositi ex nudo pacto, quod non esset, nisi foret Actio Depositi; cùm ex mutuo non debeantur usurae, nisi per stipulationem de iis conventum fuerit. Nec obstat, quod tale pactum naturae vel substantiae contractus contrarium, cum transmutet in alium contractum, ut traditum de Precario, in *l. cum precario 12. inf. de precario* de Commodato, *Inst. Quib. modis re contrah. oblig. §. commodata*, de Locato *Inst. De locat.* Verum hoc ita, quando palam hujusmodi pacta adduntur, quae faciunt non stare contractum, sed in alium transire; non etiam si tacitè tantum, & ex consequenti, ut tradit Cujac. *ad d. l. Lucius.* Quo modo non obstabit *l. Certi 9. in fine & 10. sup. si certum pet.* ubi expressa permissio usus facit Depositum transire in mutuum: quod & habet *l. 1. §. si pecunia apud te h. t.* Quod secus erit, si tacitè tantum concedatur usus: ut si convenerit de reddendo tantundem, de praestandis usuris. Quamvis non diffitendum, ejusmodi pactionem mutuo proximam esse, & Depositi hoc genus facere improprium vocari, sive irregulare; quia contra regulam Depositi facit dominium, vel usum in Depositarium transire.

5 Duplex ex hac Depositi specie Actio data, Directa scilicet, & Contraria. Illa datur Deponenti, sive is sit filiusfam. *l. Julianus 19. h. t.* sive paterf. sive liber homo, sive servus proprius, vel bonâ fide possessus, aut fructuarius, *d. l. 1. §. si servus & §. non solum cum seq.* Ab haereditario servo depositum haeres repetit, *d. l. 1. §. item si servus.* Servus si deposuit, sive vivat, sive decesserit, Domino Actio competit, etiam in casu, quo alienatus: quia initium spectandum est, *d. l. §. si servus deposuit.* Plurium Servus deponens facit utrumq; Dominum pro parte agere, *d. l. §. si duorum.* Plures si deposuerint, & convenerint, ut unus totum tolleret, in solidum iste aget, & res ei cedenda: si pro parte tantum, pro ea, qua ejus interest, *d. l. 1. §. sed si domino.* Quod & dicendum, si nihil convenerit, & alter agat servato tamen modo, de quo in *l. 1. §. si pecunia in sacculo h. t.* Si à pluribus depositum, hac conditione, ut non nisi simul utrique redderetur, uni tantùm reddens, alteri tenebitur. Quo in casu Ancillae cuidam, quae alteri tantum repetenti restituerat sarcinam, ab altero in judicium vocatae, Demosthenes suâ astutiâ succurrit, allegans mulierem paratam fidem solvere: sed non, nisi socium adduceret Actor: quod quia non poterat, absoluta mulier. Erasm. *in Apophtheg. V. Demosthenes*, simile factum legitur D. Joannis patroni nostri, *in ejus vita.* Datur & Haeredi deponentis, bonorum possessori, aliisque Successoribus, & qui eorum loco sunt, *d. l. 1. §. hac actio:* qui si plures fuerint, majori parti res restituenda, *l. Si plures 14. in princ. h. t.* Qui si inter se contendant, ei res tradenda, qui paratus adversus alium defendere reum, *d. l. 1. §. apud Julianum.*

6 Datur contra Depositarium, vel unum, vel plures, quorum quisque tenebitur, nec liberabitur alter unius electione; sed demum solutione, *d. l. 1. §. si apud duos;* etiam Filiumfam. cum quo agendum erit, si rem penes se habeat, emancipatum scilicet, *l. si apud 21. h. t.* alias cum Patre de peculio, *d. l. 1. §. filiumf.* Pupillus sine tutore aucto-

re non tenetur; nisi doli capax dolum admiserit, vel locupletior factus sit, *d. l. 1. §. an in pupillum.* Servi nomine Dominus convenitur, *d. l. 1. §. idem & in servo.* In Manumissum hæc Actio non datur, cum ex contractu in servitute, liber non teneatur, *tit. C. An servus post manumiss.* nisi rem ipsam teneat, *d. l. 21. §. 1.* quia videtur tunc res penes ipsum deposita. De dolo suo etiam post manumissionem teneri servum tralatitium est; quia noxa caput sequitur. Competit etiam contra Ecclesiam, quatenus corpori Ecclesiæ res est commendata, non etiam, si alicui de Ecclesia, cujus factum non debet gravare Ecclesiam, *c. 1. ȣ eod.*

7 * Contra Tertium, penes quem res est, vel ex facto Depositarii, vel alias, non competit; quia personalis; nisi Depositarius Actionem contra tertium cedat, *l. si u 16. h. t.* vel nisi jussu Domini res penes tertium deposita fuerit, qui habebitur

8 verus Depositarius, *d. l. 1. §. si te rogavero.* * Tenet & hæredem hæc actio, quatenus ad eum pervenit, nisi subsit dolus defuncti, qui facit eum in solidum teneri, si solus sit hæres: alias pro parte, qua hæres est, quod dolus ex contractu, & rei persecutione descendens etiam hæredem teneat, *l. 7. §. 1. h. t. juncta l. Hoc jure 152. in fine inf. De R. I.* Qui & tenebitur in solidum ex suo dolo, si solus, alias pro parte, si uterque sit solvendo: nisi species deposita fuerit: in solidum enim quisque convenitur ex dolo admisso, *l. si duo 22. h. t.*

9 Venit in hanc Actionem Res ipsa restituenda repetenti, etiam continuò post depositionem: non obstante quòd de certo tempore, ad quod res deposita maneret, conventum fuerit, *d. l. 1. §. pen.* quia cum tantùm gratiam concernat Deponentis, non facit tale pactum, quò minùs ei liceat mutare voluntatem. Neque enim fit gratia invito, nec foret alias extra dolum restitutionem differens: nisi caussa subsit excusans, ut quia res non est in provincia, vel in horreo, cujus aperiendi fortè non est licentia, vel facultas, *d. l. 1. §. est autem.* Restituenda autem res in specie, nisi aliter habeat conventio, *d. l. 24.*

10 Compensatio nulla hic admissa, quòd ea non ponat Depositarium extra perfidiam, ut dictum supra. *tit. De compensat.* Quod non tantùm procedit in casu, quo Depositum constat per instrumentum: sed etiam per confessionem tantum, cum per eam sufficienter constet de Deposito: ut non possit illi negari privilegium à jure concessum, ne compensatio admittatur, ut tradit Man-

11 tic. *De ambig. contract. l. 10 c. 10. n. 13.* * Reconventioni quoque hic locus non est, ex eo quod instrumentum Depositi habeat paratam executionem non retardandam alicujus objectione, *l. si quis 11. Cod. h. t.* Bart. *ad Auth. Et consequenter n. 9. C. De sent. & interlocut. om. jud.* Potest tamen cum Baldo dici, *ad d. l. 11. n. 2.* admitti Reconventionem, non quidem ad effectum retardandi restitutionem, sed tantùm prorogandi judicem. Marauta *in Speculo p. 4. Dist. 6. n. 30.*

12 Res si perierit, ratio vult, ut æstimatio veniat, eò quòd ad impossibile nemo teneatur. Si deterior facta fuerit, non videtur reddita, *d. l. 1. §. si res,* nisi quod interest, suppleatur, *l. 3. in pr. sup. Commodati.* Non aliàs autem interitus, vel deterioratio gravat Depositarium, quàm si dolus ejus arguatur, *d. l. 1. §. fin.* ut culpâ commissum non luat, *l. si fine 20. h. t.*

13 * Dolus ex variis arguitur: ut si reposcenti non restituatur, quo casu & hæres non restituens suo nomine tenebitur, *d. l. 1. §. fin.* nisi sit caussa excusans dilationem. Arguitur & dolus ejus, qui vinctum, vel ad malam mansionem (quam quidam interpretantur lignum, cui plantæ, divaricatis cruribus, inserebantur: alii instrumentum ad quæstionem habendam paratum, secundùm *l. 7. in pr. h. t. & l. item 15. §. quæstionem inf. De injur.*) extensum, suæ custodiæ commissum solvit, licet motus misericordia, quam hac in re intempestivè exercuit. Arguitur item dolus ejus, qui inficiatus Depositum, convictus non reddit, *l. si quis 13. h. t.* & qui rem depositam vendidit, licet postea redemerit, propter dolum in venditione commissum, quem non purgat redemptio, *d. l. 1. §. si rem depositam.*

14 Præsumendus videtur & dolus in hospite, penes quem deposita cista obsignata, reperitur resignata: propterea quòd malæ fidei, & versutionis sit argumentum ejusmodi resignatio; nisi testatò facta fuerit, vel honestis personis, ubi res ita exegerit, *l. 1. §. si pecunia, sacculo h. t.* Videtur autem in casu cistę signatę, & depositę simpliciter respondisse Ulp. *d. l. 1. §. si cista.* etiam rerum, licet non ostensarum hospiti, nomine contra eum agi posse. Cujus dictum indistinctum ita accipiunt ibi Interpretes, ut si cista resignata inveniatur juramento Deponentis standum sit super rebus eâ contentis. Castr. *ibi n. 3.* Bart. Quod ita admissum tradit Innoc. *in c. fin. n. 2. ȣ De his quæ vi &c.* quia hospes contra legem Depositi fecerit, modò constet eum custodiæ suæ cistam recepisse. Quā sententiam probat Clarus *lib. 5. §. Furtum n. 27.* Men. 2. *Arbitrar. casu 208. n. 33.* Ubi tradit varias

15 limitationes. * Inter alias si contrarium hospes probare malit, si facti & personæ qualitas pro eo faciat, ut quia inculpatæ famæ, & cista ita clausa,

ut facilè potuerit recludi; si hospiti non comendata, sed simpliciter relicta in hospitio, quamvis eo sciente: neque enim potest dici per hoc custodiam promisse, cùm ad inducendam obligationem nihil faciat silentium, *l. Filiusfam. 8. §. invitus sup. de procur.* nisi concurrat personarum conjunctio. Men. 6. *Præsumpt. c. 99. n. 33.* Si in loco consueto per hospitem posita fuerit; cui nihil imputandum, cùm more consueto curam Deposito præstiterit, *l. Quod Nerva 32. h. t.*

16 Dolus itaque facit, Depositarium teneri hac Actione; & quidem tantùm, ut habet *l. Contractus 23. de R. I. & l. 1. §. fin. h. t.* quòd tantùm agatur gratia Deponentis. Non facit tamen taxativa ista, quò minus & lata culpa præstetur; quæ sub dolo comprehenditur, illique est proxima, *l. Magna 226. inf. de V. S.* vix enim est, ut doli suspicionem effugiat, qui non intelligit quod omnes intelligunt, quod latæ culpæ adscribitur, *l. Cedere 213. d. tit.* Cui adscribitur non ad suum modum curam circa Depositum præstare, & non eâ diligentiâ res alienas, qua suas, curare: neque enim hoc salva fide fieri potest *d. l. 32. h. t. & c. 2. ii eod.*

17 Ubi Quæsitum, an circa suas admittens latam culpam, excusetur ab ea commissa circa res depositas: Vult hoc Zasius, *ad d. l. 32.* Ubi textus excipit eum, qui ad suum modum curam Deposito præstitit. Eodem respicit *§. præterea Instit. Quibus modis re contra oblig.* Ubi qui parum diligenti amico rem custodiendam tradit, Actionem non habet de damno, quòd suæ facilitati id imputare debeat. Id ... traditur *l. Socius 72. inf. Pro socio.* Unde Pet. Fab. *ad d. l. 14.* vult eum, qui ut in propriis, ita in depositis negligentissimum se præstitit, nihilo magis teneri. Contra tamen tenet Glossa, *ad d. l. 32.* talem teneri & de lata culpa; ex ratione, quòd accipiens Depositum obliget se ad eam diligentiam, quam natura requirit contractus, quæ hic latam culpam vult puniri. Quò facit *l. si constante 28. §. si maritus inf. soluto matrim.* quæ non excusat maritum sævientem in servos dotales, ex eo, quod & in suos sæviat; qui tamen tantam rebus dotalibus diligentiam præstat, quantam suis *l. in rebus 17. inf. de jure dot.* Facit etiam *l. Mulier 22. §. sed enim inf. Ad S. C. Trebellian.* Ubi consueta in suis negligentia non facit, quin in alienis puniatur, pro natura contractus. Optimè facit *l. 1. §. is quoque inf. de obligat. & actionibus.* Ubi textus habet, negligenti amico rem committentem se queri debere; magnam tamen negligentiam in doli crimine incidere.

18 Ut non obstent loca in contrarium allata: nam *d. §. præterea* rectè accipitur de levi culpa, ut patet ex textu, in verbis, *parum diligenter custoditam:* quomodo & accipienda *d. l. 72. & d. l. 32.* Nisi diceris hac non aliud agi, quam quòd Depositarius non sit in dolo præsumpto, ex eo quòd eandem culpam admittat in suis. Unde non rectè intulerīs, quòd latæ culpæ non reddat rationem; cùm accipiendo Depositum obligaverit se ad id, quod requirit natura contractus, *l. si duo 38. inf. de acq. hered.* ad dolum scilicet, & latam culpam, *d. §. is quoque* Barbosa *ad l. si mora in princ. n. 31. inf. soluto matrim.*

Quid si in suis diligens, circa depositas negligenter versatus fuerit? Videtur non carere fraude; quòd salvâ fide non minorem alienis, quam suis præstet diligentiam, *d. l. 32.* quam rem latæ culpæ, aut dolo præsumpto adscribit Bart. *ad l. 32. n. 29.* quòd ista negligentia ex animo, & proposito descendat, Gloss. *ad l. 32. V. minorem.*

Quod attinet ad naturalem interitum, ille Domino nocet, quia casui attribuitur; nisi factum, vel culpa Depositarii prævia eum causârit, si tamen res restituta eodem modo non fuisset peritura apud Dominum, qua de re actum supra *ad t. rei vindic.*

19 Hæc de dolo, & lata culpa. Levis non venit præstanda; quia contractus ille concernit comodum Deponentis tantum, secundum *l. Contractus 23. inf. C. R. I.* Sunt tamen casus, quibus præstatur: veluti si Depositarius Deposito se obtulerit, quia videtur promisisse diligentiam: si aliquid pro custodia receperit, quia tum & ejus caussa agitur, secundùm *l. 5. §. nunc videndum sup. Commodati;* licèt ea res parum respondeat naturæ Depositi, quod est gratuitum: si pacto ad culpam se obligaverit, quod faciet eum, & ad levissimam culpam, & ad casum fortuitum teneri, *c. 2. ii eod.*

20 Ultra rem veniunt etiam Fructus, cum omni caussâ, *l. 1. §. & ideo hoc tit.* Est enim hæc Actio bonæ fidei, quæ non fert aliquid sine caussa manere penes Depositarium, qui gratis operas præstat. Qua de caussâ & Usuræ veniunt, quas recipit, vel in usus proprios pecuniam converterit, post moram tamen, *l. 2. & 4. c. eod.* Ex pacto eas venire non videtur pati contractus natura; quæ ut gratuitum officium desiderat, ita illud præstanti non est imponendum onus; servanda tamen conventio, *l. Lucius 24. in fine h. t.*

21 Restituendum Depositum eo loco, quò depositum, nisi aliud actum sit, & tum quidem impensis Deponentis. Quod & dicendum, si velit aliò rem perferri, *l. Si in Asia 12. hoc tit.*

Red-

22 *Reddenda ipsi Deponenti, sive sit Dominus, sive non: ut & servo Deponenti recte redda.ur, si vel servum ignoraverit Depositarius, vel justa caussa intervenerit, qua credere possit Dominum Servo reddi velle, *l. quod servus*

23 *11. h. t.* * Quod & obtinet in Prædone, ac Fure; quia interest eorum, cum teneantur cōditione *d. l. 1. §. si prædo*, & quia conveniat bonæ fidei ac equum reddere ei, à quo acceptum est. *d. l. 1.* Cui & quæstio dom ni non

24 recte refertur. * Domini tamen concurrentis justior, & potior erit caussa. cum justitia ita suum tribuat cuiq; velit, ut non mereatur ab alterius justiore repetitione, *l. Bona fides 31. §. h. t.* Hinc si bona Deponentis fuerint publicata, non restituendum depositum Deponenti; sed in publicum deferendum *d. l. 31. in pr.* ubi respondet, quod tradit Cic. *3. Offic* depositam pecuniam non reddendam Deponenti bellum patriæ inferenti; quod

25 hoc sit contra Remp. quæ debet esse charissima.* Restitui etiam te a Domino deponenti, si ei sit futura nocumento, non patitur bona fides: uti si furiosus, vel Ebrius gladium depositum repeteret, eo abusurus, nihil faciente obligatione depositarii, quæ tali & simili casu cessat; *can. Quis XXII. q. 5.* quod res in eodem statu non manserit, *l. Cum quis 38. in pr. i. f. de solutionibus*. Quo facit, quod scribit Seneca *de benefic. l. 4. c. 10. Depositum reddere, per se res est expetenda: non tamen semper reddam, nec quolibet loco. nec quolibet tempore Aliquando nihil interest, utrumne fitear an palam redd im. Intuebor utilitatem ejus, cui redditurus sum, & ne itarum illi depositum negabo* cum, ut ait Cic. *1. Offic* quæ max me videntur justo homine digna, & ad veritatem, & fidem pertinent, negare interdum, & non servare sit justum: commutatis utpote justitiæ fundamentis comutatur & officium, ut nō semper sit idem.

26 * Quæritur, quid juris in casu, quo cum Deponente concurrunt Creditores Depositarii? Res ea dubio caret in casu, quo depositum in specie restituendum, quia nihil est, quod sibi adrogent creditores, nisi res sui debitoris: non est autem debitum Depositum, cujus proprietas, & possessio mansit penes Deponentem, *l. Licet 17. in fine h. t.* cui ejus vindicatio est salva *l. 5. §. pen. de trib. act.* Tantum disputatur in casu, quo dominium transivit, uti quando conceditur rei usus, *ut in l. Lucius 24. cum seq. hoc tit.* estque hac in re textus distinguens in *l. 7. §. quoties h. t.* inter eos, qui deposuere apud Nummu arios sine fœnore, & eos, qui suo fœnore: & dicitur, illorum primo ratione, habendam esse, etiam ante privilegia, id est privilegiatos hos verò à cæteris Creditoribus non separati; ex ratione, quò d videantur Deposito r nuntiasse, & potius credidisse, quàm deposuisse; illi verò non possint dicti renuntiasse deposito; cujus etiam actio manet, & nummi taliter depositi extantes possunt vindicari, *l. si ventri §. in bonis inf. de privil.*

27 *credit.* * His obstat, quod d §. *in bonis* dicatur, tali casu Depositum esse post privilegia. A variis varie solvitur ista apparens antinomia. Sed dicendum, isto loco agi de diversis privilegiis: in fine de iis, quæ nomine hypothecæ competunt: in principio vero, quæ aliunde habent prælationem, etiam ante hypothecas, ut etiam tali Deposito sint potiora, de quibus actum est paulo ante *ind. l. si ventri & præcedentibus.* Quo modo Depositum præfertur aliis privilegiis ratione hypothecæ competentibus, secundum finem *d. §. in bonis, & d. §. quoties.* Cujac. *ad l. 8. h. t.* Aliter Pacius *cent. 4. q. 79.* Ut autem deponentium sit potior caussa aliis secundùm modum jam dictum inter ipsos tamen Deponentes ordo non spectatur; sed omnes simul admittuntur, & omnium simul ratio habetur, *d. l. 7. §. fin.* Vid. Stracha *de decoctorib. tit. Qui potior in bonis decoctor. n. 2. 3. & 4.*

28 Quod dictum, Depositarium teneri de rei interitu, & deterioratione, ob dolum, vel latam culpam non excedit simplum re, *l. 1. §. 1. hoc tit.* Exceptis quatuor casibus depositi scilicet caussâ Tumultus, incendii, ruinæ, naufragii: in quibus temeraria depositi infitiatio facit Actionem crescere in duplum, & dari in perpetuum adversus ipsum depositarium *l. De eo 18. hoc tit.* Ratio posita est in majore perfidia, quæ committitur istis casibus, quibus necessitas non permittit fidem boni amici in deponendo sei gere: quæ facit augeri, & crescere perfidiam; crimen autem publice coërcendum *d. l. 1. §. hæc autem* Non est eadem perfidia extra illos casus, quibus cuivis est otium dispicere de fideli amico, quem seligat. In hæredem isto casu Actio est in simplum tantùm, & non nisi intra annum, *d. l. 18.* nisi & ipsum similis infitiatio gravet *d. l. 1. §. 1.*

29 Ex istis itaque casibus, de quibus supra, depositum in specie restituendum: & quidem continuo cùm habeat paratam executionem, non retardandam per Compensationem, vel Reconventionem, vel ut dictum, nec per Exceptionem non numeratæ Pecuniæ, *l. in contractib. §. & quoniam C. De non num. pec.* Neque etiam per Retentionem, occasione sumptuum in rem, vel damni ex re vitiosa percepti, ne hac via contractus hic, qui ex bona fide oritur, trahatur ad perfidiam, *l. pen. C. eod.* cùm Depositario alia sit via suum consequendi. Quantùm ad Denuntiationem per tertium, de non reddenda re Deponenti, olim ea impediebat effectum restitutionis: cujus vis postea sublata, ut ea non obstante restitutio sit facienda; & simul præstanda læsio, si quæ forte contigerit per eam deponenti salva semper Denuntianti sua Actione contra Depositarium, sed quæ alia via sit intentanda, *Auth. sed jam cautum C. h. t.*

30 Hæc de Depositi Actione Directa, In qua hoc singulare; quod damnati notentur infamia, ratione ruptæ fidei *l. 1. sup. de his qui not. infamia* Et hoc quatenus damnatus in eam, dolo, vel latæ culpæ, quæ dolo proxima, ursim liter sit puni nda. Quo facit, quòd infamia ex eo oritur, quia de fide rupta agatur; rumpitur autem & ab eo, qui latam culpam circa Depositum admisit, *per d. l. 5. in princ h. t.* Ubi dicitur contrario judicio jurari in litem, quod de fide rupta non agatur. Iuratur autem in litem etiam ex lata culpa *l. 2. C. De in lit. jurando & per l. 4. in fine sup. eod tit.* Ubi excipitur culpa, quo nomine levis culpa venire solet.

31 Contraria Depositi Actio datur Depositario, *d. l. 5 in princ.* qua repetit quod sibi abest nomine Depositi suscepti, ut quia in illud impendit, aut damni quid passus, ratione vitii rei depositæ, argumento eorum, quæ dicta sunt supra *ad tit. Commodati.* Sciverit, an ignoraverit vitium Deponens non inspicitur, nam ut recte I. C. ait, *l. si servus 61. §. quod vero inf. De furt.* licet æquum videatur, non oportere cuiquam plus damni evenire per servum, quam quanti ipse servus est, multo tamen æquius est, nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxit, non

non etiam sui commodi caussa susceperit, damnosum esse: qui justissimè allegabit, non fuisse se id damnum passurum, si Depositum non suscepit. Ex eò, quòd consestim repetatur Depositum, nulla est querela Depositario, etiamsi aliter conventum fuerit; cùm illi nihil absit, & Depositum non sui commodi caussa sed alterius susceperit, cui invito non fit beneficium. quamvis è contra Depositarius intempestivè reddendo Depositum, se non liberet; cùm officium semel susceptum contra depositionis legem non liceat deponere; nisi justa causa aliud suaserit, *d.l.5 in princ.* Contrarium hoc judicium, cùm de fide rupta non agat; sed de calculo, non notat damnatū infamia, *l.6.§.fin.sup. De his qui not.infā.* Hæc de priori Depositi specie.

Altera species adsumsit nomen speciale, & Se- 32 questratio dicitur, quæ est rei controversæ à pluribus facta depositio penes tertium securitatis ergo: in quo distincta à specie priori, quæ est rei non controversæ: etiam ab uno fieri solita, idque custodiæ ergò. *l.Licet 17 hoc tit.* Tertius iste Sequester vulgo dicitur, ex eo, quòd quasi sequenti eos, qui contendunt, res committatur. *l.Sequester 110. inf. De V.S.* vel potiùs, quòd fidem ejus pars utraque vel judex sequatur.

33 Duplex est hæc species: Una Voluntaria, quæ fit consensu partium, ideoque regulariter permissa, altera Necessaria, quæ fit auctoritate Judicis, parte invita, ideoque odiosa, & regulariter prohibita, *l.1.C. De prohib.sequest.pec.* Admissa tamen ex caussa, ut si res mobilis fuerit, quæ possit interverti per possessoré, cum quo lis, aut si sit imobilis, fructus ejus sequestrentur in periculo dissipationis *c.2.* ✠ *De sequest.possess.* Dictat enim ratio, rem sequestrari, ut lite peracta, illi, pro quo judicatum, res sit integra, si aliter non satisdetur, *l.7. §.fin.sup Qui satisdare cogant. & l 5.C. Quor.appellat.non recip.* * Sequestri est rem commissam suæ 34 fidei diligenter custodire, fructus colligere, eosque servare Victori, nisi servando servari non possint, tunc enim venditionem permitti ratio suadet. Quod & dicendum, si ipsa res sequestrata servari nequeat: quod ipsum partibus displicere nequit, quæ aliàs nihil consequerentur, ita tamen, ut pretium loco rei servetur Victori.

Quæsitum hic est, An possessio rei sequestratæ 35 transeat in Sequestrum? Distinguunt Interpretes inter Sequestrationem Voluntariam, & Necessariam: in illa admittunt transire in Sequestrum possessionem, in hac negant, hac ratione, quòd actus voluntarius sit potior necessario, Gail.1. *Obser cap. 148. in fin.* Verius videtur, per neutram transferri possessionem. Pro quo facit primò, quod per traditionem nunquam transeat possessio sine titulo, ut de jure notum est, quæ aliàs potiùs censetur facta ex caussa custodiæ, *l 6.h t.* Sequestratio autem non est titulus sufficiens. Secundò, quod non sit verisimile, possessorem commodum possessionis velle amittere, cui ad usucapionem possessio non procederet. Unde tantum custodiæ caussâ sequestrata res dicenda, nisi aliud apertè comprobatum fuerit, potest enim pars suo juri præjudicare, *l Interesse 19.inf.de acq.poss.* Quomodo accipienda *l.17.in fine hoc tit.* in verbis, *Sed & possessio, nisi apud sequestrum deposita est, nam tum demum sequester possidet*, depositâ scilicet possessione, i.e. dimissâ penes eum hoc animo, ut possideat. Dnar. *hic c.1 & l.3. De benef.c.10.*

Ex Sequestratione oritur Actio Sequestaria, contra sequestrum, ejusque hæredem, ut finito Sequestro, vel ratione temporis à partibus adjecti, vel litis sopitæ, rem exhibeat loco convento, vel eligendo, *l.5.§.1.h.t.* unà cum fructibus: cui vicissim, si quid impendit, reddendum, *l.si in Asia 12.h.t.* Ut ante tempus Sequester se liberet, non est receptum: quia non convenit officio semel suscepto contra legem depositionis rem deponere: nisi caussâ sit quæ faciat ex judicis auctoritate, & arbitrio, vocatis his, quorum interest, eam in æde sacra deponi, *d l.5.fin h.t.*

ADDITAMENTA.

Ad titul. 3. Depositi vel contra.

Ad n.3. ARum *disp.22.th.10, add.l.24. hinc distinguit*: Quod sint duo genera rerum depositarum, unum, quo ex natura depositi, id quod datum est, redditur: alterum, quo non quidem idem in Specie sed in genere præstatur & c. *adde* Treutl. *vol.1.disp 16.th.6. per tot.*

Ad n.10. Privilegia depositi sunt, quod in illo nulla prorsus compensatio admittatur: Quod instrumentum depositi, paratam habeat executioné: Quod condemnato depositario, nō detur quadri-

 mestre

mestre tempus, ad solvendum Judicatum: Quod depositor corporis sive speciei extantis, non modo omnibus creditoribus præferatur anterioribus sed & mulieri &c. text. & Authores huc pertinentes *vid ap.* Treutl. *prox. cit. loc. th.* 7 *&c.*

Verior est sententia, quod depositorum privilegia locum non habeant, nisi in proprio, apparenti, vero, actuali, naturali & reali deposito, h.t. quando realiter & cum effectu, de re deposita constat §. præterea Inst. quib. mod. re contrah. oblig. de quo proprio, vero & reali deposito. Videatur Colet. *in processʃ execut. part.* 3. *c.* 1. *n.* 23. Secus obtinet in deposito confessionato, de quo aliter non constat, quàm per solam depositarii confessionem. *Ita* Mascard. *de probat. vol.* 1. *concl.* 509. *num.* 7. Tiraq. *tom.* 3. *de retract convent.* §. 4. *gl* 6. *n* 15. Cravett. *part.* 5. *consʃ.* 914. *n.* 1. *fol.* 375. Ludov. Schroder. *in comment de contract.* § *præterea. tit. de obligat. n.* 36. *fol.* 97.

Quando depositi summa, intra libram auri est, tunc depositum tribus testibus probari debet: Sin libram auri excesserit, quinque testibus instrumentariis probandum est, ita Express. Mascard. *de probat. vol.* 1. *concl.* 510. *n.* 4. quem allegat. Schvvanm. *in diff. Iur. Civil. & Camer. diff.* 4. *n.* 56. *pag.* 45. & 46. ubi pro deponente & depositario cautelas adducit, quas nota. (Ut autem hoc obiter addam, una auri libra (**Ein Marck lötigs Golds**) Septuaginta duos aureos constituit. Gail. 2. *obs* 39. *n.* 2. Sixtin. de *Regal. lib.* 2. *c.* 8. *n.* 52. *& seq.* Weh. *in obs pract. verb.* **Goldgülden** *pag.* 240. Schvvan. *in processʃ. Camer. lib.* 2. *c.* 1. *n.* 3.

Depositum autem nulla scriptura, nullisque testibus adhibitis factum, quomodo probari possit, elegantem cautelam tradit Mars. *quem allegat.* Mascard. *de probat. caut.* 510. *n.* 5. *& ult.* Gabriel. *comm. opin lib.* 1. *de præs. concl.* 2. De probatione amissionis pecuniæ depositæ *vid* Matth. Wes. *Consil.* 56. Depositâ pecunia apud Quæstorem vel Judicem alicujus domini, an eâ consumpta, Officiale non existente solvendo, Dominus qui ipsum constituit, teneatur deponenti? Item an depositarius, qui usus est pecunia, teneatur ad usuras. *vid.* Dan. Moller. *lib.* 4. *Semestr cap.* 18.

Ad n. 33. Casus in quibus sequestratio necessaria & Judicialis licita sit. *vid. ap.* Mynʃ *cent.* 5. *obs* 35. *n.* 4. *&* 5. *adde* Goedd. *de sequestr. c.* 2. *n.* 16. *& seqq. & præsertim num* 24. 25. Colet. *in processʃ. Execut. part.* 1. *c.* 3. *n.* 81. *& seq* Copp. 2. *obs.* 15. VVes. *Consil.* 17. Cravett. *Consil.* 508. *& Consil.* 978. Gilhaus. *in arb. Iudic Civil. c.* 10. §. 3. *n.* 12. *& seqq.*

Ob sævitiam viri sequestratur uxor: Et quid si cavere velit maritus? *vid.* Colet. *in processʃ. Executiv. part.* 1 *c.* 2. *n.* 134. *& seq.* Bauman. *de sequestr. c.* 3. *n.* 12. Quod Dd. etiam ad familiam extendunt, propter sævitiam domini, Colet. *d. l. n.* 116.

Pendente lite, super sponsa duorum, copula interdici, & puella apud honestam matronam sequestrari debet. Gail. 1. *obs* 112. *n.* 15 *& n.* 16. ubi pulchram formam pronunciandi, super sequestratione puellæ habet. *&* 2. *obs.* 45. *num.* 7. Colet. *prox. d. loc. n.* 117. Cravett. *Consil.* 190.

FINIS LIBRI XVI.

HEN-

HENRICI ZOESII I. C.

IN LIBRUM XVII.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

Mandati vel contra.

SUMMARIUM.

1. *Mandare & mandatum quid?*
2. *Mandati divisio multiplex.*
3. *Ratihabitio instar mandati.*
4. *Mandatum mandatarii gratia tantùm non obligat.*
5. *Qui mandent.*
6. *Mandatarius & quatenus mandet.*
7. *Deportatus an mandet.*
8. *Quibus rectè mandetur.*
9. *Mandantur honesta, non turpia.*
10. *Mandans cadem tenetur lege Corn. de sicariis.*
11. *Mandans vulnerari an teneatur de cade?*
12. *Finis & effectus mandati.*
13. *Actio mandati directa ad quid detur.*
14. *Tenetur mandatarius de levi culpa.*
15. *An & de culpa levissima.*
16. *Intellectus* L.A procuratorij. C.Mandati.
17. *Casum mandatarius non prastat.*
18. *Prater interesse veniunt & fructus.*
19. *Contraria actio ad quid detur.*
20. *Ad id, quod excedit fines mandati, an sit mandatarie actio negotiorum gestorum.*
21. *Mandans tenetur ad levissimam.*
22. *Non etiam ad damnum casu datum.*
23. *Mandatario est actio ad salarium promissum.*
24. *Mandatum finitur morte mandantis re integra.*
25. *Item morte mandatarii.*
26. 28 *Tertiò, revocatione, etiam tacitâ.*
27. *Procuratore ad contrahendum matrimonium revocato inutiliter contrahitur.*
29. *Quartò, renunciatione mandatarii.*
30. *Postremò, lapsu temporis ei adjecti.*

A Contractibus, qui rei interventum ad sui substantiam desiderant, transitur ad eos, qui ex nudo consensu, ut caussa efficiente perficiuntur, & in quibus obligatio ex solo consensu substantiam sortitur. Nihil impediente, quod nudum pactum actionem non det, uti dictum supra, *tit. de pactis*; nam hoc verum est, nisi transierit in speciale contractus nomen à lege approbati, cujus ordinis sunt hi, de quibus nunc instituitur tractatus, qui distribuuntur in quatuor genera. Et primò de Mandato proponitur, quod à Mandando dictum.

1 Mandare est aliquid expediendum gerendumvè alicui committere: ut Mandatum sit contractus, quo negotium alteri accepturo aliquod gratis gerendum committitur; sive gratuita susceptio ejus, quod ab altero injungitur. Dico, gratuita: quia originem ex officio, & ex amicitia trahit, cujus officia gratis sunt præstanda, *l.1 in fine h.t.* Merces interveniens faciet in aliam contractus speciem transire, *§. fin. Inst. eod.*

2 Divisio Mandati varia est. Aliud Judiciale, sive ad lites, aliud Extrajudiciale, sive ad negotia, de quo plerisque locis hîc: aliud Speciale certæ rei, vel caussæ, aliud Universale, quo mandatur universitas negotiorum, vel cum clausula, *cum libera*, vel sine ea; quæ clausula tribuit potestatem agendi

gendi ea, quæ dominus ageret, *l. Procurator 58. sup. De procurat.* exceptis tamen iis, quæ speciale mandatum requirunt, propter præjudicium, quod domino imminet, ut matrimonium, & aliæ caussæ, quas varias enumerat M[illegible]zz[illegible]us *De contract. tit. De mandato c. De divisione mandati.* Aliud Expressum, aliud Tacitum: illud verò, literis, nuntio per exprimitur, hoc ex actibus colligitur. Sic qui præsens patitur alium pro se fidejubere, mandare creditur, *l. Semper 60. inf. de R. I.* quod tacens consentire videatur, *c. Qui tacet 43. De R. I. in 6.* præcipuè in actibus alicujus commodum respicientibus: nisi prohibuerit, aut donandi animo intercesserit, aut etiam negotiorum, *l. 6. §. 2.*

3 *h. t.* • Ratihabitionem mandati instar esse habet regula juris, *in c. Ratihabitionem 10. De R. I. in 6.* & confirmant alia loca. Quod ita demùm verum esse diximus, *sup. De neg. gestis*, quatenus animus instar mandati habendi paruerit. Cujac. *ad l. 6. §. idem ait sup. De negot. gest.* Aliud Purum, aliud in conditionem, vel diem conceptum, *l. 1. §. pen. hoc tit.*

4 Aliud denique meâ tantum, id est, mandantis, aliud meâ, & tuâ, id est, mandantis, & mandatarii, aliud alienâ, id est tertii, aliud meâ, & alienâ, aliud tuâ, & alienâ, id est mandatarii, & tertii gratia in tum. Tua, id est, mandatarii tantùm gratia mandatum supervacaneum est, nullamque parit obligationem, quòd sit magis consilii ex quo nemo mandati tenetur. Nam cùm nemo illud sequi teneatur, non tenetur etiam mandans, ex regula correlativorum: & si fortè mandatarius malè cesserit, imputabit sibi, quod consilium sit secutus, cùm ei licuerit explorare, an expediret consilium, *l. 2. §. fin. h. t.* nisi tamen fraudulentum fuerit, *l. Consilium 47. inf. De R. I.* Quod æstimandum non ex eventu: sed ex intentione dantis mãdatum, quæ poterit ponere delictum, quod non debet esse impunitum. Tenebitur tamen etiam mandans ex non fraudulento consilio, si alicui nominato credi consuluit, cui aliàs mandatarius non erat crediturus pecuniam, *§. tua tantũ Instit. eod.* nam commendatio certæ personæ facit consilium transire in mandatum, *l. 6. §. plures h. t.*

5 Mandat, qui contrahere potest: non pupillus, furiosus, prodigus, nec mulier in caussa aliena, quod videatur intercedere, *l. fin. § si mulier. sup. Ad S. C. Vellejan.* Filiusfamilias rectè mandat, cum personam habeat liberam, *l. 8. in princ. sup. De procurat.* Non Minor, quoad actus judiciales, ad quos est inhabilis, ut alios habilitare nequeat: nec servus quoad Actionem, *l. Servũ 33. sup. d. tit.* quia legitimam personam standi in judicio non habet, nisi de statu suo litiget, *d. l. Servum §. 1.* Quoad negotia peculiaria rectè mandat servus, *d. l. Servum in pr.* ita tamen, ut domino, & in dominum actio competat, *l. Si verò 12. §. plane h. t.* Liber homo bona fide serviens, si mandaverit se redimi nummis peculii sui, id eum sequi debet. Ingenuus pronuntiatus habet ipse mandati Actionem, *l. 8. §. si liber homo h. t.* • Potest & mandare

6 mandatarius, *d. l. 8. §. si quis.* Quod indistinctè procedit quoad negotia: nisi sit electa personæ industria, *c. Is cui De offic. deleg. in 6.* non etiam quoad lites; nisi in rem suam quis sit datus; quia nullius alterius est præjudicium; aut litem contestatus sit, per quam procurator fit dominus litis, ut etiam alteri mandet, vel alterum substituat. Ex communicati actus privati cùm teneant, etiam mandati Actio illi quæri poterit, à cujus tamen persecutione in judicio removetur, ut traditur [illegible] *De sententia excommunicat.*

7 Quid juris in deportato? Eum mandare posse videtur dicendum, per *l. Si mandavero 22. §. is cujus h. t.* Ubi is, cujus bona sunt publicata, mandare potest, & actione mandati acquirit: ex ratione, quod quidquid post publicata bona acquiritur, non sequatur fiscum. Quò facit, quod de portato jura quidem civilia sint adempta: naturalia verò salva, ad quæ spectat mandatum. Facit & quòd maritus deportatus revocare possit donationem mortis caussa factam Uxori, *l. Sed si mors 13. §. 1. inf. De donat. inter virum, & uxor.* Verum obstat *l. 2. C. de bon. proscript.* Ubi deportati bona postea acquisita publicantur: ut ex mandato videatur sibi quærere non posse saltem in civitate. Nihil obstante *d. §. Is cujus*, Quia agit de eo, cujus bona erant publicata, integro statu, ratione administrationis, aut muneris publici, aut etiam quia relegatus, cui jura civitatis salva sunt. Nihil quoque obstat *d. §. 1.* Nam ibi agitur de eo quod non est ademptum ipsi deportato: quia est naturale.

8 Mandatum suscipere potest quilibet, qui se obligat contrahendo. Ut filio familias rectè mandetur, *l. pen. h. t.* cùm obligare se possit. Mulieri etiam, modò non mandetur virile negotium, *l. 3 in princ. sup. De neg. gestis.* Sed neque Minor videtur mandatum suscipere posse de stando pro alio in judicio. Et hoc de jure Canonico, *c. 5. De procurat in 6.* nam secus de jure civili, ut colligitur ex *§. eadem lege Instit. Quibus ex caus. manumit. non licet.* Non obstante *l. Minor 15 sup. De procurat.* Nã loquitur in casibus, quibus minor testirai posset, & quando sponte defensionem alicujus suscipit: non

non etiam si à domino sit illi mandatum, qui sibi imputet, si à tali ejus caussa minus rectè defensa fuerit. Cujac. 12. *Obs. cap. 16.*

9 Mandantur res, & facta qualibet, ut numerandi pecuniam, quid vendendi, emendi, &c. Actus legitimi cū nihil aliud sint, quàm legis actiones solemnes, expediendi coram illo, cui id specialiter per leges indultum, & ab illo, quem concernunt, non & per alium, *l. Actus 77. De R. I.* modò quæ mandantur sint honesta: turpium enim nullum est mandatum, *l. 6 § rei turpis h. t.* nec ex eo ulla est obligatio, tanquam rei impossibilis, *c. Impossibilium De R. I. in 6.* Nec quæritur Actio mandatario ex perfecto tali mandato: imputet enim sibi, quòd non perficiendum perfecerit: nec mandanti contra mandatarium, quod contra jura mandaverit. Unde in *l. si verò 12. § si adolescens hoc m.*is, cui mandatum ab Adolescente, ut pro Meretrice fide jubeat, vel ei credat, non habet Actionem Mandati, quòd quasi perdituro sciens crediderit, & quòd adversus bonam fidem sit mandatum. Si tamen tertio ex tali Mandato damnum contigerit. Actio est, & in mandatarium, qui damnum dedit neutiquam excusandum per jussum alterius, quo ut turpi non obligabatur, *l. Non solum §. si mandatum cum seq. inf. de injur.* & in mandantem, qui per alium agens ipse egisse

10 videtur. Quo modo eædem mandans, ea subsecuta tenebitur etiam pœna *legis Corn. de sicariis*, cùm secundum J.C. nihil intersit, occiderit quis, an caussam mortis præbuerit, *l. Nihil 15. inf. Ad L. Corn. de sicar.* Clarus *§ fin. q. 89. n. 1.*

11 Disputatur autem, An mandans vulnerare de cæde subsecuta teneatur? Qua in quæstione sunt, qui velint non teneri mandantem de cæde, quòd ejus caussam, non nisi remotam præbuerit. Communiùs tamen obtinere tradit Farinac. *in praxi crim p. 5. cap. 135. n. 368.* teneri mandantem etiam de occiso, subjecta ratione, quòd mandans vulnerare, debuerit cogitare, ex vulnere facilè sequi mortem, & quod intendens causam videatur intendere omnia inde secuta: atque ita etiam isto in casu cædem, cùm vulnera non dentur ad mensuram. Quam sententiam tenet Covarr *ad Clement. si furiosus p. 2. in pr. n. 1.* & probat Clarus *d. l. n. 5.* Quæ etiam procedet, si mandans vulnerare prohibuerit occidi. Menoch. *2. Arbitr. casu 352.*

12 Farinac *d. loco n. 371.*

Finis Mandati est, ut quibus rebus ipsi interesse, & negotia nostra exequi impedimur, per morbum, ætatem, peregrinationem, aliamve ob causam, in his operæ nostræ vicaria amici fides supponatur, atque ita commune commodum mutuis officiis gubernetur. Effectus est obligatio, ut mandatum susceptum à Mandatario adimpleatur forma præscriptâ. Dico, susceptum: quia susceptum officium est consummandum bonâ fide, quod antè non suscipere liberum erat. Sunt enim contractus ab initio libertatis; postea autem necessitatis. *l. 5. C. de obl. & act.*

13 Ejus nomine oritur ex hoc contractu Actio duplex, directa, & contraria. Illa datur mandanti, ejusque hæredi, contra mandatarium, ejusque hæredem, ad id, quod ejus interest, non peracto, vel malè peracto negotio commisso, *l. 8. § mandati h. t.* Idq; si appareat id factum dolo, vel lata culpa, *d. l. 8. § sed et si*; qua de re nullum est dubium.

14 Venit & levis culpa, saltem in casu, quo mandatum concernit etiam mandatarium. *l. Cōtract9 23. inf. De R. I. & l. 5. §. nunc videndum sup Commodati.* Dubium autē est in casu, quo negotium tantùm concernit gratiam mandantis. Et potest videri non præstanda levis culpa, per dicta loca, quæ tantùm notant dolum, & latam culpam: ex ratione, quòd non tam strictè cum illo sit agendum, qui beneficium præstat. Dicendum tamen tunc venire etiam levem culpam, per *l. In re 21. eod.* Ubi aliena negotia dicuntur geri exacto officio, nec quidquam in eorum administratione neglectum, vel declinatum culpa vacuum esse. Exacto autem officio opponitur levis culpa, per *d. l. 23. & ad §. nunc videndum*, atque alia loca, in quibus dicitur, quosdam contractus dolum tantùm recipere, quosdam dolum, & culpam. Quæ distinctio minùs procedet, si culpæ nomine latam culpam acceperis, cùm ea sub dolo contineatur, ut aliàs dictum. Et quòd levis etiam culpa isto casu veniat, vult ratio, cōsistens in bona fide, quâ mandatum suscipitur, & promissa tacita diligētia industriaque. Atque ita communiter receptum.

15 Magis dubitatur; An & levissima culpa veniat præstanda? Quod aliqui affirmant, per *l. A procuratore 13. C. eod.* quæ à mandatario dolum, & omnem culpam dicit esse præstandam, excepto tantùm improviso casu: ut & levissima culpa possit videri venire. Contraria tamen sententia verior est; cùm ista in materia debeat sufficere levis culpa, in qua alienum negotium nullo suo commodo geritur, idque ex amicitia, & gratuito; ut nimis rigidum foret gerentem adstringi ad exactissimam diligentiam, & proinde ad præstandam levissimam culpam. Pro qua parte facit *d. l. Cont. 23. De R. I.* Ubi mandatum annumeratur iis contractibus, in quib9 præstatur levis culpa: quo-

nomine diximus venire levem culpam, quæ continet desidiam, & negligentiam, *§ præterea Instit. Quib. modis re contrah. oblig.* nisi aliud suadeat materia aut conventio. Vt posterior sententia sit probabilior, & tenenda.

16 Nihil facit *d. l. 13.* Nam quòd habet, omnem culpam præstari per mandatarium, non etiam casum, recte ii stringitur ad culpam levem, quæ intelligitur nomine culpæ simpliciter positæ; cùm levissima casui in plerisque attribuatur, à quo parum distat. Quæ interpretatio non videtur absona, ut patet ex *l. in judicio C. Locati*, in qua ad dolum, & custodiam dicitur teneri locator, non ad casum; quem tamen propter casum tantum exceptum non rectè diceris teneri ad levissimam culpam. Vel dici potest, dictam legem loqui de ejusmodi re mandata, quæ exactissimam diligentiam desiderat, ut habet additio Glossæ *ad §. mandatum inst. eod.* Pro qua interpretatione facit, quòd locans operas, etsi non teneatur, nisi de levi culpa, tali tamen casu præstet levissimam, *l. si merces 25. § qui columnam inf. Locati*, Decius *in d. l. Contractus n. 27. de R. I.*

17 Casus minimè præstatur; quia cùm prævideri non possit, domino cedit; nisi culpa mandatarii eum caussaverit, *l. In rebus 18. in princ. sup. Commodati*; vel taliter convenerit, *d. l. 13.* Casui imputatur, quod per justam ignorantiam à mandatario omissum est, ut in casu *l. 8. § si ignorantes 7. h. t.*

18 Præter interesse, de quo hactenus, venit & ipsa res, quæ mandata emi, si empta sit restituenda, *d. l. 8. § proinde*, & fructus ex ea percepti per mandatarium, *l. Idemq; 10. §. si ex fundo hoc tit.* quos illi cedere non fert ratio. Præterea si quid emolumenti cœpit, ratione rei mandatæ; adeò ut & usuras, quas ex pecunia mandantis percepit, restituat, vel etiam ex eo, quòd eam in usus suos converterit, & in mora sit restituendi, *d. l. 10. § si procurator.* Est enim hic contractus bonæ fidei, in quo mora facit usuras deberi.

19 Contraria mandati actio datur mandatario: primò, ut mandatum peractum ratum habeatur, quatenus secundùm fines suos impletum; postulat enim ratio, ut indemnis habeatur. Et hoc non tantùm, si tanti, quanti mandatum, emerit; sed & si minoris, quia servavit Mandati fines, & meliorem conditionem mandantis fecit, *l. 5. §. fin h. t.* Si mandati fines non servaverit, veluti si jussus emere domum Sejanam, emerit Titianam, non videtur mandatum implevisse, ut careat hac Actione, *d. l. 8. §. itaq;* Jussus etiam equum vendere centum, si vendiderit nonaginta, frustra petit, rem ratam haberi, cujus fines non servavit; nisi suppleat pretium deficiens, *dict. loc. §. §. item si* nam pretium à domino limitatum excludit consensum in minori precio. D. Mudæus, Scholæ hujus Antecessor, *ad c. Qui à quolibet 27. n. 5. & 6 De contrah. empt.* Emere quoque jussus rem definitâ quantitate, pluris emendo, egreditur fines mandati; ita ut quidam ad præscriptam etiam quantitatem mandato contentam Actionem denegent, *l. 3. in fin. h. t.* Prævaluit tamen æquior Proculi sententia, ad quantitatem Mandato contentam illi competere Actionem; si id, quod excedit, paratus sit remittere, *l. 4. Cod. h. tit.* quia qui plus impendit, quàm jussus; utique tantùm expendit, quantùm jussus; ut nihil sit, quod queratur Mandans, si hoc ipsum exigatur, quod est intra fines mandati.

20 Quæritur autem hic, An ad id, quod excedit, sit Mandatario Actio negotiorum gestorum? Quod videtur, si res illa cesserit in utilitatem Mandantis, per *l. 2. sup. de neg. gestis*, *& l. 2. C. eod.* Idque ne Mandans locupletetur aliena jacturâ, Faber *ad §. si qui Instit. eod.* Potest tamen videri cessare ista Actio, eò, quòd prohibitus negotia gerere, nec Mandati, nec negotiorum gestorum agat, *l. si pro eo 40 h. t.* quia donasse videtur, *l. fin. C de neg. gestis.* Videtur autem hac in parte prohibitus Mandatarius, cùm Mandatum suum certis finibus concludens reliqua omnia videatur prohibere. Ita D. Hopperus *Instit. eod.* Exigit tamen æquitas, ut Mandatario quòd sibi abest refundatur, secundùm Fabrum *d. loco*, ne Mandans locupletetur damno alieno. Quod si Dominus ratum non habeat, non cogendus Mandatarius rem illi cedere eum sui detrimento, *dict. l. 3.* Vid. Vasq. *Success. tomo 1 §. 4. n. 52.*

21 Tendit & hæc Actio ad refundendum Mandatario, si quid nomine Mandati eidem absit, ne officium suum sit illi damnosum, non tantùm levi Mandantis culpa, sed & levissima, quòd iniquum sit facto Mandantis eum lædi, qui beneficium præstat: qui & justissimè allegat, id damnum se passurum non fuisse, si Mandatum non suscepisset, *l. si servus 61. § quod verò inf. de furtis.*

22 Si damnum casus causarit; veluti si, dum ad perficiendum Mandatum proficiscitur, à latronibus spolietur, in morbum incidat, quæritur, an damnum istud repetat à Mandante? Responsum in *l. inter caussas 26. §. non omnia hoc tit.* non imputari istud damnum mandatori; quia casus magis quàm Mandatum id caussarit, quòd licet sit caussa, non tamen nisi remota; & quia Mandato

non

non imputentur, nisi quæ proximè per illud caussata sunt. Ac licet honestas aliud videatur velle; illa tamen non est obligatoria: atque ita in simili judicatum refert Cujac. *ad d. §. non omnis lib. 33. Paul ad Edictum*, Ant. Faber. *in Cod. hoc tit. definit.* 27. Non obstat *l. Cum duobus* 52. *inf. tit. seq.* Nam ideo imputatur societati damnum fortuitum, quòd in ea omnis damni, & lucri, etiam remotè nomine societatis accepti, sit communicatio; non item in Mandato. Si tamen nomine officii præstiti damnum acceptum fuerit, vel possit quid imputari culpę, aut facto Mandatoris, servandus ab eo indemnis Mandatarius, *arg. d. l. si servum* 61. *§ quod verò*, ubi Batt. & Alex, *de furtis*, Cujac. *tract.* 8. *ad Africanum.*

23 Quæritur, An ad salarium promissum sit Mandatario Actio? Quod dicendum, & hæc extra ordinem, *l. 6, in princ. & l. 7. hoc tit.* modò certum sit; non etiam si incertum, veluti si dixerit Mandator: non experieris me ingratum, *l. salarium* 17. *Cod. hoc tit.* vitiat enim incertitudo Wesenb. *hic num ult.*

24 Dicta de obligatione ex Mandato caussata obtinent, quatenus Mandatum durat: nam quod eo cessante gestum, ad Mandati caussam non spectat. Cessat autem Mandatum variis modis. Primò, Morte mandantis, re integrâ: nisi tale sit, quod post mortem implendum; veluti ut monumentum faciat: potest enim Mandatarius etiam mortuo mandante cogi exequi, *l. si verò* 12 *§. fin. hoc tit.* Res integra intelligitur, si necdum quid agi cœptum caussa exequendi Mandati. Vt nec dum intersit Mandatarii illud perficere, *lib. 8. §. mandati h. t.* & postea temerè exequatur. Nisi Ignorantia eum excuset, quæ dabit illi Actionem, ita suadente utilitatis caussa, *d. l. Inter* 26. *in pr. h. tit.* Licet enim mandatum morte Mandantis solvatur, durat tamen obligatio, & actio, *l. si præcedente* 58. *h. t.* Res si integra non fuerit, rectè perficit mandatum mandatarius, cujus interest perficere.

25 Secundò, Morte mandatarii, integro similiter mandato. *l. si quis* 27. *§, morte hoc tit.* Ut ad hæredem non transeat; quia est personale, propter electam per sonæ industriam, quæ posset non eadem esse in hærede; vel si sit, non tamen electa: ut hæredis sit non exequi mandatum, ne afficiat damno mandantem, *l. Mandatum* 57. *in fine hoc tit.* qui & mandati Actionem non habiturus, *d. §. morte*, Dicitur, integro mandato; nam aliàs videtur hęredi incumbere, ut exequatur, quod cœpit defunctus.

26 Tertiò, Revocatione, quæ permissa, cùm respectu mandantis sit beneficium, quod non fit invito, quatenus res integra: insinuanda tamen mandatario: nam aliàs ejus ignorantia excusabit Mandatarium, facietque illi esse Actionem contra mandantem, *l. si mandatum* 15. *hoc tit.* ne damno afficiatur is, qui mandatum suscepit. In quo differt mandatum ab aliis contractibus, qui non admittunt revocationē, quòd in iis continuò oriatur obligatio efficax: in hoc autem demum, ubi res non amplius integra. Imò & ubi res non est integra, permissa revocatio, dato eo, quod interest mandatarii revocari: hoc enim mandati Actio persequitur, *d. l.* 8. *c. mandati.*

27 Patitur autem hoc exceptionem in matrimonio contrahendo per procuratorem, in quo mutata voluntas mandantis, licet insinuata procuratori; facit tamen postea matrimonium inutiliter contrahi, *c. fin. de procurat. in 6.* Ratio est in summa libertate matrimonii, etsi non facilè obstaculum ponendum, propter difficiles exitus: ut ne quidem juramentum obstet, quo minùs talis procurator revocetur. Idem obtinet in patre, qui filio permisit manumittere servum, cujus mutata voluntas, licet ignorante filio facit, manumissionem non subsistere: quia est verum, filium manumisisse, non volente patre, *l. 4. inf. De manumissis vind.*

28 Nec expressa tantùm revocatio habet dictum effectum, verùm & tacita, quæ colligitur ex valetudine, vel alia impotentia ipsius mandatarii, quo minùs perficiat mandatum. Item ex mutatione conditionis in deterius, qualis conditio videtur subintelligi: veluti si in eodem statu manserit, ut mandata res sit in tuto, *l Cum quis* 38. *inf. De solut.* Adeò ut certioratione opus esse noluit Jason, in *l. Rogasti § si fugitivus sup. De reb. credit.* ex eo, quod ex subintelligat istam conditionem. Potest tamen justa ignorantia excusare contrahentem eum tali mandatario: præcipuè si oriatur ista revocatio ex inimicitiis, aut aliis caussis, quas justè ignorat contrahens. Videatur Straccha *de decoctorib. 3 parte n.* 50. *& seqq.*

29 Quartò, Renuntiatione ejus, qui mandatum suscepit, quæ non minùs huic libera est, quam mandanti revocatio. Et hoc quatenus res integra: aliàs tenetur mandatarius perficere susceptū negotium, aut id quod intersit præstare, nisi justa causa renuntiationem intempestivam excuset, *l.*

Sanè

Sanè 23 24.25. & d.l.si quis 27. §.qui mandatum hoc tit.

Finitur denique Mandatum per Lapsum temporis adjecti; quia ad tempus concessa censentur eo lapso revocata. Videtur hoc in contractu singulare, quod mandatum aliena tantùm, id est tertii gratia obliget: cùm tamen non intersit nostra alteri fieri: sed dicendum hoc non aliàs procedere, quàm si mandantis intersit tertio fieri; *l. 8.§.mandati actio hoc tit.*

ADDITAMENTA.

Ad lib.17 ff.tit.1.Mandati vel contra.

AD *n.*10 Quatenus personæ alienæ potestati subjectæ teneantur, si ex mandato dominorum delinquant. *vid.Dd.ad l.157.de R I* Gomez *tom 3.variar resol.cap 3,n,41.* Menoch. *de arbitro Iudic. quæst.lib.2.cent.4 cas 354.*

Ad n. 11. Hic quæritur, si offensi famulus offendentem occidat, & mandatum non probetur, an illud intervenisse præsumatur? vid. Treutl. *vol.1.disp.17.th.3.lit.G ibiq,* Bacc.Clar. *quæst,89.in fin.*

In mandato si quid obscuritatis sit, pro utro facienda sit interpretatio? Quidam existimant Dominum, qui mandatum dedit, posse pro suo commodo atque arbitrio interpretari: Alii contra statuunt, Interpretationem à Mandatario contra mandantem esse faciendam: quia imputandum huic fuit quod legem instrumenti non dixerit apertiùs, *juxta Reg.l.veterib.39.de pact.* Id quod verius esse videtur Wesenb. *ad tit.de procurat.n.9. in fine.*

TITVLVS II.

Pro socio.

SUMMARIUM.

1. *Societas quid?*
2. *Initur expressè & tacitè.*
3. *Emptio à pluribus communiter facta an inducat societatem?*
4. *Initur præterea vel purè, vel sub conditione.*
5. *De bonis vel omnibus, etiam futuris, vel aliquibus tantùm.*
6. *Bonorum existentium fit communicatio citra traditionem.*
7. *Res incorporales non fiunt communes sine cessione.*
8. *In particularem societatem quæ veniant.*
9. *Societas simpliciter inita quæ contineat.*
10. *Thesaurus venit in societatem universalem.*
11. *Patrimonialia non veniunt; & an dicendum patrimoniale prædium, emptum ex pretio prædii paterni divenditi?*
12. *Vsusfructus constante matrimonio alterius proprietati consolidatus an communis?*
13. *Societas inter quos ineatur.*
14. *Cum Clericis rectè initur.*
15. *Cum Iudæis quatenus licita.*
16. *Cum hæreticis & excommunicatis improbata.*
17. *Pupilli non rectè contrahunt sine tutore auctore.*
18. *Societas circa quas res versetur.*
19. *Societas consistit in æquali communicatione lucri & damni.*
20. *An inæqualis esse possit ex pacto?*
21. *Pecunia ab altero collata, altero operas conferente an fiat communis?*
22. *Communicanda, si operæ adæquent ipsam pecuniam.*
23. *Pecunia aliàs perit conferenti.*
24. *Ita coiri non posse, ut alterum pecuniæ periculum maneat, alter lucrum certum percipiat.*
25. *Contractus adsecurationis qualiter & an licitè ineatur?*
26. *Non videri reprobatum Constitutione Sixti V.*
27. *Societas dissolvitur, I. mutuo consensu.*
28. *Secundò, alterius renuntiatione.*
29. *Eaq, vel expressâ, vel tacitâ.*
30. *Tertiò, morte alterius.*
31. *Nec excipitur vectigalium societas.*
32. *IV. Finito negotio, super quo inita.*
33. *V. Interitu rei.*
34. *VI. Morte civili & publicatione omnium bonorum.*
35. *VII. Venditione bonorum, & cessione.*
36. *Novatione.*
37. *In actionem pro socio utrimq, directam venit inprimis communicatio lucri.*
38. *Veniunt & damna.*

39. Venit

39. *Venit item culpa levis.*
40. *Socio datur beneficium competentiæ.*
41. *An & fratribus idem beneficium competat?*
42. *Limitatio dicti beneficii quoad socium.*
43. *Conciliatio l. Verùm 63. in princ. h. t. cum l. Sunt qui 16. in fine D. De re judic.*
44. *Imputantur & onera societati.*
45. *An & dotis adsignandæ onus?*
46. *Item impensa in studia filii?*
47. *Uni sociorum vendentium an rectè solvatur.*
48. *Actiones aliæ cum hac concurrentes.*

SEcunda species contractuum, consensu initorum, hic proponitur Societas, cujus in negotiationibus est usus maximus: in quibus, cùm sæpè unius facultates non sufficiant, vel non sit consultum, unum uni negotiationi res suas omnes impendere, necesse est plurium opes conferri, aut etiam aliquorum operas.

1 Societas est contractus, quo inter plures constituitur rerum communicatio; vel quo, uberioris quæstus gratia, rerum communicatio initur.

2 * idque, vel expressè, verbis, nuntio, epistolâ, vel etiam tacitè reipsa, *l. 4. h. t.* quam legem aliquis minùs rectè acceperit, non solo consensu: sed & re iniri Societatem: cùm sensus istius legis sit, non solùm verbis, vel aliis signis expressè hoc convenirit sed & reipsa, ac facto, ut bonis in commune relatis, vel alia tacitæ mentis conjectura. Quam non ponit consanguinitas, vel cohabitatio, ut inter fratres cohæredes; nisi accedat ex negotiatione, etiam alterius tantùm lucri, & damni participatio; nam ex eo solo, quòd individuam hæreditatem habeant, non possunt dici contraxisse Societatem, *l Cum duobus 52. § si fratres hoc tit.* Sic maritus, & uxor non dicuntur ex hoc Socii, quòd simul habitent, Covarr. *De matrim. cap. 7. §. 1. n. 5.* nisi consuetudo aliter induxerit, qualis est in aliquibus locis harum provinciarum.

3 Ubi quæsitum, An emptio alicujus rei communiter facta à pluribus inducat Societatem? Asserit Bart. *in l. 2. sup. Communi dividundo*, & videtur insinuare *l. 2. Cod. hoc tit.* Verùm contra dicendum, per expressum tex. *in l. Ut sit 31. hoc tit.* Ubi dicitur, non inde sequi Societatem initam, quod res simul empta, vel legata, vel donatio communiter nobis obvenit; cum hujusmodi etiam citra Societatem contingant. Nisi accedant aliæ conjecturæ, quæ Societatem initam videri faciant; uti communicatio lucri, & damni, ut tradit Roman. *cons. 291.* aut alius actus, qui citra jus, nomenque Societatis fieri nequit. Menoch. *3. Præsumpt. cap. 56. n. 26.* Nec obstat, *d. l. 2.* Nam, ut Glossa ibi rectè explicat, emptio ibi facto animo ineundæ Societatis. Mozzius *De natural. sb. societatis n. 37. & seq.*

4 Contrahitur, vel purè vel sub conditione, cujus eventu incipiat, vel cesset. *l. 6. Cod. hoc tit.* quamvis olim dubium ea de re fuisse asserat Imp. *d. l. 6.* fortè quòd Societati inesset mancipatio, non admittens conditionem. Initur & ad tempus, vel ex tempore, vel in perpetuum, qualis Societas non excedit vitam contrahentium, *l. 1. h. t.* In æternum nulla est Societatis coitio, *l. Nulla 70. h. t.* quia ex cederet vitam contrahentium, quod non est admissum.

5 Contrahitur etiam Societas, vel omnium bonorum, quæ dicitur Universalis, vel aliquorum duntaxat, imò & unius mercis tantùm, & dicitur Particularis: item simpliciter, sine rerum designatione. In Universali omnia, non tantùm præsentia, sed & futura, quæcumque ex caussa acquirantur, in commune rediguntur, *l. Si societatem 35. hoc tit.*

6 Hac differentiâ, quòd rerum existentium hinc inde tempore initæ Societatis, communicatio fiet, non intercedente traditione, *l. 1. in fine, & l. 2. hoc tit.* contra communes regulas juris, quæ non ferunt sine traditione dominium transferri; postea verò acquisita non fiant communia; sed judicio Societatis communicanda per traditionem, *l. Si quis 74. hoc tit.* Ratio differentiæ est, quòd traditio rerum in Universali initio sit difficilis, ut lex eam pro facta habeat; non etiam sit difficilis eorum, quæ postea acquiruntur. Et hæc ita, si res sint corporales: * nam incorporales nequidem in Universali ab initio fiunt communes sine

7 cessione, *l. 3. hoc tit.* Cujus rationem dat. Cujac. in *l. 1 hoc tit.* quòd actio & nomina personæ adhæreseant, & in Socium non transeant sine prævia cessione. Et hoc quoad directam; nam utilem competere in variis casibus, citra cessionem, videre est apud Glossam, *l. 1. Cod. De hæred. vel act. vendita.*

8 In Particularem Societatem tantùm ea veniunt, quæ rem illam concernunt; & quidem per communicationem, quæ hic non est difficilis,

9 Simpliciter inita Societas tantùm earum rerum esse censetur, quæ ex quæstu veniunt, & lucro, operâ, atque industria Sociorum *l. 7. & 8. hoc tit.* ex patrium conjectura ta mente, quæ tantùm quæstum negotiando perceptum in commune referri voluit. Ut ea, quæ citra quæ-

 stum

ctum ex donatione, vel successione acquiruntur, communicanda non veniant, quòd potius ob meritum accedant, quam ex quaestu, *l. 9. hoc tit.* nisi tamen possint videri concessa nomine Societatis, *Glossa in l. aditio V. acquirit inf. De acquir. hered.*

10 Thesaurum, ab altero Sociorum in alieno inventum, ad Universalem societatem pertinere, ac proinde communicandum esse, non est dubium; cùm in illam non tantùm veniant ea, quae ex quaestu procedunt; sed & aliunde, quocumque modo acquirantur. Ad Particularem Societatem, eamve, quae simpliciter inita, non pertinet; quòd illa nō tantum sit rerum certarum, & designatarū: haec autem tantùm sit earum rerum, quae ex quaestu, & industriâ accedunt, non etiam quae casu, uti thesaurus: ut patet ex eo, quòd datâ operâ inquiri thesauros sit prohibitum, *l. unica Cod. De thesauris lib. 10.* Hinc in locis, in quibus acquisita sive acquesta, ut vocant, inter conjuges sunt communia, patrimonialia hinc inde advenientia, non veniunt in communionem, quòd acquisita dici nequeant.

11 Ubi quaesitum, An ex paterni praedii divenditi pretio aliud emptum dicendum sit patrimoniale, an verò acquisitum? Pro priori quidem parte stat regula surrogationis, quòd surrogatum in locum, alicujus rei, censeatur iisdem legibus, *arg. l. Si cum dotem 22. § fin. inf. Soluto matrim.* & *l. Si & rem 22. sup. De petit. hereditat. l. Imperator 70. § fin. inf. De leg. 2.* Receptior tamen est altera pars, scilicet censeri acquisitum, atque ita communicandum; quam partem Tiraq. *De retractu p. 1. § 32. Gl. 1. n. 15. & seqq.* probat, & pro ea faciunt dicta supra, *tit. De rei vindicat. n. 12.* Facit & *l. 6. Cod. eod. tit.* quae habet, rem emptam ex pecunia aliena non esse alienam: sed ementis: item *l. Sed & si 15 § 1 sup. 1. De petit. heredit.* Ubi ex distractae haereditatis rei pretio comparatum non venit in haereditatis petitionem: sed ipsum pretium tantùm, quòd & hìc dicendum. Non obstante *d. l. Si cum dotem.* Quia loquitur casu singulari, uti dictum superiùs, *tit. de Rei vindic.* Non etiam obstat *d. l. Si & rem*, Quia agit tantùm de pretio, non etiam de ipsa re, per illud comparata. Non obstat denique *d. l. 70.* Nam in ea agitur de fidei commissario rogato restituere quidquid ex haereditate superest, qualis non potest alienare in fraudem alterius: non censetur autem alienare, vel diminuere, qui rem aliam loco distractae emit. Faciunt quae tradit Barbosa *ad Rub. p. 5. n. 74. inf. Soluto matrim.*

12 Alia hìc quaestio est, An constante matrimonio usus fructus alterius proprietari consolidatus, sit censendus utrique conjugum communis? Affirmat Faber, *Instit. De legat. § si cui fundus*, & alii, quos citat Covarr. *De matrim. c. 7. § 1. n. 11.* ex ratione, quod ususfructus iste non possit videri acquisitus eodem jure & titulo, quo proprietas, à quo censetur alia. Rectè tamen idem Covarr. diversam partem tenet: propterea quod ista consolidatio, non tam censeatur nova acquisitio, quàm reversio rei ad suam originem, & statum primitivum, ex caussa de praeterito dependente à proprietate, ut non possit inter lucrum censeri: atque ita ut proprietas non est communis, ita nec ususfructus ei accedens. Qua de caussa & feudum; si aperiatur Domino directo, non erit commune, sive inspicias formam, & modum acquisitionis; cùm non sit nova, sed caussam habeat de praeterito, sive inspicias jus, & actionem, cujus virtute res revertitur, quod est antiquum, & proprium alterius tantùm, ut alter non habeat quod exigat. Vid. Gomez 2. *Var. Resol. cap. ult. n. 21.*

13 Consistit Societas inter personas, quibus cum licitum est commercium, sive Masculi sint, sive foeminae, *l. Ex diverso 17. § 1. inf. Soluto matrim.* & hoc sive expressè, sive tacitè inita fuerit, negotiando circa rem indivisam, Bart. in *l. Rei judicatae 15 § socero inf. Soluto matrim.* Unde videri posset, 14 cum Clericis non rectè iniri Societatem, quòd negotiari lex Pontificia iis interdixerit, *l. pen. & fin.* ☩ *De vita, & honest. Cler.* Verùm cùm in Societate etiam unum tantùm contingat negotiari, alium quiescere, rectè etiam cum Clerico initur, qui lucrum ex ea participat: nihil obstante lege Canonicâ, quae non vult Clericum negotiationi incumbere, ne à divinis avocetur; non avocabitur autem in casu, quo alter solus negotiabitur. 15 Cum Judaeis videtur licita societas, quatenus in humanis actibus licitum Christianis cum iis communicare ☩ *De Iudaeis.* 16 Cum Paganis, & Haereticis Societas improbata. Boër. *decis. 179. n. 7.* quia periculosa. Est & cum Excommunicatis reprobata Societas, quòd cum illis non sit communicandum: non est tamen contractus ideo nullus, cùm pertineat ad actus privatos, qui ab Excommunicato iniri valent. 17 Pupilli & similes, ut non contrahunt sine Tutore,

Tutore, vel Curatore auctore, ita nec Societatem ineunt, ne quidem tacitam. Quo modo si Frater major manserit cum Pupillo in indivisa hæreditate negotiando; non obligabit tamen Pupillum, *l. Ut in conductionibus 33. hoc tit.* licet ejus sit Tutor; quia non potest Tutor pro se ipso interponere suam auctoritatem, *l. 1. inf. De auctor. tutor.* quamvis illi quærat, cùm ex parte Pupilli possit contractus claudicare, *l. Obligari 9. inf. d. t. De auctorit. tutor.*

18 Contrahitur Societas circa res honestas, & possibiles. Impossibilium, & turpium ut nulla est obligatio, ita & Societas nulla. Acquisitum tamen ex caussa turpi, si in medium collatum fuerit, commune erit, *l. Quod autem 53. hoc tit.* quo casu si contingat Socium, ideo damnari, id ipsum erit restituendum, unà cum pœna Quod & Socios onerabit; non aliàs tamen, quam si sciverint ex turpi caussa lucrum procedere; quia originem approbarunt, ut & æquum sit eos sentire damnum, *l. Si igitur, & seqq. hoc tit.* Ad res honestas pertinet Societas frumenti, vini emendi, vendendi, domos, agros locandi, conducendi greges, animalia pascendi. Est & Societas officiorum in Curia Romana usitata, cujus varias conditiones, ut sit honesta, tradit Azorius 3. *parte Instit. Moral. lib. 9. cap 8. & seq.*

19 Natura Societatis consistit in æqualitate: ut lucri, & damni communicatio sit facienda æqualiter, pro contributione quantitatis, vel operarum, quæ sæpe pro pecunia valent: Inæqualis contributio ponit inæquales partes: respondet enim æquitati, eum, qui plus contulit, plus ferre, *l. 6. h. t.* Quo casu conventio tenet, ut unus auferat duas partes lucri; etiamsi industriam tantùm contulerit, alter unam tantùm *l. Si non fuerit 29. in princ. h. t.* quod possit esse ita pretiosa opera, ut justum sit eum meliori conditione admitti, *Instit. eod. §. Servius.* Imo & potest superare pecuniam ab altero collatam, ut faciat talem Socium lucrum capere, damnum non subire, *d. l. 9. § 1 h. t.* Ubi lucrum capiendum de eo, quod superest, deductis impensis, & damno, *l. Mutius 30. hoc tit* ne contingat aliàs Societatem esse leoninam, jure probatam, in qua unus totum lucrum absumit, alterum totum damnum manet, *d l. 29. in fine.*

20 Ubi dubitatum, An stante hinc inde æquali contributione, disparium partium conventio sit admissa? Dissensisse hac in parte Azonem à Joanne tradit Glossa, in *d. l. 29. §. 2. V. societatis hoc tit.* Affirmat Joannes, nixus regulâ, quòd cuilibet debeat esse liberum rerum suarum arbitrium, & quòd liceat contrahentibus se invicem decipere, *l. In Caussa 16. §. penult sup. De minorib.* Negat Azo, ex eo, quod Societas contineat jus quoddam fraternitatis, amans æqualitatem. Et facit *d. l. 29.* non aliàs admittens inæqualitatem ex pacto, quàm si alter plus contulerit Societati: quæ verba sunt restrictiva, quasi aliàs non admittentia inæqualitatem. Admittit tamen Azo tale pactum, quo operæ, vel industriæ æstimatio aliàs incerta fiat certa, etiamsi operæ non mereantur talem æstimationem, & hoc non aliâ ratione, quàm jam dictâ *d. § penult.* Quo admisso, nihil video, quod obstet, quò minùs secundùm Joannis opinionem conventio de partium inæqualitate teneat, quòd imputare sibi partes debeant, si ab æqualitate, sive donationibus, sive alia ex caussa recesserint. Quod videtur & sentire D. Mudæus, *ad d. l 29. n. 3 & seqq.* quæ non accipienda restrictivè; sed secundum communem Societatis conditionem. Aliter Covarr. 3. *Var. Resol. c. 2. n. 3.*

21 Probabile itaque est, ab æqualitate mutuo partium pacto recedi posse: quo cessante æqualis erit lucri, & damni ratio, pro rata contributionis. Quæ res nullum dubium patitur in casu, quo hinc inde pecunia confertur.

Quæstio est in casu, quo alter pecuniam contulit, alter operas, An ille pecuniam collatam præcipiat, de lucro nihilominus æqualiter participaturus? Quod posset videri negandum, ex eo, quòd post collationem pecuniæ lucrum, & damnum sit commune, ut & pecunia videatur communis, *l. Cum duobus 52. §. quidam & l. Si id quod 58. §. item Celsus hoc tit.* per quæ loca hoc ita tenet Alex. *cons 131. n. 3. vol 5.* Dicendum tamen, pecuniam præcipi ab eo, qui contulit, eumque nihilominus lucri, quod reliquum est, participem fore; pro parte quidem æquali, si nihil conventum, aliàs verò pro parte conventa secundùm dicta §. *de illa Instit. h tit* Ubi ut hujusmodi Societas non facit nisi lucrum operarũ esse commune, ita & non nisi ex collata pecunia lucrum communicari. Aliàs absurdum esset, quòd unus perderet totum, vel bonam partem, alius nihil; sed potiùs lucraretur, ut tradit Bald. *ad l 1 n. 4. Cod. h. tit.* V. G. altera operas, alter mille contulit, ultra quæ ex lucro supersunt quadringenta: si & capitale dividendum foret, contribuens pecunias trecentorum jacturam faceret,

quæ cederent lucro præstantis operas. Quò facit, quod tradit. D. Thomas 2. 2. q. 78. *art. 2. ad 5.* illum, qui committit pecuniam mercatori, vel artifici, per modum societatis, non transferre ejus dominium; sed sibi reservare, ita ut ejus periculo alter negotietur, vel operetur, quo nomine licitè lucrum repetit tamquam de re sua. Et hanc opinionem æquam judicat D. Mudæus, *ad d. l. Si non fuerint* 29. *n. 7. h. t.* saltem in casu, quo capitale operis prævalet. *Quòd si operæ tam pretiosæ fuerint, ut adæquent non tantùm lucrum; sed & ipsam pecuniam contributam, tunc æquitati consonum, ut etiam ipsa pecunia sola restans dividenda veniat, ad servandam æqualitatem, quòd tantum ex operis perdiderit alter, ex quibus nihil superest, quantum alter pecunias conferens, ex quibus quod ideo meritò dividendum, Covarr. 3. *Var. Resol. cap.* 2. *num.* 2. Fachin. 2. *Contr. cap.* 95.

22

23 At in casu, quo nec lucrum superest, nec pecunia salva, cui illa periere dicenda? Et tam priori, quàm posteriori casu dicendum, illam periisse conferenti. Ratio posterioris est, quòd tantum damni acceperit præstans operas, atque conferens pecuniam; ut non debeat iste prægravari in contributione alicujus pecuniæ; quia poneretur inæqualitas inter æquales; non obstante, quod sit facta communicatio pecuniæ, & operarum. Covarr. *d. loco.* Ratio prioris est, quod ut pecunia non est communicata; sed mansit ejus, qui contulit, ab eo præcipienda restans, ita & idem periculum subeat, secundùm regulam, quod casus Domino nocet. Fachin. *d. loco cap.* 96.

24 Movetur alia Dubitatio, An justa sit conventio, ut alter periculum pecuniæ subeat, alter autem certum quid lucri percipiat? Quod videtur dici posse per *d. l.* 29. *§.* 1. Ubi rectè convenitur, ut unus nullam damni partem sentiat, lucrum tamen participet: quod & habet Imp. *in §. de illa Instit. eod.* Et facit, quod in aliis contractibus possit quis ex pacto rem suo periculo suscipere, *l.* 1. *§. sæpe sup. Depositi, l. Contractus* 23, *inf. De R. Iuris.* Volunt tamen plerique, contractum istum sapere usuram; quod non tam pecunia communicetur, quàm potiùs alteri mutua detur, sub lucro, quod sorte salvâ facit rem esse usurariam. Non facit *d. l.* 29. § 1. nec *d. §. de illa*, Cùm tantùm agant in casu quo superest lucrum de quo plus participet ille, qui magis meretur. Non obstat quoque *d. §. sæpe* & *d. l.* 23. Cum agant de lucro ratione periculi, quod justum: ut parum faciant ad Quæstionem, in qua quæritur, An salvâ sorte in Societatem collatâ, rectè quis percipiat lucrum, Covarr. *d. cap.* 2. *n.* 1. Et hoc ita in isto contractus genere.

25 Major Quæstio est in alio genere, quod continet triplicem contractum, cujus speciem ponit Navarr. in *can. Si fœneraveris* XIV. *quæst.* 3. *num.* 14. & alii post eum, & vulgo dicitur Adsecuratio. Est autem talis. Primò initur Societas, ab una parte collatâ pecunia, ab altera operâ, & industria, vel etiam ab utraque pecunia ad commune lucrum, & damnum, quæ res ne quidem speciem mali continet. Secundo, alter suscipit in se sortis periculum, quam salvam alteri præstet, sub conditione tamen amplioris lucri, ejusque incerti, quod minus cedat alteri, cui sors salva. Tertiò, ut pro incerto lucro, quod alter habere posset, certum aliquid certo minus; v. g. si potuerit lucrari decem, vel amplius, sit contentus quatuor, vel quinque: reliquum vero cedat illi, qui sortis periculum suscepit. Pacta hæc posteriora, tamquam ab usura non aliena, improbat Sotus, *lib.* 6. *De Iustitia, & iure quæst.* 6. *art.* 2. quod pecunia videatur illi, qui periculum suscepit, mutua dari, cùm eam restituere teneatur cum lucro convento, quod sapere usuram videtur colligi ex Tit. ⁞⁞ *De usuris.* Alii contractum istum admittunt quidem si fiat cum alio, vel cum eodem successivè, & ex intervallo: non etiam si simul. Verùm Navarr. *d. loco, & in Manuali cap.* 17. *num.* 254. illum, sive fiat simul, sive successivè, etiam cum eodem omnino, liberum à labe usuraria esse tradit: ejusque justitiam probat hoc argumento, quod etiam Sotus, & alii fateantur, posse talem contractum separatim initi, & cum diversis, citra labem usurariam, ex eo, quod illi, cui sors salva, minus lucrum accedat: majus vero illi, qui periculum suscipit, eidem respondens, arbitrio boni viri. Quæ ratio cùm & obtineat in casu, quo cum eodem & eodem tempore, initur talis contractus, quidni & idem jus in eo statuatur, nullo obstante textu, vel nulla ratione, modo aliunde non subsit fraus, vel injusta simulatio contractum vitians?

Nec facit argumentum, quo Sotus vult, eo in casu mutuum contrahi: cùm licet pecunia transeat in alterum Socium: non tamen contractus ille transeat in Mutuum, cum socio tantumdem quidem sit præstandum, salvo tamen con-

contractu societatis, ad instar depositi, quod non ideo mutat speciem, quia usus depositæ pecuniæ sit concessus Depositario, qui ad tantumdem tenetur, uti dictum supra, *tit. Depositi.* & manere nihilominus contractum Societatis colligere est ex allegato loco D. Thomæ, 2. 2, *q.* 78 *art.* 2. *ad* 5.

Neque rectè quis dixerit, non posse trino contractu fieri licitum, quod uno factum vitium habet; nam hoc non procedit, quando per trinum contractum, vel per circuitum evitatur vitium, quod aliàs subesset, uti in casu præsenti. Simile est in beneficiis, pro quibus pecunia vitiosè datur, & simoniacè; si tamen resignatum fuerit sub pensione, ejus redemptio per pecuniam non habet in se vitium; cùm pensio ista sit tantùm temporale onus, quod per temporale extingui, nihil involvit malæ labis, uti traditur *in De simonià*. Quod & in aliis similiter evenit, ut immediatè, & directè factum contineat vitium, quod remotè & indirectè factum vitii nihil habet. Ut rectè probet hunc contractum Covarr. 3. *Variar. Resol. cap.* 2. *num.* 4. dicens licitè dari pecuniam alteri, qui eâ quæstum exerceat, suscepto ejus periculo & lucro, quod alioquin æquis portionibus commune foret, majori ex parte, arbitrio boni viri, in pretium periculi retento. Approbant eumdem plerique, tum Theologi, tum Jurisconsulti, & in emptoriis atque alibi passim in usu est, ut eum notare possit videri temerarium. Less. 2. *De just. & jure capit.* 25. *dub.* 2. Binsfeld. *ad c. Naviganti q.* 8. *in De usuris.*

26 Videtur tamen contractus iste incidere in Constitutionem Sixti V. quæ incipit, *Detestabilis*, qua Pontifex in universum prohibet societatis contractum, cum pacto, ut sors quolibet casu sit alteri salva: & putant aliqui propter dictam constitutionem, prædictum Societatis contractum illicitum esse, nec tutò practicari in loco, ubi ea recepta. Azor. *Inst. Moral. p.* 3. *lib.* 9 *c.* 3. Posset tamen cum Scaccia *Tract. De commerc.* §. 3. *Gl.* 3. *num.* 37. ista Constitutio capi in casu simili illi, de quo in *d. c. Naviganti*, quo nun aliàs quis vult pecuniam conferre in Societatem, quàm si alter suscipiat ejus periculum, & præstet certum lucrum, propterea quòd talis obligatio sit pretio æstimabilis, & consequenter ex ea resultet quædam injustitia Societatis. Secundò potest capi ista Constitutio in casu, quo suscipienti periculum non est subventum majori lucro, respondente isti periculo; ex arbitrio boni viri.

27 Distrahitur seu dissolvitur Societas variis modis. Primò, Mutuo consensu, *§. manet Inst. eod.* ex communi regula, qua unum quodque eo modo dissolvitur, quo colligatum *l. Nihil* 35. *inf. de R. I.*

28 Secundò, alterius tantùm Renuntiatione, *d. §. manet*, quod nemo cogatur in Societate manere, propter discordias, quas communio parit; adeò ut conveniri nequeat, ne abeatur Societate, *l. si convenerit* 14. *h. t.* quia, vel hoc agitur, ne abeatur Societate, nisi tempestivè, & nihil operabitur pactum, *d. l.* 14. *& l. sed & socius* 17. *in fine h. tit.* cùm tacitè hoc insit, quo casu expressum nihil operatur. *l.* 5 *C. De fidejuss.* vel, ut non recedatur, etiam stante justa causa; & non sustinetur ita generaliter, & indistinctè ita conceptum pactum *d. l.* 14. quòd per illud aperiatur via malitiis: possent enim hinc Socii arripere occasionem delinquendi in Socium. Nec facit quod conveniri possit, ne ante tempus abeatur, & quod in perpetuum etiam iniri dicatur Societas, *l.* 1. *h. t. & d. l.* 14. nam hoc non eo fine ut ante non recedatur; sed ut constet, utrum tempestivè sit Societati renuntiatum; fit ei renuntiatur tum per se, tum per procuratorem. Potest & Procurator omnium bonorum renuntiare; nisi Dominus prohibuerit, *l. Actione* 65. *§. renuntiare h. t.* potest & renuntiari ipsi Procuratori, *d. l.* 65. *§ item scriptum* 8.

29 Renuntiatur autem, vel expressè vel tacitè, ipso facto, quo quisque Sociorum negotium sibi gerere incepit, *l. Itaque* 64. *h. t.* operabiturque dissolutionem Societatis, si præsenti, & tempestivè fiat renuntiatio: nam absenti, & intempestivè facta facit quidem alteri Socio postea quæsitum illi soli cedere, quia sit extra dolum; renuntianti verò quæsitum in commune redigendum esse; quod imputare suæ debet calliditati, quæ hac viâ punitur. *d. l. sed & socius* 17. *§.* 1. *h. t.*

30 Tertiò, Morte alterius, quod Societatem iniens, certam personam, ejusque industriam sibi elegerit, *§. solvitur Instit. eod.* quæ non est eadem in hærede. Quod & obtinet, si inter plures inita; nisi aliter convenerit, ut scilicet, morte unius non obstante, duraret Societas quoad superstites, *d. §. morte.* Ignorata tamen morte Socii, si res, de qua societas inita, sequatur, ad eandem spectabit, *d. l.* 65. *§ si alicujus.* Ita autem morte solvitur Societas, ut ne

ne quidem per Hæredem sustineatur, ex pacto ab initio addito, *l. Adeo 59. h. tit.* Cujus rationem ponunt in eo, quod vel aliàs restringeretur libertas ultimi elogii ejus, ad cujus Hæredem proximum transiret, cui Socius bona sua relinquere cogeretur, *l. Cum duobus 25. §. idem respondit hoc tit.* vel alii cogerentur habere Socium, quem nollent, quia incerta esset persona Hæredis. Cogitur tamen Hæres, licet non Socius, explicare ea, quæ per defunctum inchoata sunt, *l. Hæres 40. hoc tit.* cujus dolus & culpa in eo, quod ex ante gesto pendet, tam ab hærede quàm hæredi præstanda, *d. l. 65. § morte.* Damnum & lucrum, ut cum defuncto, ita etiam cum hærede communicandum, qui defuncti personam repræsentat.

31 Exceptam aliqui volunt Vectigalium Societatem, quasi ea in Hæredem transiret, per *l. 59. h. t.* in cujus principio dicitur, in Societate Vectigalium nihilominus manere Societatem & post mortem alterius: verùm subjungitur ibi, *Sed ita demum, si pars defuncti ad personam hæredis ejus adscripta sit.* Ut videri possit nulla esse diversitas inter Privatam & vectigalium Societatem. Quò facit quod in *l. Verum 63. §. in hæredem hoc titul.* ait Ulpianus. *circa societates vectigalium, cæterorumq; idem observamus:* ut Hæres, licet emolumenti sit successor, & damnum agnoscat, non tamen sit socius, nisi ascitus per socios remanentes. Amplius tamen quid obtinere in societate publica Vectigalium, & cæterorum, quàm in privata videtur. ex eo, quòd jam dicta loca distinguant inter privatam, vel Voluntariam, & publicam, quæ necessaria dici posse videtur: scilicet quod illa pactum, quo ad hæredes transeat societas, omnino respuat, non hæc; ex ratione, quòd interdum fiat, ut hâc finitâ, oporteat tamen eosdem conducere, ut in casu *l. Cotem. 11. § fin. inf. de publican.* quæ res & Hæredem defuncti gravabit, ne iterata conductio, ad quam lex cogit, nimis oneret aliquos. Est tamen hoc ipsum ex caussa æstimandum, si scilicet societati exercendæ hæres conveniat, & admittatur vi pacti prioris. Et licet in privata, si videatur superstitii, possit hæres adsumi, non tamen tam ex vi prioris pacti, quàm præsentis placiti: ista videatur esse inter publicam, & privatam societatem differentia.

32 IV. Finito negotio, super quo inita societas, *d. l. 65. iterʒ si*, quia cessat voluntas contrahentium, propter cessantem, & deficientem materiam.

33 V. Si res interierit, quia rei non existentis nulla est qualitas: vel si mutaverit conditionem, ut quia publicata, consecratave, *d. l. 63. § societas*, quia videtur non superesse.

34 VI. Diminutione capitis, maximâ & mediâ, quæ pro mortuo facit haberi socium. Quod & operatur publicatio omnium bonorum, cum in ejus locum alius succedat, *d. l. 65. §. publicatione.* Dico, omnium; quia partis publicatio non idem operatur, cùm non impediat, quo minus persona socii integra maneat. Per emancipationem filii, vel Adrogationem, vel manumissionem servi, qui hactenus socius, non tam perit societas, quàm potius eadem durat, manente eâdem personâ: actio tamen mutatur, quæ hactenus fuit cum parte, vel domino, in posterum futura cum filio, vel manumisso, *l si id 58. §. 2. h. t.* Alienatio servi facit finiri societatem, cùm post eâ, dependeat à voluntate alterius domini, *d. l. 58 §. finali.*

35 VII. Si bona socii propter debita venierint, *Instit. eod §. item si quis.* Quod & operabitur Cessio, tum quòd sub sit conditio, si in eodem statu socius manserit, *arg. l. Cùm quis 38. inf. de solut.* tum quòd alius in locum ejus succedere videatur, quod non fert societatis lex. Quia tamen hoc casu integra manet socii persona, potest cum eo renovari societas.

36 VIII. Novatione actionis pro socio, per quam obligatio prior perit. Novatur, vel stipulatione animo novandi factâ, vel judicio; quod vel socium dictare, id est, instituere, ad hoc, ut distrahatur societas, sufficit ad effectum renuntiationis, non exspectato litis eventu. Dicitur autem dictari judicium, ut societas distrahatur, quando agitur generali actione societatis, ad totius administrationis rationes reddendas, &, ut reddantur reliqua, quæ, vel sortis, vel lucrorum nomine debentur. Neque enim potest videri instituta ob aliam caussam, quàm reddendi à societate: cùm eâ manente non soleat Actio generalis ad reddendas rationes administrationis proponi, *arg l 1. C. de administ. tut. & ibi Gloss.* Aliud est, si edi rationes desideret socius: neque enim potest videri recedere à societate; quia inter Reddere & Edere est differentia, *l Bovei 89. in fine inf. De V. S.* cum hoc tantùm spectet ad exhibitionem rationum, non etiam ad restitutionem reliquorum. Potest & interdum specialis Actio institui, non tantùm in societate Vectigalium, sed in aliis casibus, quibus neutri expedit recedere à societate. Referendum tamen in com-

communione, quod ab altero socio perceptum, *l. Actione 65. §. pen. h. tit.*

37 Finita societate Actio est utrique sociorum, & quidem directa, quod utriusque negotium principaliter, & directè agatur. Unde & utraque infamat, quòd utrimque agatur de fide rupta, *Inst. De pœna temere litig. §. cum quibusdam.* In hanc Actionem venit communicatio lucri ex re communi, vel nomine societatis percepti, in quo si alter moram fecerit, & pecunia usus sit, quod socii interest, moram non esse factam, præstat; à quo l.ber erit, si vel pecunia usus non sit, vel moram non fecerit *l. Socium 69. in princ. h.* Et hoc tantùm quoad percepta durante societate, non etiam quæ finita: ad quę Communi dividundo agi potest *d. l. 65. §. si post.* ne aut lucrum rei communis unus sentiat, aut damnum patiatur. Lucrum hic non aliud censebitur, quàm quod superest, deductis iis, quæ in damno sunt, *l. Mutius 30. h. t.* Et in particulari quidem societate non alia conferenda veniunt, quàm quæ rei circa quam inita societas, caussa acquisita sunt, non quæ extra eam rem, quia cedunt commodo agentis. Unde ex fœnebri pecunia nomine societatis perceptæ usuræ veniunt in communicationem. Dico, nomine societatis; nam si nomine proprio eas fœneraverit, quia periculo pecunias exposuit, usuras sibi retinebit, *l. Si unus 67. §. 1. hoc tit.* In universali verò communicanda omnia, undecumque accesserint. Nec facit, quòd nomine proprio socius emptum suum fecerit, *l. si quis 74. hoc tit.* quod & obtinet in societate eorum tantùm, quæ ex quæstu veniunt; quia aliàs foret contra regulam Societatis, soli sibi taliter empta vindicare. Excipiuntur & ex prohibitis caussis acquisita, quæ ne quidem socius omnium bonorum conferre cogitur, *l. Cum duobus 52. § pen. hoc tit.* quia delictorum turpis atque fœda communio est, *l. Quod autem 53. h. t.*

38 Veniunt & damna in communicationem; in particulari quidem societate circa illam rem; in Universali autem undecumque accepta: æquum enim est, ut qui lucrum ex re exspectat is & damnum subeat, *d. l. 52. § quidam h. t.* ubi socius, communi nomine ad merces emendas profectus, si à latronibus spoliatus pecuniam suam perdiderit, societati imputat: uti & quod præstitit damnatus injuriarum, judicis injuria, ex communi consequitur, *d. l. 52. §. fin.* Nec tantùm imputatur societati, quòd de præsenti abest socio; sed & quod abfuturum, sive in diem certum, sive incertum. Non tamen hoc continuò deducetur; sed per cautionem indemnitatis isti socio consuletur, ut ubi aberit consequatur, *l. si socii 28. h. t.* Et, hoc, nisi socii culpa damnum sit datum, *d. § fin in fine.* Quo modo quod in alea, vel adulterio perdiderit socius, è medio non est latutus, *l. Adeo 59. in fine h. t.* Ubi non admittetur compensatio ejus lucri, quod fortè alia in re ejusdem socii industria cauſsatum, *l. De illo 23. §. 1. l. 2[illegible] & 26. h. t.* quia ex contractu tenetur ad adhibendam industriam.

39 Venit autem hic culpa levis, *l. Socius 72. h. t.* quòd contractus hic communem causam respiciat, juxta regulam datam in *l. 5. §. nunc videndum sup. Commodati.*

40 Est verò hoc in casu id singulare, quòd Socius non veniat damnandus ultra, quàm facere potest, retento ne egeat, *l. Verum 63. in princ. ubi Gl. V. debetur hoc tit.* Cujus ratio est, quòd societas contineat quodammodo jus fraternitatis, cui non respondet, in plus excuti Socium, quàm facere potest.

41 Quo argumento aliqui ducti fratribus idem dant privilegium, ne plus detur societati, quæ tantùm imaginem refert fraternitatis, quam verè fraternitati; quodque propterea non minùs summam habeat rationem in fratre, ut non excutiatur ultra, quàm facere potest, quam in socio; quia aliàs contingeret, comparationem non esse adæquatam. Tesfaur. *decis. de demont. 199. ubi alios refert.* Et videtur extra dolum non esse frater, fratrem, quem nudatum alere debet, *l. 1. §. 1. inf. De ration. distrah.* facultatibus exuens, *l. Dolo inf. de except. doli.* Quæ sententia, ut humanitatis sit plena: tamen à plerisque non recipitur, ea ratione, quòd *Inst. De actionib. §. sed et si quis 38.* exprimantur certæ personæ, quibus id beneficium datur, nulla facta mentione fratrum: ut procedat, quod dicitur, Sine textu loqui erubescit Jurisconsultus, nisi ratio urgens aliud suaserit, secundùm *l. Non possunt sup. De legib.* Nec procedit argumentum à comparatione; quia non dant istud beneficium tamquam Fratribus, vel exemplo Fratrum: sed ratione contractæ Societatis, quæ in se quodammodo habet quoddam jus fraternitatis. Ut ratio fundetur in solo contractu Societatis, qui non est inter fratres. D. Mudæus *ad d. l. Verum h. t.* Mozzius *de naturalib. societ. n. 25.* Omnibus Christianis id beneficiu genus tribuere est exoticum.

Re-

42 Restringitur istud beneficium primò, Si Socium se negaverit, *l. si unus 67. §. 1. hoc tit.* Facit enim mendacium cum indignum beneficio; cum qui negat caussam sit indignus effectu inde resultante. Secundò, si dolo malo fecerit, quo minus facere possit; quia dolus, ne ei prosit, facit videri eum facere posse, *d. l. 63. § tempus.* Tertiò, ut tantum habeat locum in Socio, non etiam in patre ejus, domino, aut hærede: quia personale hoc sit beneficium, *d. l. 63. §. patri.* Et hoc quatenus patris aut domini jussu filius, aut servus contraxit: nam si arbitrio suo, pater, aut dominus, non conveniuntur, nisi de peculio. Fidejussori etiam non competit, *d. l 63. § 1.* ex dicta ratione: nisi fortè tamquam defensor socii judicium susceperit, *d. §. 1.* poterit enim hoc casu objiccere beneficium ex persona ejus, quem defendit. Quartò, restringi videtur hoc beneficium ad societatem omnium bonorum, per *l. sunt qui 16. in fine inf. De re judicata.*

43 * Verum, ista lege non obstante, dandum idem beneficium etiam socio unius rei, per expressum textum in *d. l. 63. in princ.* in qua Ulp. auctor utriusque legis seipsum corrigere. Vel dicendum, in *d. l. 16.* fieri mentionem societatis omnium bonorum, quòd in ea latius pateat hoc beneficium, non exclusa tamen societate unius rei, in qua licet strictius concedatur, vult tamen ratio supra allata, ut & in ea obtineat. Mud. *ad d. l. 93.*

44 Præter damna etiam imputantur societati onera, quæ ejus nomine quis subiit. Et quidem Universali videntur imputanda omnia undecumque procedentia.

45 * Unde quæsitum, An dotis adsignandę filiæ alterius socii onus incumbat societati? Posset hoc videri, quòd ut omne lucrum, ita & damnum, etiam fortuito, proveniens, imputetur isti societati, *d. l. 63 § fin.* Nisi culpa alterius id caussaverit: non caussavit autem istud culpa alterius, sed lex, *l Qui liberos 19. inf. De ritu nupt.* Quam sententiam ita largè aliqui capiunt, ut, soluta societate, velint dotem præcipuam penes eum manere, cujus filiæ adsignata. Menoch. 2. *Arbitr. casu 127. n. 3.* eamque firmat multis Maotica. *De tacitis convent. lib. 6. c. 20.* hoc præcipuè argumento, quòd in societate Universali non inspiciatur, damnum nomine Societatis accidat, an fortuito. Contrariam sententiam, & legendo, & docendo veriorem tradit Bald. in *Auth. Quod lo. um num. 6. Cod. De collationib.* scilicet non imputari societati; sed in divisione rerum imputari ei, cujus filiæ adsignata dos. Et facit pro eo *l. si socius 80. h. t.* Ubi non aliàs ex Societate dos constituenda, quàm si ita convenerit: quo in casu ita loquitur *l. si societatem 73. in fine hoc tit.* Ut, cessante conventione, onus istud eum maneat, quem concernit, qui dotem adsignatam filiæ, finita societate, vel in commune referet, vel tantò minus accipiet, juxta *l. 1. §. sed etsi tantum inf. De collation.* Probat hanc sententiam Rom *Cons 145. & 413.* pluresque in eam rem allegat Mozzius, *post tract De societate cons. 1.* Et facit ratio, ne ex illis, quæ fortuito accidunt, ditescat unus in injuriam aliorum. Suadet eandē partem *l. Actione 65. §. fin. h. t.* Ubi si unus ex sociis sit maritus, dotem, quam adduxit, præcipit, distractâ societate, cùm ibi vis ponatur in eo, quòd dotem adduxerit, contrarium dicendum sit in casu, quo ex communi acceipit. Probat & sententiam istam Mud. *ad d. l. 73. §. 1.* * Ubi idem

46 tradit de impensis in studia filii, quòd & illę non tam sint imputandæ societati, quàm patri, si aliter non convenerit: quam & approbat, concordando opiniones, Ant. Gabriel. 3. *Commun. concl. tit. De jure dot. concl 2.* ut licet sit de communi dotanda filia; distracta tamen societate dos sit imputanda patri. Hoc receptius traditur in casu, quo omnium bonorum communionem contineat matrimonium, vel etiam acquisitorum tantùm, posse patrem ex bonis communibus dotare filiam, non tantùm stante matrimonio; sed & eo dissoluto, quia debita contemplatione matrimonii contracta ei imputentur, *l. Omne as 27. hoc tit.* ejusmodi est istud, de quo agitur Covarr. 3. *Var. Resol c. 19 num. 3.* Barbosa *ad l. 1. p. 4. num 90. inf. Soluto matrim.*

Unum quærendum restat, An duobus sociis vendentibus rem communem, emptor alteri socio tutò omne pretium numeret? Dicendum, Utrisque pretium numerandum esse, & solutione uni tantùm facta non liberari solventem ab altero socio. Nam cùm simul vendiderint, cuique est jus quæsitum ad pretium pro rata, quod ipsis non adimendum per solutionem uni factam; quia posset res non esse alteri integra. Quò facit, quod tradit Castreo, in *l si unus 27. in princ. num. 6. sup. De pactis*, plures socios unius mercis non posse singulos agere in solidū contra debitorē. Facit &, quod dictū suprà de exercitoria, non teneri socios nisi pro sua parte, simul scilicet exercentes navem, *l. 4. inpr. De exerc.* nisi uni

com-

commiserint negotiationem: quo casu rectè eidem solvitur, & ex contractu ejus omnes in solidum conveniri possunt, *d l 4 §.1.*

48 Concurrunt cum hac Actione & aliæ; uti furti circa rem commissi à socio, *l. Rei 45 h.t.* Legis Aquiliæ, ratione damni circa rem dati, *l. Sed si 47. hoc tit.* communi dividundo, quâ si actum, cessat pro socio Actio, & contra, *l. Pro socio 78. h t.* quia utraque rei persecutionem respicit, *l. Sed actione 50. h.t.* Differt autem pro socio Actio à judicio communi dividundo, quòd hoc agi possit, ubi non est pro socio Actio, *l. Actione 65. §. si post 13. h.t.* Deinde quòd sit in rem, de cujus divisione agitur; pro socio autem pertineat ad personales præstationes, non etiam ad divisionem rei communis, *l.1. sup Comm. divid.* cùm jus non permittat, ut agatur ex contractu ad ejus dissolutionem.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 2. pro socio.

Ad n. 2. 3. & seqq. De societate, & quot modis contrahatur, plus quàm latissimè tractat Joseph Ludovic. *comm. concl. 53.*

Societas per quos actus tacitè ineatur, & quomodo probetur, latè & eleganter tractat. Mynf. *Respons. 80. n. 31. & seqq.*

Ad n. 19. Inter socios quatenus pacta, inæqualitatem inducentia Jure permittantur vel non. vid. Hartm. Pistor 3. q. 1. Copp. 2. *obs. 56.* Cravettam *consil. 173.* Gail. 2. *obs. 24.*

Ad n 37. Faciens sumptus ad prosequendam causam communem quo remedio utatur, adversus socium contumacem partem suam præstare nolentem. Thoming. *decis. 49.*

Conquæstus qui sint, quæve reputentur pro conquæstibus & acquisitis in societate. Christin. 1. *decis. 206.*

An emolumentum & lucrum, post Societatem, per obitum unius, distractam, durante adhuc tempore conclusionis, spectet ad hæredem socii prædefuncti. Bapt. Cæsar. *Consil. Illustr. 69. p. 3.*

Socii insolidum semper sunt obligati, nec gaudent beneficio divisionis. Carpzov. *Iurispr. forens. part. 2. constit. 17. def. 12.*

FINIS LIBRI XVII.

HENRICI ZOESII J. C.

IN LIBRUM XVIII.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De contrahenda emptione, & de pactis inter emptorem & venditorem compositis: & quæ res venire non possunt.

SUMMARIUM.

1. *Emptio venditio quid?*
2. *Inter quos consistat, & qui contrahant.*
3. *Forma consistit in consensu circa rem & pretium.*
4. *Consensus debet esse liber.*
5. *Et extra dolum.*
6. *Item extra errorem.*
7. *Conciliatio* l. Quid tamen 14. cum l. Cum ab eo 41. §. fin. h. t.
8. *Error circa qualitatem accidentalem non vitiat.*
9. *Circa qualitatem substantialem vitiat.*

 10. Se-

10. *Secus se res habet in stipulatione.*
11. *Materia hujus contractus.*
12. *Res propria quando vendi prohibeatur.*
13. *Prohibitio ex pacto an impediat alienationem?*
14. *Intellectus* l.fin. Cod.de reb. alien.non alien.
15. *Intellectus* l.fin. Cod. de pactis inter empt. & vend.
16. *Pactum, ne liceat debitori pignus vendere, an alienationem impediat?*
17. *Res litigiosa & emphyteutica alienatio quatenus prohibita.*
18. *Res sua, & quæ extra commercium, emptio est nulla.*
19 *Liberos olim vendere licuit ex caussa egestatis.*
20. *Venditâ filiâ an censeatur & venditus venter?*
21 *Venditio hujusmodi concessa patri, non avo.*
22. *Major 20. annis patiens se distrahi fit servus.*
23. *Venditio quarundam rerum prohibita ad bonum publicum.*
24. *Venditio sine re non contrahitur.*
25. *Spes fructuum rectè emitur.*
26. *Extractum cum jactu piscium an emptor rectè sibi vindicet?*
27. *Res destructa an & quatenus vendi possit.*
28. *Emptore sciente rem periisse tenet venditio.*
29. *Rei furtivæ venditio quatenus teneat.*
30. *Venditio sine pretio nulla.*
31. *Pretium donandi animo interveniens non ponere venditionem.*
32. *Pretium in nummo uno simulatum.*
33. *Pretium debet esse certum.*
34. *Cujusmodi est & collatum in arbitrium tertii.*
35. *Tertiò pravè arbitrante, corrigendum ejus arbitrium.*
36. *Ex instrumento emptionis, in quo non expressa certa quantitas, an agi possit?*
37. *Arrhæ interventus quid operetur.*
38. *Effectus perfectæ venditionis, ut res tradatur.*

1 INter contractus consensu initos frequentissima est emptio-venditio, maximè necessaria humano commercio; estque contractus, quo merx, vel res per mutuum consensum pretio commutatur. Ejus originem cœpisse à Permutatione traditur in *l.1.h.t.* à qua tamen in multis differt.

2 Contractus hic consistit inter eos, qui contrahere possunt: quo modo non initur inter patrem, & filium in potestate, quæ facit haberi eos pro eadem persona; nisi super re castrensi, *l.2.h.t.* cujus respectu cessat potestas. Item inter eos, quibus est sensus; ut removeantur pupilli, prodigi, furiosi; nisi dilucida habeant intervalla, *l.2.C.h.t.* quibus tutores, & curatores adesse debent, *l.quia Quælibet 27.h.t.* Mutus, surdus, non excluditur, cùm intelligat, & consentire possit, *l.In quibuscumq; 48.inf de O & A.* A Minoribus hunc contractum iniri non interdictum; non tantùm si Curatore careant; sed & si habeant, *l Puberes 101. inf.de V.O.* quo tamen casu curator actum improbare poterit. Si non habeant, restitutione in integrum læsis succurritur. Non impeditur etiam deportatus eò quòd hic contractus sit juris gentium; Deportatus autem ea, quæ sunt illius juris, habeat salva, *l.Sunt quidam 17. in fine inf. De pœnis, l. Deportatus 15.inf de interd. & releg.* Ab excommunicatis non emendum; quòd tutò cum iis non communicetur, nisi necessitas excuset. Contractus tamen & hic, & alius quivis initus tenet, ut traditur ꝰ *Defens. excomm.* Inter Medicum, & ægrotum non videtur stare hic contractus, *arg.l.9.C.de profess. & med.lib.10.* ut nec inter Advocatum & Clientem, durante lite, *l.6.§ 2. C. de postulan.* quòd non videatur liberè iniri, *l 3.inf. De extraord.cognition.* Prohibentur & in provincia officii caussa agentes prædia ibidem emere, *l.Qui officii 62.h t* quod præsumatur contractus per concussionem potiùs extorqueri, officii respectu, quàm liberè iniri.

3 Forma contractus hujus consistit in consensu circa rem, & pretium. Ut ad ejus substantiam nō desideretur, ut res interveniat; quæ tamen postea tradenda, ex fine contractus, ut dicetur inferiùs, *ad tit. De action empti & venditi.* Consensus iste, vel purus est, & continuò ponit substantiam contractus, vel in conditionem suspensus, & demùm eâ adveniente ponit perfectum contractum, ut novo consensu opus non sit, *l.7.hoc tit.* Ubi dicitur perfici Venditiones, ubi impleta fuerit conditio. Unde si placuerit scripturam adhiberi ante ejus consummationem, contractus, priusquam in instrumentum fuerit redactus, non erit perfectus, & licebit alteri pœnitere impunè; nisi quid arrhæ nomine fuerit datum, quod amittitur, aut duplum restituitur, *§ sed hæc quidem Instit eod.l. Contractus 17.C. de fide instrum.* Ex quo nemo rectè intulerit, cum Castrensi; *ad l. Cum res v.3.C.d.tit.* scripturam esse de substantia; cùm hoc tantùm veniat ex partium placito, ut possit

de

4 de contractu patere. Si tamen consensus liber; nam invitus emere, vel vendere nemo cogitur, *l. Invitus C. eod.* Hinc inter Medicum, & ægrotum non est firma Venditio, ut dictum, propter præsumptam compulsionem, *d.l.3. inf. De extraord. cognit.* nisi publica, vel piæ caussa aliud suadeat, Gomez. 2. *Variar. Resol. c. 2. n. 3.* Non facit tamen metus contractum tam irritum esse, quàm irritandum, secundum dicta supra, *ad tit. De his quæ vi, vel metus caussa, &c.*

5 Absit dolus, qui dans caussam huic contractui, & cuilibet alteri ejusdem ordinis, impediret ejus obligationem, uti dictum supra, *tit. De dolo malo;* quo tamen casu dolosum stare debere contractui, si id velit deceptus, ibi quoque dictum.

6 Absit denique & error. Circa quem distinguendum: nam vel est circa ipsum corpus, vel circa qualitatem. Priori casu ponit contractum nullum; propterea quòd consensus non concurrat circa eandem rem: v. g. si Venditor velit vendere Pamphilum, Emptor autem agat de Sticho, *l. In venditionibus 8. h. t.* Sic & si Æs vendiderit, quod Aurum putabatur, nulla est Emptio. Secus si auri quid habeat; ut si res sit inaurata, eò quòd non omnino dissentiatur, & erretur in materia, cum auri aliquid subsit, *l. Quod tamen 14. h. t.*

7 Sed videtur ei obstare, *l. Cum ab eo 41. §. fin. h. t.* Ubi mensæ auro coopertæ, quæ credebatur solida, venditio nulla esse dicitur. Accursius ibi varias adducit conciliationes minùs convenientes. Dicendum, in *d.l.14.* agi de re, quæ in aurata est, & proinde habet aliquid auri admixtum, vel infusum, ut aliquid ejus, quod vendi creditur, subsit: at in *d. §. fin.* de mensa auro cooperta, quæ nihil auri admixtum habet; ut ideo Emptio sit nulla; quia nihil subsit ejus, quod venditum, *d l. 41. in fine.* Sic & nullam Venditionem ponit error in sexu, ut si quis puerum emere putet, cùm sit mulier, *l. Alioqui 1. h. t.*

8 Altero casu error, vel est circa qualitatẽ substantialem, quàm, & materiam, & substantiam vocat J.C. in *d. l. 9 in fine,* vel circa accidentalem. Hoc casu contractus est validus: veluti si aurum quidem vendatur; sed deterius quam putabatur, *l. Aliter 10. h. t.* vel si quæ virgo putabatur, sit mulier, *d. l. 11.* quia talis error non facit non subesse aliquid ejus, quod creditur vendi, ut non cesset consensus.

9 Illo verò casu Emptio est nulla, quia error aufert consensum: facit enim nullã sui parte esse id, in quo consensus fundetur, veluti si acetum pro vino veneat, *d. l. 9. § fin* Ubi quod de aceto dicitur, accipiendum de eo, quod ab initio tale fuit, expressum utique ex uvis immaturis: nam si ex vino, quod acuit, acetum sit factum, tenet Emptio, quia eadem substantia cum vino, ut tantùm videatur error circa accidens, *d. l. 1. in fine.* Etsi autem Emptio in casibus prædictis non teneat, tenetur tamen Venditor Emptori in id quod interest eum deceptum non fuisse, *l. Si officiis 2. §. 1. hoc tit.* Ubi non excusabit Venditorem ignorantia qualitatis rei, quia est improbabilis, quod ejus sit scire rei suæ conditionem, *l. Si sterilis 21. §. quamvis inf. De actionib. empti, & vend.*

10 Verùm prædictis obstare videtur textus in *l. Si id quod aurum 22. inf. De V. O.* Ubi error circa substantiam non ponit stipulationem nullam: sed dicendum, hoc ideo, quòd in stipulatione utile sit, etiam corpus, in quod consensus concurrit, habere obligatum tale, quale est, licet credebatur melius esse. Quod & idem de Pignore dicendum. Aliter se res habet in hoc contractu, in quo interest Emptoris, habere substantiam respondentem pretio, quod datum, qui aliàs in damno hæreret, Cujac. ad *d. l. 22 & lib 2. Obs. c. 5.* Vultejus *Inst. h t. n. 13. & seqq.*

11 Materiam huj⁹ contractus constituit res quælibet, sive corporalis, sive in corporalis uti nomina, actiones, hæreditas; mobilis, sive soli; sua, vel aliena, *l. Rem alienã 28. h. t.* quia per emptionem non quæritur jus in rem; sed tantũ ad rem. Ut licet sit rei alienæ Venditio; non tamen alienatio, per quam quæritur alteri jus in rem: quòd cùm circa rem alienam transferri nequeat, nihil domino præjudicabitur per Venditionem, quò minùs rem suam vindicet à quocumque, *d. l. 28. & l. 6. C. de reb. alienis non alien.* ita ut ne quidem pater rem filii alienando, ipsi præjudicet, *l. 5. C. d. t.* nec maritus Uxori, non tantùm in rebus dotalibus, obstante lege Julia, verùm & in aliis, *l. 2. C. d. t.* Nisi dominus consenserit in rei suæ alienationem, citra fraudem, quæ faceret consensum ei nihil obesse, *d l. 2.* vel ab Emptore res sit usucapta, *d. l. 2. & 5.* Nam Emptori per vacuam rei alienæ possessionem traditam, accedit usucapiendi conditio; quæ tamen perfecta non impedit, quò minùs prior Dominus pretium repetat a venditore malæ fidei; hoc enim lucro illi cedere iniquum, *l. 1. C. d. t.* vel nisi dominus succedat alienanti, *l. 3. & 5. C. d. t.* Nam hæres cum personam repræsentet defuncti, tenetur & factum ejus præstare, quòd adeundo videatur approbasse, ut postea reprobare volens non sit audiendus, *l. Cum à matre 14. Cod. De rei vindication.* quã de re supra *eod. tit. n. 31,*

 Ut

12 Ut autem non Dominus vendit rem alienam, ita & Dominus interdum prohibetur vendere rem propriam, vel per legem, ut prodigus, furiosus, & similes: vel per Testatorem, qui bona fidei commissio obnoxia reliquit, vel etiam cum alienandi inhibitione: vel denique per pactionem partium, *l. fin. Cod. de reb. alienis non alien.* Legis prohibitio alienationem facit omnino irritam, ut apparet in rei dotalis, & pupillaris alienatione, ut suo loco dicetur: cum factum lege prohibente sit irritum, *l. Non dubium Cod. de legib.* Vasquius *Success.* 10 *lib.* 1. *§.* 10. *n.* 89. Judicis prohibitioni idem non malè videtur attribuendum, per *l. Si sciens* 26. *h. t.* & *l* 7. *quis sciens inf. Pro emptore.* Prohibitio alienandi per testatorem tum expressa, tum tacita eam habet vim, ut nec hæres, nec Legatarius vendendo rem alienet, ut plenius traditur infra ad Senatusc. Trebellianum, Vasquius *d. loco n.* 87.

13 Dubitatur, An prohibitio per pactum contrahentium, vel Emptio cum pacto adjecto, ne res alienetur per Emptorem, faciat non procedere alienationem? Ita videtur per *l fin. Cod. de reb. alienis non alienan.* in qua prohibitio alienandi per pactum contrahentium comparatur ei, quæ fit per legem, aut testatorem: hæc autem omnino impedit alienationem, secundùm jam dicta, ut & illa sit dicenda impedire, ut procedat comparatio. Ad idem facit *l. fin. Cod. De pactis inter empt. & vendit.* Ubi pactum Venditioni appositum, ne res humano commercio eximatur, dicitur servandum immutilatum. Communiùs tamen receptum, pactione de non alienando non impediri effectum alienationis, *l.* 3. *C. de condict. ob caus.* Quæ habet, *Eâ lege in vos collata donatio, ut neutri alienanda sua portionis facultas ulla competeret, id efficitur, ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet, vel ut donatori, ejusve hæredi, condictio, si conditio servata non fuerit, quæratur.* Actio scilicet Personalis in Donatarium, in id, quod interest donatoris, conditionem non esse servatam, *l. Si ita quis* 132. *§. ea lege inf. De V. O.* non etiam Realis. Quod certum est argumentum, rem non affici tali pacto, & consequenter alienationem non esse irritam. Facit eodem *l. pen. in fine sup. de pactis*, quæ habet neminem paciscendo efficere posse, ne prædium alienet vicino invito. Ratio est, tum quia est contra naturam dominii: tum quia videtur injuriam continere, ut homines de rebus suis aliquid agere cogantur inviti, *l. dud'um penult. Cod. hoc tit.* cum auferat jure concessam facultatem de re sua disponendi, *l. In re mandata Cod. Mandati*, quod legibus non permissum, *l.* 2. *D. Si à parente quis manumission.* Jason. *in d. lege penult. n.* 10. Caldas *ad l.* 3. *V. prohiberi num.* 1. & 2. *Cod. De in integ. restit. minor.* Latè Gomez. *ad leg. Tauri* 40. *num.* 13. & *seq.* Vasq. *d. loco num.* 82. & *seq.*

14 Non obstat *d. l fin.* nam ad veritatem positæ in ea comparationis non est necesse, ut comparata per omnia sint æqualia: cum sufficiat, in aliquo respondeat comparatio, ut utilis sit, & servetur prohibitio. Quæ in casu præsenti concernit quidem alienationem, tam per pactionem, quam per legem, vel testatorem & servanda est: sed non eodem modo, & effectu. Nam per legem, aut testatorem facta, quia rem afficit, facit alienationem inutilem: per pactum verò, quia tantùm afficit personam, facit contravenientem teneri ad interesse ei, qui tali pactum apposuit, secundùm *d. l.* 3. Quò facit, quod Imperatoris intentio *in d. l. fin.* tantùm sit indicare, quando quis censeatur alienare, vel alienationi consentire: cujus diversos modos ibi tradit. Ita Donellus *ad d. l fin.*

15 * Quæ interpretatio etiam applicanda videtur, *d. l finali C. De pactis inter empt. & vend.* Nam pactum, quod ibi dicitur servandum immutilatum, servabitur, datâ actione paciscenti in alienantem, ad id, quòd ejus interest, pactum non esse servatum. Quod videtur & Glossa ibi sentire, & tradit Donellus, *ad d. l* 3. *Cod De condict. ob caus.* hoc argumento, quod cum secundum *d. l* 3. pactum tale non obstet, quò minus res donata alienetur, ita nec debeat obstare contra legem adjectum, quò minus res Religioni addicatur, quæ favorabilior alienatione privatâ, salvâ paciscenti actione ad id, quod ejus interest. Plerisque tamen videtur per istam *l fin.* corrigi dictam *l. penult* & alienationem esse nullam, propter verba, *licet hoc apud veteres dubitabatur*, per quæ volunt indicari *d. l penult.* corrigi. Et ratio videtur, quod in ista lege finali agatur de certo casu, quo alienatio Vendenti est gravior, quod per exemptionem rei ex humano commercio accedat illi damnum irreparabile. Objicitur etiam *l. penult. Cod. Si mancipium ita fuerit alien.* Ubi manumissio servi contra pactum, ne manumittatur appositum à domino Vendente, non procedit: verùm ratio ejus est, quod talis conditio personæ servi cohæreat, uti lex ipsa exprimit.

16 Quæsitum hic quoque, An pactum cum Creditore initum, ne liceat debitori pignus vendere, Venditionem irritam ponat? Et videtur negandum, ex eo, cùm res hypothecata maneat in dominio

dominio debitoris, *l. Pignus Cod. De pignor. act.* succedat decisio, *d. l. penult.* non valere pactum, ne quis rem suam alienet, per rationem *d. l. Dudum Cod. hoc tit* quod æquum sit, ut quisque quærere possit, vel probare arbitratu suo emptorem. Responsum tamen in *l. si creditor §. fin. inf. De distract. pignor.* alienationem contra tale pactum esse nullam: quia jus reale hypothecæ concurrat cum tali pacto: quod nisi in ista specie induceret alienationis nullitatem, nihil operaretur: cum &, eo non addito, hypotheca det jus in rem, & actionem Creditori, ad id, quod sua interest, rem non esse alienatam. Facienda autem semper interpretatio, ut pactum non sit frustraneum, *l. Si quando 109. De leg. 1.* Sentit hoc ipsum Guido Papa *decis. 569. n. 1.* & Covarr. in simili casu *2. Var. Resol. cap. 25. num. 3.* & alii quos refert, & sequitur Barbosa, *ad l. si filiofamilias 26. §. fin. num. 33. inf. soluto matrim.* Ubi tradit hoc ita accipiendum de hypotheca speciali, non etiam de generali: ne tollatur homini libera alienandi bona sua facultas, *l. 2. inf. si quis à parente manumiss.* Vid. Caldas *loco sup. citato numer. 9. & seq.* Gomez. *etiam dicto loco numer. 19.* Everardus *cons. 6. num. 9.*

17 Litigiosæ rei alienationem non probat lex, non tamen tam facit illam irritam, quàm irritandam. Res emphyteutica, cujus dominium directum est alterius, alienari non permissa: nisi secundùm formam præscriptam *l. fin. Cod. De jure emphyt.* Feudalis rei alienatio requirit consensum domini *c. 1. De prohib. feud. alienat.* & hoc secundùm Feudorum usus, qui de moribus passim non servantur: quibus feuda redacta sunt ad instar patrimonialium, & non secus atque illa alienantur, non requisito consensu domini.

18 Quod dictum, quamlibet rem constituere materiam hujus contractûs, hoc ita accipiendum, si talis sit, quæ acquiri potest. Unde rei suæ nulla est Emptio, *l. Neque pignus 45. inf. de R. I.* cùm, quod nostrum est, amplius nostrum fieri nequeat, *l. 4. C. h. t.* Qua de caussâ & earum rerum, quarum jure gentium non est commercium, neque emptio est, uti rei sacræ, religiosæ, *l. 4. h. t.* modo à sciente rei conditionem ematur, *l. 6. h. t.* venditum enim tale quid ignorantes ponit Emptionem: saltem ad hoc, ut ex Empto teneatur Venditor emptori ad id, quod interest non decipi, *d. l. 4. l. Qui officij 62. h. t.* Et hoc non tantùm si sacrum, vel religiosum per se vendatur; sed & si tamquam accessio majoris partis. Quò facit, quod habet Ulp. *in l. hanc legem 24. h. t.* hanc legem Venditionis, *si quid sacri vel religiosi est, ejus venit nihil*, supervacuam non esse: sed ad modica loca pertinere. Publicis quoque usibus destinata, quia omnibus vacant, vendi nequeunt, *l. Littora 51. h. t.*

19 Est & extra commercium liber homo, quia haberi non potest, *d. l. 4. h. t.* nec ejus est æstimatio. Cujus tamen Venditio aliquot casibus tenet, saltem jure Romano. Nam primò liberos dividendi licentia data parentibus lege XII. Tab. Sed ea postea denegata, exceptâ caussâ nimiæ egestatis, quæ iis dat licentiam vendendi liberos proprios, etiam sanguinolentos, id est recens natos, *l. 2. Cod. De patrib. qui filios distrax.* quæ Venditio, etsi liberos faciat servos, non præjudicat tamen eorum ingenuitati, quam oblato pretio ab ipsis venditis, vel eorum patre, aut alio quocumque, vel etiam dato vicario mancipio recipiunt, *d. l. 2.* Imò & cogi potest pater ditior factus redimere venditos ob cessantem caussam. Covarr. *2. Var. Resol. c. 14. n. 4. in fine:* ubi rectè excipit filium in sacris positum, sive quod in eum non sit tam plena potestas, sive quod non deceat talem servituti subjici.

20 Quæri hic posset, An venditâ filia censeatur & venditus Venter? Post Venditionem conceptus partus videtur dicendus servus: quia ab ea conceptus, quæ jam serva, cujus conditionem sequitur, *Glossa in d. l. 2.* Tempore Venditionis conceptus potest videri simul venditus tamquam portio matris, in cujus est utero, *l. 1. § 1. sup. de ventre inspic.* Veriùs tamen, non censeri simul venditum, nec esse servum, cum sit conceptus à matre libera, *Inst. de ingen* & conceptus habeatur pro nato, cui superveniens Matris calamitas, non nocet, *l. Qui in utero 26. sup. De statu hom.* Deinde si diceretur venditus, vel hoc esset à Matre, vel à Patre ejus, uxoris scilicet. Non ab illa, cùm non habeat potestatem vendendi: non ab hoc, quia est Avus Maternus, non habens in potestate natos ex filia: ut cessante potestate, cesset & ista Venditio, in potestate fundata, *l. transactione 26. C. De transact.*

21 Videtur autem ista venditio concessa Patri tantùm, non etiam Avo, cum *d. l. 2.* solum faciat mentionem Filii, vel Filiæ: ut trahi ad Nepotem nequeat, cum extensio sit evitanda, maximè in casibus, quibus aliquatenus videtur lædi naturalis ratio. Uti nec videtur admittenda extensio ultra casum egestatis, de quo *d. l. 2. ubi Glossa.* Vide Pinellum *ad Rubr. C. de bonis maternis p. 2. num. 20. & seqq.*

22 Secundò, Major viginti annis, non ignarus suę conditionis, si patiatur se distrahi ignaro conditionis ejus, ad participandum pretium, de quo & participavit, fit Servus ejus de jure, cui venditus. *l.5. §.1. sup. De statu hom. & l. si usumfructum §. in summa inf. de liberali caussa.* Verùm hi duo modi inter Christianos vix obtinent.

23 Est & rerum aliquarum, licet in commercio sint, prohibita Venditio, ob publicum bonum, sic purpuræ distrahendę privato non est facultas, *l.1. C. Quæ res Venire non poss.* Serica quoque barbaris non vendenda, *l.2. C. d. tit.* Non etiam Vinum, Oleum, *d. l.1.* ne talium dulcedine allecti barbari invadant fines Romani imperii, uti factum legitur à Gallis, apud Livium *lib.5.* Vendi etiam iis non potest Sal, Cos, Ferrum, Arma cujuscumque generis, ne his instructi validiores reddantur contra Romanos, *l.2. C. Quæ res exportari non deb.* Similiter Frumentum exercitui destinatum non impune ex caussa publica venditur, vel emitur, *l. fin. C. d. tit. quæ res venire non poss.* Romanæ quoque gentis Eunuchos vendi prohibitum, sub gravi pœna, *l.2. C. de eunuch.* quos & gentis Romanæ, vel in orbe Romano fieri capitale judicatum, *l.1. d. tit.*

24 Requiritur præterea ad substantiam Emptionis, res existat, aut existere possit: neque enim sine re, quæ veneat, intelligitur Emptio, *l.8. h. t.* Hinc rei futuræ Emptio procedit, uti fructuum, qui nascentur: si tamen postea extiterint, quia ista conditio inest, *l.1 in fine inf. De cond. & demonst.* cujus defectus faciet deficere Emptionem

25 potest tamen & sine re Venditio intelligi, uti quando spes fructuum emitur, cujus ea est conditio, ut sive multum, sive parum nascatur fructuum, vel etiam nihil, pretium nihilominus sit præstandum ab Emptore, *lege Ex empto 11. in fine inf. de actionibus empti,* quia spes est loco materię, pretioque emi potest, & quasi alea censetur empta, *d. l.11. in fine:* Ubi & captus piscium, avium, missilium, dicitur emi eadem conditione, uti & jactus retis.

26 Quo casu quæri posset, an si cum piscibus, vel etiam sine iis pretiosum quid fuerit extractum, hoc ipsum Emptor sibi adrogare possit? Ea de re controversia olim fuit inter Milesios piscatores, & juvenes Jonicos, qui ab illis bolum emerant, id est, jactum, & sine ullo pisce extractam mensam auream Delphicam suam vindicabant, ratione contractûs, quod fortunam emisse se dicerent: objicientibus è contra piscatoribûs, quòd non nisi capturam piscium vendidissent. Ad Senatum Milesium controversia delata, ab eo ad judicium Apollinis rejecta. Valer. Max. *lib.4. cap. 1.* Quo opus non fuit, cùm videatur ea res ex jure dirimi posse, quòd scilicet Emptores non jure bolum illum sibi adrogant, quia non potuerit videri actum nisi de captu piscium. Cujac. *ad tit. Cod. de sen. qua pro eo quod interest profer. in fine.*

27 Res Destructa non ponit materiam venditionis, nihilque consensus circa eam operatur: non tantum, si uterque sciverit esse destructam, quia dolus utrimque compensatur, qui facit judicium bonæ fidei non subsistere, *l. Domum 75. §. fin. h. t.* nihil obstante regula in *c. scienti de R. I. in 6.* quia non tantùm loquitur de sciente, verùm & de consentiente, in casu autem dicto nullus consentit: sed & si uterque ignoraverit. Quæ res est extra dubium, quia deest consensus, si utique nec dimidia pars sit integra. Nam aliàs Emptor coarctandus Venditionem implere, habita tamen, boni viri arbitratu, ratione, ut quod ex pretio propter incendium, aut aliàs decrevit, ab ejus præstatione liberetur, *d. l.57. in fine princ.* nisi ea pars destructa fuerit, cujus nomine Emptio inita *l. Arboribus 58. hoc tit.* propterea quod hujusmodi res faciat deesse consensum. Scientia Venditoris Emptori ignoranti factam Venditionem facit esse nullam, nisi quantulacumque ædificii pars remanserit: facit enim ea res & contractum stare, & Venditorem Emptori quod interest restituere, propter deceptionem, *d. l.57. §.1.*

28 Ex diverso Emptoris solius scientia facit, & Venditionem stare, & pretium omne ab Emptore Venditori ignoranti, si non est depensum, solvi, vel, si solutum sit, non repeti *d. l. 57. §. penult.* ex ratione, quod, cum non ignoraret rem periisse, consenserit tamen emptam habere, & ad pretii solutionem sponte se obligaverit. Quò fit, ut non possit postea læsum se queri, & ad beneficium *l. 2. C. de rescind. vendit.* confugere, eò quod deceptis tantum succurratur. Neque potest autem hic videri deceptus, rem non existentem, aut etiam existentem, pluris emens. Non rectè objicitur *l. Nec emptio 8. h. t.* cum agat de vera contractus substantia, quæ poni nequit sine re: at verò *d. §. penult. l. 57.* non tam agit de ipso contractu, quàm de judicio empti, & venditi instituendo, & moderando, quod & fit in casu, quo non stat contractus, *l. qui officij 62. §.1. hoc t.*

29 In Rei Furtivæ Venditione ita responsum à Pau-

Paulo J.C. in *l. si in emptione* 34. §. *liberum* & §. *item si emptor hoc tit.* ut, si uterque sciat furtivam, nulla contrahatur obligatio: quia impia sit promissio, quæ scelere implenda: sin Emptor sciat furtivam solus, non obligetur Venditor rem tradere, quòd ea res crimen contineat, sed nec obligatum sibi habeat Emptorem, nisi ultro rem venditam præstet. Si Venditor sciat furtivam, Emptor autem ignoret, utrimque contrahitur obligatio. Cujus ratio est, quòd æquum sit, Venditorem scientem teneri Emptori ignoranti, quem sciens prudens decepit, & cujus interest non decipi: ut actori sua bona fides prosit ad acquirendam, & retinendam obligationem, cui ut honestè, & citra crimen satisfiat, curare est Venditoris. Obstare videtur *d. l. Domum* 57. §. 2. *hoc tit.* Ubi in simili casu dicitur nulla esse venditio. Respondet Glossa non malè, in isto §. 1. rem non superesse, sine re autem non subsistere Venditionem: at verò in *d.* §. 1. rem existere, licet vitiosam, quæ proinde tradenda, quatenus honestè potest.

30 Præter rem oportet, & quidem necessariò, adsit pretium, in numerata pecunia consistens: nam si actum sit, rem dari pro re, Permutatio initur, cujus usus fuit olim frequens ante inventos nummos, ut pulchrè traditur in *l. 1. h. t.* quam refert & probat Imp. *Instit. eod.* §. *item pretium:* & expressè J. C. in *l. 2.* §. 1. *hoc tit.* ait, sine pretio Venditionem non esse, quia constituit substantiam: & alibi dicitur Venditio sine pretio nuda, & imaginaria, & pro non facta, *l. Nuda* 55. *hoc tit.*

31 * Talis etiam judicabitur, si pretium quidem ponatur, sed dandi animo non exigendum: quod facit non tam videri rem vendi, quam donari. Nam simulata Venditio donationis caussâ, transit in donationem, eoque animo tradita res nequit revocari, *l. 3. C. hoc tit.* Plus enim valet quod agitur, quam quod simulatè concipitur, *tit. C. plus valere quod agit.* Minoris facta venditio, ob caussam donationis, non est invalida, quamvis inter virum, & uxorem ejusmodi Venditio non subsistat, *l. si quis donaturus* 38. *hoc tit* quod contineat speciem donationis, & in rationem prohibitæ inter conjuges donationis incidat, *l. 5.* §. *circa inf. de donat. inter virum & uxor.* Quod autem aliàs ejusmodi Venditio subsistat, est, quia pretium intervenit:

32 * quod tamen si uno in nummo consistat, simulatum potiùs videbitur, nec excludet donationem, *l. si quis* 46. *inf. Locati:* neque enim nummus unus verum pretium ponit, imò verum pretium illi opponitur, *l. si quis* 10. *in fine inf. de acquir. possess.* In testamentis tamen, quæ fiebant per æs, & libram, imaginaria Venditio per unum nummum olim fuit usitata, uti & in hæreditatum restitutionibus, emancipationibus, & aliis ad actum aliquem agendum, *Institut. De testam. ordin. in princ.* quo modo accipienda, *l. si ususfructus* 66 *in fine inf. De jure dotium.* Remissio pretii, caussâ donationis, subsequens contractum ritè initum, minimè impedit ex contractu agi, *l. 5. inf. Locati*, nam satis est ab initio contractum rite constitisse.

33 Necesse autem est pretium sit certum, vel ab initio expressâ quantitate, vel eò relatum, unde certum fieri possit, vel etiam jam sit certum, licet ignoretur: veluti si referatur ad quantitatem, non expressam quidem verbis, sed certo modo designatam: verbi gratiâ, Dabo quanti emisti, quantùm in arca habeo, *l. 7.* §. *penult. l. si quis fundum.* 37. *hoc tit.* quanti ille æstimaverit, *Instit. eod.* §. *sed & certum:* cum nihil intersit, res verbo designetur, an verò sufficienter demonstretur, *l. Certum sup. si cert. petat.* Nec facit, quod contrahentes lateat quantitas, cum sit satis in veritate, eam esse certam, *d. l. 7.* §. 1. Quod si in arca pretii nihil fuerit, deficiet Venditio, deficiente eo, quod ad substantiam ejus desideratur. Non obstat, quod modo dictum de empta spe, ut jactu retis; Quia non conventum hic, per modum spei, de solvendo pretio, sive fuerit in arca, sive non: sed præsupponitur esse, & subest conditio, ut, si fuerit pretium in arca, Venditio teneat, non etiam si non fuerit, *arg. d. l.* 37. Nam cùm *d. l.* 7 §. 1. dicatur, certum esse pretium, ita designatum, præsupponitur esse. Certum & habetur, si ita quis emerit, Fundus emptus tibi sit centum, & quantò pluris eum vendideris, *d. l.* 7. *in fine.*

34 Certum etiam erit, cujus determinatio collata in arbitrium tertii nominati, v. g. Quanti æstimaverit Titius, tanti res sit vendita, §. *pretium inst. eod.* quia certam quantitatem habere potest contractus, quod satis est ad ejus certitudinem. Dico, tertii: quia in alterius contrahentium arbitrium collatum pretium facit nihil actum esse, *l. in vendendis* 13. & *l. Quod sæpe* 35. §. 1. *hoc tit.* Cui minùs rectè objicitur §. *penult. Inst. eod.* Nam in eo non confertur pretium in arbitrium Venditoris: sed tantum tempus adjicitur, intra quod Emptor deliberet, an rem dicto pretio emptâ habere velit. Dico nominati; nam nullâ persona nominatâ pro nihilo erit Emptio, pro-

propter incertitudinem, quæ ab initio ponitur, quòd possint contrahentes non convenire super eligendo tertio *l. si merces 25. in princ. inf. Locati.* Condicet & Emptio, si ex post facto nominatus nolit, aut non valeat æstimare, *d. §. pretium autem Instit. eod.* quòd nullum sit pretium, *l. fin. C. eod.*

35 * Si tertius arbitratus quidem fuerit; sed ita pravum sit ejus arbitrium, ut manifesta appareat iniquitas, corrigetur per judicium bonæ fidei, *l. Societatem 76. 77. 78. 79. sup. Pro socio.* Potest enim arbitrium hoc in bonæ fidei judiciis, in cujuscumque personam collatam, eam egredi, non arbitrante eo, qui nominatus, ex æquo, & bono, ad servandam æqualitatem, nisi id actum sit, ne à persona ejus, qui nominatus est, recederetur, *l. Si coita 75. d. tit.* veluti si adjecta sit pœna, cujus adjectio est argumentum districtæ voluntatis, Gomez. 2. *Var. Resol. cap. 2. n. 19.*

Pretium itaque in numerata pecunia, & certum intervenire debet, ad substantiam Emptionis.

36 Quæritur verò, an ex instrumento Emptionis, quo non expressa certa quantitas, agi possit? Videtur negandum, quasi deficiente probatione ejus, quo præcipuè requiritur. Nam licet de substantialibus actus, de quo agitur in instrumento, præsumatur, uti de pretio; quia tamen quantum placuerit, est facti; ejus omissio facit nihil actum videri; requiritur enim sit certum: ut ex tali instrumento tamquam imperfecto agi nequeat, *l. matrim. C. de probationib.* Gail. 2. *Obser. cap. 11.* Ubi aliquot casibus id limitat, ut procedat tale instrumentum, si tantùm agatur de probando possessionis titulo; si contineat, pretium solutum esse; si pars non excipiat; si sit instrumentum antiquum, quòd diuturnitas temporis solemnia intervenisse, etiam extrinseca faciat præsumi, ut latiùs tradit item Gail. *d. l. cap. 71. num. 7.*

37 Alia hic Quæstio est, An interventus arrharum faciat præsumi actum initum? Prænotandum, Arrham, quam veteres Arrabonem dixerunt, dictam secundùm Isidorum, à re, pro qua datur. Aliis placet a Græco ἀρραβὼν, quod firmum significat, derivari, Brisson: *in Lexico V. Arrha.* Unde arrhæ interventus potest videri argumentum perfectæ Emptionis. Quod tamen semper non procedit, cùm & arrham contingat dari inchoata, necdum omnino completâ Emptione, ad hoc, ne ab eo, quòd cœptum, temerè recedatur: ut hoc posteriori casu recedi possit ab eo, quod cœptum agis ita tamen ut Emptor, qui arrhas dedit, perficere recusans, eas amittat; Venditor autem, qui accepit, recusans in duplum restituere cogatur, *Instit. eod. in princ. & l. contractus C. De fide instrum.* Priori casu ab Emptione perfecta recedi nequit, parte invitâ, *l. sicut C. De oblig. & act.* Nihil faciente, quòd arrhas amittere alter sit paratus; quia additæ in contractus confirmationem, non debent operari ejus destructionem. Sunt autem imputandæ hoc casu in partem pretii, si consistant in pecunia numerata: si verò in specie, ut si annulus datus fuerit, ad ejus restitutionem cogetur Venditor, vel Actione ex empto, vel Condictione sine Caussa, quæ jam cessat numerato pretio; nisi aliud actum sit, *l. Ex empto 11. § is qui vina inf. de actionib. empti.* Wesenb. hic *n. 9.*

38 Effectus perfectæ Emptionis est non ut res detur, sed ut tradatur, id est, ut vacuam possessionem consequatur Emptor. Unde rectè J. C. in *l. si ita 25. in fine h. t.* ait eum, qui vendidit, necesse non habere rem Emptoris facere; cùm, ut supra dictum, Emptio etiam fit rei alienæ, cujus dominium transferre non potest is, qui non est Dominus. Imò si hoc agatur, ut res Emptori detur, non emptio, sed alia species contractus ponetur, *l. fin. sup. de condict. ob caussa.* In quo distincta Emptio à Permutatione, quæ non est rei alienæ, & ad cujus perfectionem requiritur, ut res detur, *l. 1. § pen. inf. de rer. permut.* Verbum autem *Dare* significat dominium transferre, *l. Ubi 75. in fine inf. de verb. signif.* Distinguitur etiam à stipulatione: cogitur enim, qui fundum stipulanti spopondit, eum facere stipulatoris, *d. l. 25. in fine.* Ratio est, quòd in formulis stipulationum soleat addi verbum *Dare, §. omnis Instit. de V. O.* Ut autem dominium rei venditæ non sit necessariò transferendum, sed tantùm tradenda res: traditio tamen si fuerit Dominus Venditor, faciet Emptorem Dominum, *l. Ex empto 11 §. & inprimis inf. de act. empti.* Et hoc ita, si pretium solutum fuerit, vel aliàs satisfactum Venditori, *l. Quod vendidi, 19. h. tit.* Pretium autem dandum, id est dominium transferendum in venditorem contra dispositionem in correlativis consuetam: non tamen sine ratione, quæ non rectè in eo ponitur, quòd Emptor sit debitor generis, Venditor autem speciei, cùm & generis debitor per stipulationem dare debeat; sed in eo, quòd aliàs Venditori nullus foret pretii usus; nisi suum habeat, & è contra rei usus fit Emptori, etiamsi ejus non fiat.

AD-

ADDITAMENTA.

Ad lib. 18. ff. tit. 1. de contrahenda Emptione, &c.

Ad n. 1. An appellatione Emptionis venditionis, contineatur & intelligatur hic tantum contractus Emptionis & venditionis, vel sub illo contractu, alii comprehendantur? hujus quæstionis, secundum Mozz. *de contract. tit. de Empt. vendit. n. 16.* duæ sunt opiniones Dd. Quas vid. ap. Besold *in thes. pract. verb.* kauffen und verkauffen.

Ad n. 4. Exceptiones ad h. l. Quod nemo invitus emere vel vendere cogatur, &c. *vid. ap.* Treutl. 1. *disp. 28. th. 5. lit. d.* Horat. *Luc. de privil. Scholar. priv.* 48. Vigel. *in M. I. R. lib. 3. c. 18 Reg 45.* Mynf. *cent. 5. observ* 27.

Ad n. 17. An vasallus sine consensu domini & Agnatorum, feudum alienare possit? Et quid si fecerit, an & intra quod tempus, possint Agnati revocare. *vid.* Mynf. *Resp.* 42 *per tot.* Treutl *vol* 1 *disp* 28. *th* 5 *lit. e* Berlich. *part* 2. *concl.* 57. 58. 59. *& seqq.*

Ad n. 18. Res Ecclesiæ an & quibus solemnitatibus possint vendi, *vid.* Schneidw. *ad § sacra Inst. de Rer. divis* Mynf. *Resp.* 50 *per tot.* Kloch *Relat. Camer.* 11. *n* 64. 65. 66. *& seq* Et quàm grave sit Res Ecclesiæ dedicatas prophanare. *vid.* Besold *in th pr. verb.* Stifftung.

Ad n. 20. Venditâ ancillâ, vaccâ, Equâ vel Ove, &c. an simul partus jam exclusus vel natus, quamdiu à matre lactatur venditus censeatur *vid* P. Friderie. Mindan *de contiv. causar. c. 21. n.* 17. 18.

Ad n. 6. in fin. Vigel. im Richterb. *cent.* 1. *cas.* 46. est hic in contraria opinione, *per l labeo* 21. *ff h. t.* Meyer. *in colleg. Argent. th* 84. *de pact l in ambiguis* 96. *& l.* 172. *ibique* Bronch. *& Dec ff. de R. I* Pac. *cent.* 2. *q.* 7. *item* Bronch. *cent.* 1 *aff.* 40. Schneidw. *Inst de pact. n.* 21.

Ad n 19. De prohibitione acquisitionis, rerum furtivarum, *vid latiss.* Farin. *qu. crim.* 177. *n.* 61. *& seqq* Godofr. *ad l.* 2. *C. de furt.*

Rem furtivam, cum protestatione (de qua *Cœpoll. caut.* 10. *Et hic Author.* ∵ *de furt. n.* 14.) emens, nihilominus absque restitutione precii reddere tenetur, Dan. Moll *lib.* 3. *semestr. c.* 10. Clar. *§. furtum. n.* 26. Fariuac. *prox cit. loc. n.* 29. *& seqq.*

Precium rei venditæ, quibus privilegiis gaudeat, & quibus creditoribus, ratione precii, venditor præferatur *vid.* Berlich. *p.* 1. *concl.* 64. *n.* 27. *usque ad* 63. *inclusivè.*

Si venditor simpliciter, nullâ habitâ fide de precio, Emptori rem tradiderit, dominium rei venditæ, in Emptorem non transtulisse, sed semper penes se retinuisse præsumitur. Berlich. *dict part.* 1. *concl* 66. *n.* 44. *&* 46 Et quid in Mercatore? *n.* 48 *&* 50.

Ad n. 57. Arrha etiam est donativum à sponso vel sponsa, utrinque alteri datum, in testimonium & quasi pignus, factæ, de futuris nuptiis, inter eos sponsionis: Et hæc arrha, non liberalitatis, sed fidei causa datur & accipitur: Mozz *tract de matrim, tit. de accident. matrim n.* 1. Beust. *de Iur. connub p.* 1. *c.* 6. Speckh. *cent.* 3. *q.* 10. *class.* 1. Unde illud vulgare: Ist der Finger beringet, so ist die Jungfrau bedinget.

TITVLVS II.

De in diem addictione.

SUMMARIUM.

1. *Emptio venditio initur & purè & sub conditione.*
2. *Admittit & modum & pacta honesta.*
3. *Pactum addictionis in diem quid?*
4. *Addicere, Adjicere & Abjicere quid?*
5. *Pactum hoc vel purè initur vel sub conditione.*
6. *Conditio melior oblata quando censeatur.*
7. *Pacto huic locus est, re venditâ existente.*
8. *Venditor non cogitur meliorem conditionem acceptare.*
9. *Nec etiam admittere quamcunque.*
10. *Admissâ conditione fit liber emptor.*
11. *Nisi licitando plus adjecerit.*
12. *Res ad venditorem redit libera.*
13. *Redit ipso jure & citra traditionem.*
14. *An reversâ re & fructus restituendi?*
15. *Redemti & erogata medio tempore ab emptore.*

EMptio Venditio non comprehenditur sublegis actionibus, de quibus in *l. Actus legitimi* 77. *De R. l.* * Ut non tantùm purè neatur; sed & conditionem admittat, quam immutari nihil impedit aliâ pactione *l. 6. in fine tit. praeced.* Facit autem contractum non ante sui eventum perfici, *l. 7. sup. d. tit.* Eam impleri, si per Emptorem stetetit, non tantùm praescriptis Verbis; sed ex vendito agi potest, quasi impletâ conditione, *l. Labeo scribit 50. sup. eod.* Non fit tamen conditio turpis, aut impossibilis, quia tunc poneret contractum nullum, *§ si impossibilis Inst. De inutil. stipul.* quod partes non tam quid agere velle videantur, quàm se invicem ludere, *l. Non solum 31. inf. De oblig. & act.* Quod ita in contractibus, qui ex plurium consensu pendent, obtinet, quibus imputatur, quod legem contractui talem dixerint. Aliud juris est in Testamentis, quae ex unius arbitrio dependent, qui non censetur ludere, ut inferiùs suo loco dicetur. Et hoc, si affirmativè concepta sit: nam si negativè, erit pro pura, nec impediet obligationem, quae continuò ponitur, *d. §. si impossibilis.* Cùm enim affirmatio est impossibilis, ejus negatio est necessaria.

2 Admittit etiam modum, & pacta varia, quae si sint justa, & ratione nixa, sustinentur, non etiam turpia. Tale est, si vendatur Servus in hoc, ut cum bestiis depugnet; quod Dominis prohibitum, non tantùm per se; sed & per Procuratorem, *l. Quod saepe 35. §. si quis amico & l. Domini 42. sup. tit. t.* Sic nec pactum honestum est, ut prostituatur Ancilla, ut Servus castrandus detur, *l. 6. inf. ad L. Corn. de sicar.* Contra honesta pacta habentur, ne prostituatur Ancilla, ut manumittatur Servus, qua de re infra Tit. 7.

3 Inter alia approbatum est pactum Addictionis in diem, de quo hoc Tit. quo res venditur alicui hoc pacto, ut, si intra aliquod tempus, alius meliorem conditionem attulerit, res sit inempta. Ejus forma refertur in *l. 1. h. t.* his verbis: *ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra Kalendas Ianuarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res à domino abeat.*

4 * Sunt hac in materia usitata verba, *Addicere, Adjicere, Abjicere, Addicere* est fundum penes Emptorem primum constituere, lege dictâ, ut, si intra certum tempus melior conditio adferatur, is inemptus sit: & dicitur in diem addictus, Venditioque eâ lege facta, in diem Addictio. Est & *Addicere* facta actione per tertium rem penes eum constituere, qui plus licitus fuerit. *Adjicere* est meliorem conditionem offerre, auctuarium adjicere; superaddere, aut liceri. Unde *Adjectio* accipitur pro incremento ad pretium ab Emptore priore oblatum. *Abjicere* est meliorem conditionem oblatam non recipere, & sequi primam quasi meliorem, *l. Sabinus 9 h. t.*

5 Pactum istud initur, vel purè resolvendum sub conditione, ut in forma data *d. l. 1.* vel sub conditione, quando actum, ut Emptio perficiatur, si intra dictam diem conditio melior allata non fuerit v. g. *Si intra decem dies nihil adjiciatur, res tibi empta erit.* Prius pactum non impedit translationem dominii in Emptorem, ad quem periculum, & commodum rei transit, & cui quaeritur usucapiendi conditio in casu, quo Venditor non est Dominus *l. 2. in fine h. t.* Qui & interdicto quod Vi, aut Clam uti potest, quippe ad quem & commodum, & incommodum omne pertineat, antequam Venditio transferatur, *l. Ubi autem 4. § Idem Iulianus h. t.* Prodetit autem ista res Venditori re avocatâ, *l. Si hominem 19. inf. De usucap.* Posterius facit non esse impletum contractum ante diem, & ex consequenti, nec dominum, nec loco Domini Emptorem esse: ut proinde neque fructus suos faciat, nec usucapiat, *d. l. in princ. h. t.* cùm rem non possideat: requiritur autem ad usucapionem possessio. Probatur haec distinctio *per d. l. 4 § cum igitur & l. 1. in princ. eod.*

6 Melior conditio oblata censetur, si pretio quid sit additum ab alio Emptore, sive etiam ab eo qui cum aliis rem emit, quod cum tota re, etiam nostram partem possimus emere *l. Quod si 13 in fine h. t.* etiamsi separatim nostram rem non emamus. Et hoc, quatenus melior conditio offertur ex caussa rei venditae; non etiam ex caussa alicujus accessionis, quae non est minor pretio adjecto, cùm non possit videri melior conditio oblata. Quo modo si ideo melior conditio circa ancillam venditam offeratur, quod partum ediderit, non potest alteri addici ancilla; quia non videatur propriè melior oblata conditio; eritque potioris, cui primò res addicta in diem, *l. Si praedii 5. §. 1. h. t.* Ubi traditur idem aestimandum esse, si ob diem longiorem solutioni datam pretium sit auctum, respondens commodo usurarum medii temporis. Censetur & melior conditio, si facilior adferatur pretii solutio, aut maturior, locus solvendi opportunior, magis idonea persona accedens Emptioni: remissio eorum, quae in priore emptione Venditori gravia erant; licet pretium fuerit vilius, *d. l. in fine.* Nam quidquid ad utilitatem venditoris pertinet, pro meliori conditione haberi debet *l. 5, h. t.* nisi probetur

betur melior conditio oblata per falsum Emptorem, *d. l. 4. §. cum igitur.* Quod & dicendum, si secundo non subj. cto res minoris, vel tantidem vendita fuerit: quia non potest à prima Venditione videri recessum, propter non allatam verè meliorem conditionem, in cujus solius eventum recedi potest; tenebiturque & secundo Emptori Venditor, cujus interfuit non decipi, *l. Si venditor 14 in princ. h. t.* Si Emptor alium non idoneum subjecerit, eique fundus addictus fuerit, prior quidem Emptio dissolvitur, propter posteriorem subsecutam; est tamen Venditori actio contra priorem, quatenus sua interest, id factum non esse, *d. l. 14. §. 1.* ne Emptori priori sua fraus prosit, Venditori obsit.

7 Ita autem Addictio procedit, si res vendita extiterit: nam rei non existentis, ut nulla est Venditio, ita nec Addictio, *l. 3. hoc tit.* Adeò ut ne quidem ex ancilla defuncta partus extantis Addictio admitti possit: cui non est locus, nisi ejus rei, quæ distracta, non etiam alterius, *d. l. 4. §. 1. hoc tit.* Si tamen ex duobus servis viginti venditis, altero mortuo, respectu superstitis pretium ultra viginti oblatum fuerit, melior erit conditio, & procedet Addictio, quod subsit res distracta, *d. l. 4. §. 2.* Defuncto ante diem Venditore, si extiterit hæres ante diem Addictionis, melior conditio adferri potest: si vero non extiterit, vel post diem Addictionis, non potest intelligi melior allata conditio, quæ domino placeat, *l. Si pradio 15. h. t.*

8 Pacti hujus non ea est conditio, ut cogatur Venditor meliorem conditionem acceptare; cum in ejus favorem ejusmodi pactum sit adjectum: ut & in ejusdem arbitrio esse debeat, meliorem conditionem abjicere, & sequi priorem emptorem. Nisi hac conditione sit facta Addictio, ut liceat Emptori resilire, allatâ meliori conditione: tunc enim ex arbitrio Emptoris dissolvetur prior Emptio; etiamsi Venditor secundam non admiserit, *l. Sabinus 9. h. t.*

9 Minimè autem licitum Venditori, quocumque modo conditionem oblatam admittere: sed, vel totius rei Addictionem faciet, vel totam recusabit: neque enim alteri partem rei rectè addixerit, *l. Quod si uno 13. h. t.* ne primo Emptori sit necesse inci :ere in communionem. Unde in casu, quo ex tribus Vendentibus, sub hoc pacto, duo alteri rem addixerint, unus autem primum Emptorem retinuerit responsum à I. C. in *l. in Quod autem 11. hoc tit.* sub distinctione, ut, si Addictio priori facta sit ab omnibus uno pretio, res maneat penes priorem Emptorem: si vero variis pretiis, duorum pars posteriori sit empta, unius autem tantum priori. Ratio est, quod illo casu una sit emptio, à qua non receditur, nisi omnium consensu, ut tota Emptio sit retinenda, vel tota repudianda, *d. l. 13.* hoc autem casu, cùm plures sint Emptiones, propter varia pretia, nihil impediat ab una recedi, & alias servari. Donellus 17. *Comment. c. 18.* Non tantùm autem secundo res addici potest: sed & tertio, & ultra, qui plus adjecerit, ut ea res à Venditore abeat, *d. l. 11 in princ.*

10 Post admissam meliorem conditionem, & Addictionem posteriori factam, liber est prior Emptor. Cui nihil oberit, si posterior non fuerit solvendo, *d. l. Venditor 12. § sed si neuter h. t.* quia imputet sibi Venditor, quod posteriorem comprobaverit, & priorem liberaverit, qui invitus non potest retrahi in obligationem. Quod & dicendum, si Pupillo, qui sine tutore auctore plus adjecit, rem addixerit, vel Servo Alieno, *d. l. 14. § sed etsi.* Secus, si filio Suo in potestate, vel servo proprio per errorem quis rem addixerit, quia non tenet posterior Venditio.

11 Potest itaque Venditor, allata meliori conditione, rem posteriori addicere; nisi prior licitando plus adjecerit, qui sic potior erit, *l. Licet 7. h. t.* cujus rei videtur admonendus per Venditorem, ut, si velit, licitando rem obtineat. *l. Necesse 8. h. t.* Quamvis & in Venditoris sit arbitrio Adjectionem ejus abjicere *d. l. Sabinus 9. h. t.*

12 Redit autem ad venditorem res libera ab omni pignoris, & alio quocumque onere, per Emptorem interim imposito, *l. 4. §. sed & Marcellus h. t. l. 3. inf. Quib. mod pign.* quia licet Emptor sit rei Dominus: non tamen nisi sub conditione resolutiva, cujus eventus facit, ab eo rem recedere eo modo, quo accepta; & ad venditorem redire eo modo, quo tradidit.

13 Ubi dubitatum, An ipso jure citra traditionem redeat? Quod dicendum per *l. Si quis 41. sup. De rei vind.* Ubi allata meliori conditione, & Addictione facta, non potest Emptor amplius uti in rem actione, etiamsi antè eâ uti potuerit: quod est signum, hoc ipso, quo alteri addicta, abiisse ab Emptore dominium. Ad idem facit, quod hoc ipso res desinat pignori esse, *d. § sed & Marcellus*, propter deficientem pignoris caussam, scilicet dominium, quod ab Emptore hoc ipso recessit. Cujus ratio posita est in conditione resolutiva, quæ subest; scilicet ut maneat res Emptoris, nisi adferatur melior conditio; qua allata

allatâ habetur, ac si ab initio nulla Venditio intervenisset, & res non abiisset è dominio Venditoris, *L.1. & 2. h.t.* Dico, resolutiva, per quam inducitur contractus prioris annihilatio omnimoda, nam suspensiva poneret Emptionem conditionalem quæ, allatâ meliori conditione, non tam resolveretur, quàm non impleretur, *d. l.2. in princ. h.t.* cùm dominium, quod non transivit in Emptorem, non possit dici tam reverti ad Venditorem, quàm ab eo non abiisse.

14 Dubium & hîc moveri posset, An reversa re ad venditorem, etiam fructus interea per Emptorem percepti restituendi sint Venditori? Vult hoc *l.4. § idem Iulianus hoc tit.* Et facit ratio, quod quando contractus deducitur ad non causam, & habetur quasi ab initio non initus, res eum omni sua caussa revertatur, *l. Filio 16. De inoff. testam.* Ut autem hoc casu revertitur res ad Venditorem, ita & fructus interea percepti eidem restituendi; neque enim sequuntur illi secundum Emptorem, per expressam *l. Item quod 4. hoc tit.* quod & vult *l. Imperator 16 eod.* Pro qua parte facit ratio, quòd videantur nati ex re venditoris, & quòd Vendens aliquam rem, non nisi ipsam solã vendere videatur; non etiam fructus ex ea percepto... Facit etiam, quòd *in d. l. Si venditor 14 §. 4. h. tit.* dicatur, Emptorem posteriorem, qui meliorem conditionem attulerit, præter nudum corpus, quod venerit, nihil sequi. Denique quòd si, oblatâ per tertium meliori conditione, prior Emptor licitando nihilominus rem obtinuerit sibi addici, fructus tamen interea percepti Venditorem sequantur, *d. l.6. § 2.* eò quòd per oblatam meliorem conditionem, prior Emptio sit resoluta, & quæsitũ jus Venditori in rem, & fructus, quod ei non auferendum per licitationem prioris Emptoris, nisi aliud actum, *d. l.6. §.1.*

15 Redeant etiam, quæ prior Emptor medio tempore necessariò probaverit à se erogata, Actione ex Empto, æquum est *d. l. 16. in fine*, ne Venditor cum alterius jactura locupletetur. Et hoc ita de fructibus, non tantùm qui extant tempore resoluti contractus; sed & qui consumpti, quatenus ex iis Emptor factus locupletior; cùm pretium extans faciat eos videri extare, ut dictum supra, *tit. De rei vindic.* Atque ita restituendi, ne damno alieno ditescat Emptor. Si non sit factus locupletior, quia suis abusus, non tenebitur eos imputare Emptor.

TITULUS III.

De lege Commissoria.

SUMMARIUM.

1. *Pactum commissorium quid?*
2. *Venditionem puram resolvit sub conditione.*
3. *Non posse conditionaliter, contra Cujac.*
4. *Resoluto contractu qualiter res redeat ad venditorem.*
5. *Redit ipso jure, citra traditionem.*
6. *Dominia traditionibus, non pactionibus transferri.*
7. *Diei expressio non est de forma hujus pacti.*
8. *Neque necessaria interpellatio venditoris.*
9. *Limitatio prædictorum.*
10. *Recessisse à lege adjecta venditor quando censeatur.*
11. *Conventio licita*, Si displicuerit emptori, ut res sit inempta.
12. *Requisitæ ad hoc pactum, & addictionis in diem, ut in continenti sit adjectum.*
13. *Ut verbis directis.*
14. *Non etiam obliquis.*
15. *Verbum* Revertatur *esse directum.*

1 EST & receptum pactum, ut, si pretium non solvatur intra certum diem, res sit inempta, quod vulgò vocant Legis Commissoriæ; propriè dicendum Pactum Commissorium, vel Lex Commissoria, quod lex ista sit pactio quædam Contractui addita legem illi dans, vel Venditio Commissoria, *l.4. De pact. inter empt. & vend.* 2 Sed relictâ de verbis disputatione, neutiquam impedit lex ista, Venditionem esse puram, & facit contractum sub conditione potius resolvi, quàm sub conditione perfici, *l.1. h.t.* cùm conditio, quæ subest, non tam sit suspensiva, quàm resolutiva: scilicet si ad diem certum pecunia soluta non fuerit, ut fundus sit ineptus, *l.1. h.t.* Ut & Venditori committatur, id est ad eum redeat. Unde isti Legi nomen inditum, quod qui in illam committit, censeatur committere in totam Venditionem. Hinc & fructus interea percepti Emptori cedunt, quem etiam manet rei interitus: nam alias re interemptâ, non dando pecuniam, posset Emptor facere rem inemptam, in fraudẽ Venditoris, *d. l.2. in fine.*

3 Posset hic quæri, An ad instar pacti Addictionis in diem possit etiam hæc Lex conditionaliter concipi? Ita vult Cujac. *ad tit. C. de pactis inter*

ter empt. & vend. per *d. l. 2. §. Sabinus inf. pro emptore.* Ubi videtur insinuari, posse etiam esse conditionalem. Verùm neutiquam id dici potest, nec fert significatio verbi *Commissionis*. Committi enim dicitur res aliena, quæ hoc in casu dicitur redire: ut necessum sit, alienam fuisse. Nec potest dici res amitti ab emptore, si numquam illius fuerit, propter conditionem suspensivam. Non fert hoc etiam significatio verbi, *inemptus sit*, per quod ponitur privatio, quæ præsupponit habitum aliquem. Deinde ejusmodi conditio frustra adderetur, cùm ex natura hujus contractus non transeat dominium traditione, nisi soluto pretio. Nihil adjuvat sententiam Cujacii *d §. Sabinus*: nam in eo refertur quidem Sabini sententia; sed non tam probatur, quàm reprobatur per Paulum, qui vult non tam conditionem esse, quam conventionem, id est, legem, quâ magis solvitur contractus, quàm impletur.

4 Non soluta itaque ad diem pecunia, resolvitur contractus, & res redit ad Venditorem, amisso eo, quod arrhæ rum aut alio nomine datum, quod penes Venditorem manet, *l. 6. h. t.* Ita tamen redit, si Venditor velit rem inemptam esse, *d. l. 2. & 3. h. t.* quia res ista respicit arbitrium Venditoris, qui potest ea non uti. Redit & cum re id, quod dictum erat accessurum; nam resciso eo, quod est principale, non tenet quod est in accessorio. Fructus quoque per emptorem medio tempore percepti restituendi sunt, *l. 6 h. t.* cùm resolvatur omnino contractus, & habeatur quasi non initus: nisi partem pretii soluti perdat emptor, in cujus compensationem fructus eum lucrari vult ratio, *d. l. 4. §. 1. h. t.* Ubi tamen cavendum à labe usuraria. Potest etiam Venditor agere in emptorem, si ejus facto fundus factus deterior, ne illius facto fiat alteri injuria, *d l. 4. in princ.*

5 Quæritur autem, An in casu supradicto res ad Venditorem redeat, nulla traditione intercedente? Ita habet communis, & recepta sententia, juxta *l. 1. C. de pactis inter empt. & vend.* Ubi non soluto ad diem pretio, dicitur res pertinere ad Venditorem. Ad idem facit ipsa formula Legis Commissoriæ, *pecunia non solutâ ad diem, res sit inempta.* Cujus ea vis est ut Venditor hoc ipso fiat dominus, illique sit vindicatio; non etiam emptori, argumento eorum, quæ dicta sunt superiùs de Addictione in diem per *l. si quis 41. sup. De rei vindicat.* Ratio est, quòd ex vi istius Legis res ita sedeat ad Venditorem, quasi non fuisset unquam penes emptorem: ut & pignus, cui res medio tempore per Emptorem supposita, hoc ipso resolvatur, tamquam soluto jure ejus, qui pignori supposuit.

6 Nec rectè quis objecerit, dominia traditionibus, non pactionibus transferri, *l. Traditionibus C. De pactis*; traditionem facti esse, ideoque nudâ pactione hac in materia fieri non posse, ut quod factum est pro infecto habeatur: nam quod ex prima traditione dominium transierit, est ratione caussæ, scilicet venditionis, quæ ponit justum titulum translationis dominii, *l. Nunquam 31. De usurp. & usucap.* qui effectus traditionis durat, subsistente ejus caussâ, scilicet emptione. Qua ad nihilum deducta, desinit traditio habere caussam; adeò ut illam nunquam habuisse videatur; cùm iste defectus caussæ trahatur retro ad initium contractus. Ut etiam, licet verè empta sit, habeatur tamen tanquam non empta, & quæ nunquam transierit extra dominium Venditoris, propter dictam Legem in ipsa Venditione, quam alienationi rei suæ quilibet adjicere potest. Hinc sequitur, tempus, quo fuit apud emptorem res, accedere venditori, illique prodesse ad usucapionem, *l. si hominem 19. d. tit.*

7 Quæritur insuper, An ad formam dictorum pactorum necessariò sit exprimenda dies? Posset videri expressio diei esse de forma, cum passim h. tit. & superiori tale pactum habeat expressum diem, ad quem refertur contractus resolutio. Dicendum tamen, concipi quidem communiter ista pacta, expressa die certa, vel solutionis, vel allatæ melioris conditionis; non esse tamen formulam illam concipiendi pacti de forma ejus, & omissâ expressionem diei, nihil officere dictorum pactorum effectui ut decidit Baldus, *in Repetit. l. Æmilius num. 3. sup. De minor.* Et facit textus in *d. l. si quis 41 sup De rei vindic.* Ubi sub hac forma Addictionis, ut, *si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emptione*, illa allata non potest Emptor ultra uti actione in rem, resoluta quippe jam Emptione, & dominio rei reverso ad Venditorem. Cujus argumento idem dicendum & de Lege Commissoria, ut diei, intra quem solvendû, omissio, non impediat effectum resolutionis: ut, *si emptor in mora fuerit solvendi ad interpellationem Venditoris, aut aliud pactum non impleverit, res sit inempta, aut Venditio revocatur.* Facit pro hac parte *l. 3. sup tit. 1.* Ubi pactum, *si displicuisset, res sit inempta*, valet, licet die non addita. * Extra 8 quem casum, ut Emptor se hujus Legis potestate solvat, non expectabit interpellationem Venditoris; sed ipse pecuniam offerre debet ante diem *l. 4 §. fin. h. t.* cum dies interpellet pro homine, &

illo elapso continuò ponatur in mora emptor, & res possit haberi pro commissa, *l. 2. h. t.* Dico, possit haberi; quia ista Lex est addita in favorem Venditoris, *d. l. 2.*

9 Quæ ita procedunt; primò, si non desit Venditor, cui emptor pretium offerat, *d. §. fin.* nam aliàs nihil illi erit imputandum, qui solvere, etiamsi vel et, non potuerit, *l. Cum quidem 17. § si pupillo inf. de usuris.* Posset tamen & emptor denuntiatione, atque obsignatione sibi consulere, *l. 7. C. De pactis inter empt. & vend.* Secundò, nisi justa de caussa impediatur solvere, veluti Fisco prohibente solvi Venditori; neque enim potest dici in legem commisisse, quem talis prohibitio liberat à solvendo, *l. fin. h. t.* Tertiò, nisi Venditor

10 à Lege adjecta recesserit. * Recessisse videtur, si statim atq; Lex est commissa, non statuerit Commissoria agere, & rem vindicare; sed potiꝰ ad pretium agere maluerit, vel id quod reliquum exigere, *l. 6. in fine, & l. penult. hoc tit.* Electo altero, variare Venditori non licet, *d. l. 4 §. 2 h t.* quia electione alterius sibi præjudicat, & alteri jus quæsitum non auferendum invito. Idem est, si usuras pretii exegerit, vel oblatas receperit, *l. 4. C. De pact. inter empt. & vend*, cùm ex accessorio inferatur ad principale.

11 Videtur & hæc forma spectare ad Legem Commissoriam, *ut res inempta sit, soluto per venditorem pretio, l. 7. C. de pactis inter empt & vend. ubi* Cujac.

Vicina est & dictæ Legi, seu pacto hæc conventio, *ut, si displicuerit emptori, res sit inempta:* quæ facit, & purè contractum initum, & sub conditione resolvi, *l. 3 sup. tit 1.* Nec dici potest quid vitii continere, eo quod in emptoris arbitrio ponatur resolutio contractus, si nihil aliud mali accedat, ut benè tradit Covarr. 3 *Variar. Resol. cap 9. n. 5.* Quo casu tempus adjectum servandum: uti & servanda conventio, ut quandocunque displicere possit. Si verò nihil de tempore adjectum, videtur intra sexaginta dies tantùm displicere posse *arg l Quod si nolit 31 §. si quis ita inf. de ædil. edicto* An ex his contractibus per addictionem, vel Legem Commissoriam resolutis, debeantur laudimia, vel gabellæ, dicemus mox in tract. de Retractu.

Ut dicta de resolutione, quæ fit ipso jure ex vi 12 pactorum, de quibus hîc, & Tit. superiori tractatum, obtineant, requiritur primò, ut pactum in continenti sit adjectum; quale censetur adjectū, quod simul cum ipso contractu concluditur. Nā si ex intervallo adjectum fuerit, post contractum scilicet perfectum, non operabitur resolutionem contractus ipso jure; quia illud inest, & est pars contractus, illum afficiens; non etiam hoc, ut dictum fuit suprà, *d. 1 de pactis.* Tiraq. *de retractu p. 2. §. 1. Gl. 7. n. 4 & 5.* Caldas *ad l. 3. V. sua facultate n. 56. C. de in integ restit. minor.* * Secundò, ut sit ad- 13 jectum verbis directis, Tiraq. *d. l. n. 17.* cujus ordinis sunt non tantùm resolutiva verba, ex propria sui forma, & figura veluti, *Res sit inempta, invendita. l. fin inf. tit. 5. de rescind. vendit. Venditio habeatur pro infecta*; verùm etiam quæ sunt resolutiva per antecedens necessarium, uti ea, quæ executionem facti important, & sic necessariò præsupponunt resolutionem ipso jure, cùm qui vult consequens, velit & antecedens necessarium ad illud, *l. Illud 77. inf. De acquir hered.* Ejus ordinis est, *Liceat mihi vindicare, liceat alteri tradere*, quod fieri nequit nisi reverso dominio; *liceat mihi rem vendere.* Bald. *in Repet l. Æmilius n. 3. sup. De minorib.* subjecta ratione, quòd expresso effectu, pariter ipsum efficiens censeatur expressum.

14 * Obliqua verba apposita non habent eandem vim, ut si legi paritum non fuerit, operentur hoc ipso resolutionem contractus; sed factum hominis desiderant, possessoris scilicet, qui rem restituat; cujus ordinis est verbum *Reverteretur*, de quo in *l. 3. Cod. de pactis inter empt. & vend.* & verbum *Restitueretur*, de quo in *l. 2. C. eod.* & similia, quæ non continent, vel exprimunt executionem ipso jure: ut proinde opus sit traditione per ipsum possessorem, ut res possit dici reversa ad Venditorem, ut in pacto de retro vendendo, de quo mox. Caldas *d. loco, n 54 & 55.*

15 De verbo, *Revertatur*, disputatum. Sunt qui obliquū potiꝰ esse velint, quàm directum, & proinde ipso jure non facere resolvi contractum. Rectiùs tamen aliis visum, verbū istud, cū sit imperativi modi, esse directū, & inducere resolutionē ipso jure; qua de re pluribus Tiraq. ad *l. si unquam C. de revocā donationib. V. revertatur. tract. de retr.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 3. De Lege Commissoria

PActum L. Commissoriæ, quando subintelligatur vel non in Contractibus vid. Paul. Christinæ *decis. Belg vol. 4 decis. 173.* Modest. Pistor. *q. 89. 100. & 161* Anton. Faber. *de error. pragm decis. 21.* Surd. *decis. 148* Johan. Copp. *2. obs. 19.* Joh. Vincentz. Honded. *vol. 1. cons. 31.*

Pactum

Pactum L. Commissoriæ in datione in solutum, an eodem modo improbetur atque in pignore, *vid.* Cravett. *Consil.* 373.

TRACTATUS,

DE RETRACTU.

SVMMARIVM.

1. *Retractus alius Conventionalis, alius Legalis.*
2. *Pacti de retrovendendo lex & effectus.*
3. *Actio ex hoc pacto quæ detur? & an venditi?*
4. *An præscriptis verbis?*
5. *Datur actio & venditori & hæredibus.*
6. *Nisi aliud fuerit actum.*
7. *Cedi hoc jus potest & extraneo.*
8. *An huic pacto adstringatur minor & Ecclesia?*
9. *Sententia adfirmans probatur.*
10. *Intellectus* l. si ad resolvendam Cod. De præd. minor.
11. *Intellectus* l. 1. §. D. De reb. eorum, &c.
12. *Emptor an præcisè cogi possit retrovendere?*
13. *Emptore rem medio tempore alienante, an venditori sit actio in tertium.*
14. *Venditor uti volens hoc pacto pretium offerre debet.*
15. *Oblatio sola an sufficiat?*
16. *An sufficiat ab uno è pluribus venditoribus pro sua parte facta?*
17. *Uno totum pretium offerente locus est huic pacto.*
18. *Cujus temporis pretium offerendum.*
19. *Non resolvi contractum ipso jure, citra traditionem.*
20. *Cur secus in addictione & lege commissoria.*
21. *Ne quidem ex pacto verbis directis addito.*
22. *Intellectus* l. 7. C. De pactis inter empt. & vend.
23. *Pignus, resoluto contractu, an extinguatur.*
24. *Venditor locationi, per emptorem factæ, an stare debeat?*
25. *Fructus percepti an restituendi cum ipsa re?*
26. *Pendentes tempore primi contractus an restituendi?*
27. *An & pendentes tempore retractus?*
28. *An & augmentum fundi cedendum venditori?*
29. *Retractus cessat lapsu temporis adjecti.*
30. *Neque tunc mora purgatio admittitur.*
31. *Tempus illud currit & minori.*
32. *Tempore non adjecto 30. annis durat retrahendi facultas.*
33. *Ut & quando conventum, ut semper, quandocunque retrahere liceat.*
34. *Nisi expressè convenerit de longiori tempore.*
35. *Retractus & licentia recedendi à contractu etiam emptori concedi potest.*
36. *Retractus Legalis, sive Consuetudinarius.*
37. *Retractus Consanguinitatis, sive Gentilitius.*
38. *Ejus justitia.*
39. *Moribus variorum locorum receptus.*
40. *Requisita ad hunc retractum: primò cognatio vera, non ficta.*
41. *Retrahit proximus, sive Laicus, sive Clericus.*
42. *Non monasterium, in quod proximus ingressus.*
43. *Neq; ipse ingressus.*
44. *Novitius rectè retrahit.*
45. *Res patrimonialis ingressi vendita à monasterio an retrahi possit?*
46. *Fœmina admittitur ad retractum.*
47. *Retrahit proximior de familia.*
48. *Idq; habito respectu ad venditorem.*
49. *Non tamen impeditur remotior continuò retrahere.*
50. *Quando & remotiori res fuerit vendita.*
51. *Venditor ipse non retrahit.*
52. *Nisi consanguineus alteri vendat extraneo aut remotiori.*
53. *Filius venditoris, idemq; hæres patris, admittitur ad retractum.*
54. *Nisi venditor se obligaverit in casum retractus.*
55. *Filio exhæredato an sit jus retrahendi.*
56. *Excommunicato est, salvum hoc jus.*
57. *Proximus potest renuntiare huic juri.*
58. *Præsentia agnati an inducat renuntiationem?*
59. *Agnati consensus in venditione an ei præjudicet?*
60. *Res communes uno pretio vendita simul retrahenda.*
61. *Pluribus ejusdem gradus concurrentibus pro rata omnes admittendi.*
62. *An eo casu præoccupantis melior conditio?*
63. *Cognatio in hoc jure non restricta ad certum gradum.*
64. *Retrahunt cognati legitimi, non illegitimi.*
65. *Retrahunt legitimati per subsequens matrimonium.*

66. Non

De Retractu Conventionali.

EST & pactum usitatissimum retro vendendi vel retrahendi rem venditam, quod communiter denotatur vocabulo Retractus, derivato

vato à Retrahere, vel Retractare, cujus frequens mentio in Jure, ut retractare sententiam, rem judicatam, Venditionem Brisson. *in Lexico V. Retrahere & Retractare.*

1 Retractum hunc ponunt duplicem, alium Conventionalem, alium Legalem, vel Consuetudinarium, per consuetudinem, aut statutum inductum. Conventionalis (quod vocabulum Latinum esse negari nequit, propter *l. In conventionalibus 25. inf. De V.O*) dicitur, quòd ex conventione, & pacto contrahentium proficiscatur. Fit hujus mentio in *l. Qui vir 11. inf. De præscriptis verbis*, ubi vir uxori fundos vendidit hac lege, ut, si nupta esse desiisset, eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transscriberet. Fit & mentio istiusmodi pacti in *l 2. C. De pactis inter empt. & vend.* ibique approbatur. Probatur etiam jure Canonico; nisi circumstantiæ inducant usurariæ labis præsumptionem, uti in *c. Ad nostram* ⁑ *De empt. & vendit. &c. Illo vos* ⁑ *De pignorib.* Ubi Doct. Binsfeld. *ad c. In civitate q.7.* ⁑ *De*

2 *usuris*, Frid. Martini *De jure Censuum, cap 6 num. 219 & seq.* Boërius *decis. 102.* • Pacti istius lex est, *ut sive ipse venditor, sive ipsius hæres emptori pretium quandoque, velintra certa tempora restituerint, fundus venditus restituatur*, *d.l.2.* Ut ejus effectus sit, ad Venditoris arbitrium emptorem cogi rem retrovendere: quòd tale pactum in continenti adjectum insit contractui, formans actionem, *l.7.§.quin imò sup. De pactis.*

3 Sed dubium, Quænam Actio hinc detur? Et ex vendito agendum esse videtur, quòd hujusmodi conventio sit pars contractus, *l. Iulianus 13.§.si emptor inf. De act. empti.* Ex quo & ideo agendum, adimplendum ea de quibus convenit, *d.l.13. §. ex vendito*: quòd venditor minoris vendat, propter retentam sibi potestatem redimendi, *arg. l. Fundi 79. sup. tit. 1.* & quòd ista conventio sit pars pretii, *l. Si sterilis 21.§. si tibi inf. De act. empt.* Nec obstat, quod jura non permittant, ex contractu agi, ad ejus rescissionem; videatur autem hoc agi per istam conventionem, quâ id intendit actor, ut, restituto pretio, rescindatur venditio. Nam licet hoc negari non possit, agi scilicet, ut recepto pretio recedatur ab Emptione; id tamen non nisi ex consequenti, cùm hoc agatur, ut servetur pactum conventum, quod est pars Venditionis, ut id, quod convenit, fiat, *d.l.79.* Id autem quod principaliter geritur omni in re spectandum; non etiam quod per consequentiam evenit, *l.1. inf. De auctor. tutor.* Ex Vendito itaque Actio est, ratione conventionis, quæ est pars emptionis, & pretii, ad instar Legis Commissoriæ, quæ adjecta facit ex Vendito agi, *l. 4. in princ. hoc tit.*

4 Videtur tamen & præscriptis Verbis agi posse, per *d l. 2. C. De pactis inter empt. & vend.* in qua Imp. actionem dat, vel præscriptis verbis, vel ex Vendito. Quod quidem minùs ferre videtur text. in *l. 1. 1.3 inf De præscript. verb.* Ubi tum demum præscriptis verbis agendum, quando nominatæ actioni non est locus. Verùm dicendum, fuisse olim dubitatum, quæ actio daretur, eo quòd videretur novum aliquod negotium geri, diversum ab emptione, propter pactum appositum, quo venditio venit rescindenda: quæ res videbatur in factum judicium postulare. Placuit tamen & ex Vendito esse Actionem, secundùm dicta. Ut putet Cujac. *in parat. Cod. d. tit.* non nisi nominatæ actioni hodie locum esse; præscriptis autem Verbis superfluam esse, propter Actionem ex Vendito.

5 Venditori ex isto pacto Retrovendendi actionem competere negari non potest, quod, uti dictum, conventio sit justa. Quæ & Hæredi datur; licet ejus in contractu nulla facta fuerit mentio, cùm & hæredibus nostris contrahamus, iisque cavisse præsumamur, *l. Si pactum 9. inf. De probat.* Quod obtinebit quoque in secundo, & ulteriori hærede, cùm hæredis appellatione omnes in infinitum veniant, *l. Hæredis 65 inf. D.V.S.* Nisi excipiens probet tantùm comprehensam personam Venditoris, *d.l.9.* quia tunc personale tantùm erit pactum, personam Venditoris minimè egrediens. Quod colligitur ex particula taxativa, *tantùm*, vel simili, quæ facit istam licentiam ad personam restringi. • Idem erit; si adjectum

6 sit, *Si venditor voluerit, petierit*, quòd illa dictio contineat, conditionem relatam ad personam Vendentis, eique cohæreat, & hæredem excludat. Aliud est, si adjectum sit, *cum voluerit*, quòd ea res admonitionem potiùs contineat, quàm conditionem, ut non excludat hæredem, *l Si decem 48. inf. De V.O.*

7 • Potest & extraneo hoc jus competere, ex cessione Vendentis, cùm jus retrovendendi non sit mera personalis facultas, sed jus formatum, & actio, quæ regulariter cedi potest; cùm quod quis per se potest, possit etiam per alium, *c. Qui potest 63. De R I. in 6. latè* Tiraq. *De retractu p. 1. §. 26. Gl. 3.* Nisi actum fuerit, ut tantùm sit ea

ea Venditori facultas; non etiam alteri concedatur; nam cùm contractus ex conventione legem accipiant, cessabit cessio, *l.1.§.si convenit sup. Depositi.* Competit in emptorem ejusque hæredem: cùm omnia pacta activè, & passivè transeant ad hæredes, etiam eorum non habitâ mentione, *d.l.9.* Chassan. *ad Consuet. Burgun Rub.5 §.1.n.39.* Fachin. *lib.2.cap.11.*

8 Quæritur, An & huic pacto adstringatur Minor, vel Ecclesia, cui res vendita? Posset videri non adstringi, ex eo, quòd in alienatione rerum Minoris, vel Ecclesiæ requiratur causa, & decretum, *tit. Cod. De præd. minor. &* ℵ *De reb. Ecclesiæ non alienat.* sine quibus non possunt videri ejusmodi res licitè transferri. Et facit *l. Si ad resolvendam 7. Cod. d. tit.* Ubi cautio data per minorem de resolvenda donatione, non obest juribus Minoris. Facit etiam *l.1.§.fin. cum l. seqq. inf. De reb. eorum qui sub tut.* Ubi si minor prædia emerit, sub pacto, ut pignori essent, quoad solveret pretium, dicitur non valere pignus. Quam sententiam in simili casu tenet Innocent. *in c. Verum* ℵ *De foro comp. pet.* & alii, quos allegat Tiraq. *De retractu p.2. §.7. Gl.2.* Fachin. *lib. 2. cap. 3.*

9 * Contraria tamen sententia verior est, scilicet minorem, & Ecclesiam hoc pacto ementem teneri ad ejus observationem, & frustra objicere defectum solemnitatis; ex ratione; quia res transierit ad minorem cum suo onere, & pactum hoc sit pars contractûs, qui vel totus approbandus à minore, vel totus improbandus, *arg. l. Cùm quæritur 16. inf. De administ. tut.* Et facit, quòd hæc retrovenditio sit necessaria, ut decreto, vel aliâ solemnitate non sit opus, *l.1. C. Quando decreto opus non est.* Quærtum requiritur, quando Minor, vel Ecclesia posset circumveniri: non potest autem in casu, quo ex pacto adjecto cogitur retrovendere; licet utilius foret, non adjici pactum, cùm tanto viliori pretio rem habeat. Et hæc ita, si pactum in continenti sit adjectum; nam tum est pars contractûs, additurque rei alienæ, quæ alio modo haberi nequit. Contra est, si appositum fuerit ex post facto; nam cum res liberè in dominium Minoris, aut Ecclesiæ transierit, vel ei liberum sit jus quæsitum ad eam, non potest alienari sine decreto, nec jus quæsitum diminui per talia pacta, *d.l.1. §.fin. & d.l.2. inf. De reb. eor. &c.* Facit, quòd istiusmodi pacta non improbentur per Canones, si nihil aliud vitii contineant, *c. Ad nostram* ℵ *De emptor. & vend.*

10 Non obstat *d.l.7.* quia agit de pacto apposito ex intervallo, secundùm receptam Glos. *ibid.* & colligitur ex V. *contulerat*, quo indicatur post perfectam donationem fuisse emissam cautionem resolutivam donationis, quæ proinde non sustinetur; quòd sapiat alienationem prohibitam, *l. Magis puto 5. §. fundum in f. De reb. eor. &c.* Nam si tempore donationis emissa fuisset, observanda foret, *c. Verum* ℵ *De condition. appos.*

11 Non obstat etiam *d.l.7.§.fin.* nam pactum, de quo ibi agitur, est futuri pignoris, cui non potest res nisi nostra subjici: ut videatur demum res futura pignori, quando erit minoris; quo casu procedit lex prohibens rem minoris alienari, aut pignori subjici sine decreto, *l.7. §.1. inf. de reb. eor.* Atque ita pactum istud inutile: paria enim sunt, fieri quid tempore illicito, aut eo referri, ut apertè indicatur, *d.§.fin.* Ubi ait J.C. post dominium quæsitum minori non posse rem obligari. Aliud est in pacto, de quo in quæstione, quod ab initio cum ipso contractu afficit emptionem, per quam res minoris est futura, nec exitura à dominio Venditoris; nisi cum tali pacto, quod meritò adstringit minorem, & Ecclesiam. Pinel. *ad l.1.p.3. n.53. C. de bonis mater.* Gutierrez *de tutelis p.2.c.5. n.37. & seq.* Neguzant. *de pign. p.4.n.37.* Idem dicendum de pacto addictionis in diem, & legis commissoriæ, & quidem multò magis; quia ejusmodi pacta justa & ipsam rem afficiunt. Vid. Sarmient. 3. *Select. Interp. c.8.* Caldam *ad l.3. V. contractum fecisti num.9. C. de in integ. restit. minor.*

12 De eo quoque Quæstio est, an Emptor ejusve hæres, cogatur retrovendere? Videtur præcisè cogi non posse, quòd ea res sit facti, ad quod nemo præcisè cogi potest, *l. Stipulationes 73. de V.O.* Faber. *de errorib. pragm. Decade 22. cap.4.* Verùm nec jus, nec ratio fert, ut quis liberetur offerendo interesse, quatenus rem habet, ejusque tradendæ facultatem, quia aliud pro alio solveret invito; contra pactum, quod dat legem contractui, ejusque est pars, uti & pretii, *l. Iulianus 17. § si inter & l. Si sterilis 21. § tibi inf. de act. empt. ubi ea de re in similis latiùs;* & obligat ad novam venditionem, à qua altero invito non receditur. Atque hanc sententiam veriorem, & receptiorem esse tradit Pinel. *ad l.2.p.2. cap.3.n.22. Cod. de rescind. vendit.* Ubi refert plures eandem tenentes: quam & probat *l.2. C. de pactis inter empt. & vendit.* dum apprpbat conventionem istam, ut reddito pretio res restituatur; quod verbum ponit obligationem

nem ad rem. Dico, quatenus rem habet, ejusque tradendæ facultatem; quod medio tempore non impediatur emptor, non obstante tali pacto, rem alienare, vendendo, donando, vel aliter. Vide Fachin. *lib. 2. cap. 8.*

13 Ubi quæsitum, an eo casu venditori sit actio in tertium, in quem res est alienata? Falluntur qui hanc actionem mixtam esse volunt, quod rem sequatur, ideoque velint in possessorem dari, cum sit actio merè personalis, quæ non sequitur rem, neque in tertium possessorem datur, *l. 1. §. si hæres inf. Ad S. C. Trebellian.* sed tantùm in ipsum contrahentem. Possessor autem tertius non contraxit cum primo venditore, qui vendendo sub isto pacto non tam rem affecit, quàm personam emptoris, *l. fin. §. fin. sup. tit. 1.* Et malè ex eo capite diceretur mixta quòd de re agat, cùm omnis actio personalis rem aliquam sequatur, & de re agat, non tamen ideo mixta dicenda. In hanc partem optimè adducitur textus in *l. Quoties 15. C. de rei vind.* ubi Titio, cui primò res vendita, non est actio in rem, si postea vendita sit Mævio; sed tantum in venditorem, ad id, quod suâ interest, rem sibi non tradi, quæ & hoc casu dabitur venditori. Gomez. 2. *var. Res. c. 2. n. 29.* Mantica *de tacitis convenit. tit. 32. n. 45. & seq.* Mynsing. *cent. 6. obser. 69.* Gail. 2. *Observat. cap. 16.* Faber. *d. Decade 22. cap. 10.*

14 Ut venditor hoc pacto utatur, oportet pretium offerat: frustra enim aliàs ad rem ageret; cum qui petit contractum impleri, non debeat ex sua parte esse in defectu. Offerendum autem totum; quia ut particularis solutio pretii non rectè fit invito, ita nec oblatio. • An autem sola oblatio sufficiat, an verò requiratur & consignatio, ac depositio, hic quæri posset. Posterius videtur indicari

15 per *l. Si à te 7. Cod. de pactis inter empt. & vendit.* Attamen solam sufficere oblationem colligi potest ex *l. 2. C. d. tit.* Et facit, quòd pactum istud habeat conditionem, purificandam solâ oblatione, quæ quò minùs effectum consequatur, stat per illum, in cujus persona adimplenda; ut ideo habeatur pro impleta, juxta *l. Iure civili 24. inf. de condit. & demonst.* Faber *Decade 22. Errore 6.* Et hoc, ut competat actio Offerenti, secundùm pactum, ad petendam restitutionem rei venditæ, quam pergens petere non audietur; nisi simul obsignatum pretium deposuerit, quomodo intelligenda *d. l. 7.* Barbosa ad *l. Si moran. 67. & 77. inf. Soluto matrim.* Fachin. *l. 2. c. 42.* Boër. *decis. 123. n. 22. & seqq.*

16 Ex dictis sequitur, non teneri emptorem uni ex pluribus Venditoribus offerenti pro parte sua pretium cedere eidem partem rei; si simul cum omnibus pactum fuit initum, per quos uno pretio vendita res. Una enim emptio est, quæ, vel in totû servanda, vel in totû retractâda, *arg. l. Quod autem 11. in fine, & l. Quod si 13. sup. tit. 2.* Cessante argumento à toto ad partem: quia non est eadem ratio, cùm partis detractio contineat detrimentum emptoris, qui non eâdem commoditate utetur parte, quâ toto. Præses *in loco à toto ad partē.* Facit quòd unus idemque contractus non debeat dividi, ne emptor invitus incidat in communionem, qui ut pro parte non erat empturus, ita nec pro parte discedere cogendus ab emptione, *l. Fistulas 78. §. qui fundum sup. tit. 1. facit l. Quod si nolit. 31. §. idem Marcellus inf. de ædil. edicto,* Castrens. *in l. Si quis aliam 48. n. 1. inf. de solutionib.* Nisi tamen per singulos vendita fuerit res pro cujusque parte: tunc enim quia tot venditiones, quot partes, emptor cogitur admittere etiam unum retrahentem pro parte sua.

17 Quid si ex pluribus venditoribus unus offerat totum pretium, An illi emptor cogetur rem cedere? Castrens. *d. loco n. 3.* in arbitrio ponit emptoris, admittere, vel rejicere offerentem, eò quòd non videatur nisi omnibus simul retrahere volentibus obligatus. Verùm *d. l. 78. §. qui fundum* (ubi unus hæredem hoc pacto cum defuncto inito, ut pecuniâ solutâ traderetur possessio, omnem pecuniam offerens consequitur rem) facit probabilius videri etiam uno offerente totum pretium, Emptorem contradicere non posse. Potest etiam in eam partem adduci *d. l. 31. §. Marcellus,* Ubi negatur audiendus unus ex Emptoribus pro parte sua redhibere volens. Facit quod Emptori, recepto pretio undecumque, nulla fiat injuria, sive unus retrahat, toto pretio soluto, sive plures, modò ei sufficienter caveatur super eo, quod est supra partem Retrahentis. Papon. 11. *Arrest. Tit. 6. cap. 2. & 8.* Boërius *quæst. 251.*

18 Sed quæres, Quod pretium veniat offerendum, An quod datum? An verò quòd justum est tempore Retractûs? Si non sit actum expressè, vel tacitè de eodē, quod datum, reddendo, videtur illud solvendum, quod est justum tempore Retractus, *arg. l. fin. C. de jure emphyt. & l. ult. C. de loc. præd. lib. 11.* nisi aliud habeat loci consuetudo, quam partes respexisse videntur, si aliud nihil egerint, Cagnol. *ad l. 2. n. 93. C. de pactis inter empt. & vendit.*

Oblato itaque pretio Venditor consequitur, ut res sibi retrovendatur, secundùm conventionem primi contractûs, cui cogitur Emptor se con-

19 conformare, *d.l.2.* * Ubi quæsitum, an oblato, & reddito, sive deposito pretio, dominium ad Venditorem redeat hoc ipso, sine traditione? Vult hoc Castren. *in l.Si cum venderet 13. n.6. sup. De pignorat.act.* saltem quoad utile dominium. Idem videtur velle Masuer. *in sua practica tit. de retractu num. 4.* quia tale pactum afficiat rem: alii item, quos refert Tiraq. *De retractu p.2 §.7. num.6 & 7.* idque argumento legis commissoriæ, & addictionis in diem. Verum ut ita obtineat in lege commissoria, & addictione; aliter tamen se res habet in hoc pacto Retrovenditionis, quod non tam rem, quàm personam afficit, secundùm dicta. Ut omnino opus sit novâ traditione, ad hoc, ut res ad Venditorem revertatur; cùm pactum istud non contineat conditionem resolutivam, nec conventio retrovendendi sit tam prioris Venditionis resolutio, quàm urgeat novam Venditionem, ut patet ex verbo, *Restituere.* Nam eâ hoc actum, ut Emptor, qui per traditionem Venditoris est factus rei Dominus eundem vicissim Dominum faciat impletâ conditione. Atque hoc modo Imp. in *d l.2.* usus verbo, *Restitueretur*, quod desiderat iteratam traditionem facto Emptoris, qui se habeat loco novi Venditoris. Unde & pactum hoc vocatur Retrovenditionis, quæ non fit ipso jure; sed facto hominis indiget. Ut ex ejusmodi pacto Venditori nequeat esse Vindicatio; sed tantùm Actio sit Personalis in ipsum Emptorem, ut vult Cujac. *in Comment. Cod. De pactis inter empt. & vendit.* eo quod ubi est ex vendito actio, illa sit inutilis.

20 Non obstat argumentum desumptum ex addictione & lege commissoria: Nam in istis ideo est vindicatio conditione impletâ, quòd Venditio sit facta ex caussa, quæ per conditionem additam redit ad non caussam, ut habeatur res pro non tradita. Quod aliter se habet in hoc pacto, quo agitur, ut res retrovendatur, restituatur, quod non fit ipso jure; sed facto hominis indiget. Ant. Faber. *d. Decade 22 cap.1.* Tiraq. *d.loco n.12.* Quod ita omnino procedit, quando additum verbis obliquis, ipso jure contractum non resolventibus, Fachin. *l.2. cap.15* Caldas *ad 3.V. suâ facultate n.61. C. De in integ. restit. minor.*

21 Quid juris in pacto verbis directis addito, veluti redditâ quantitate res sit inemptâ? Proponitur ista species in *l.Si a te 7. Cod. d. tit.* per quam varii tribuunt tali pacto eandem vim, quæ est addictioni in diem, & legi commissoriæ, scilicet ut contractus restitutâ quantitate hoc ipso resolvatur, & res redeat in dominium Venditoris sine traditione, quam ei liceat vindicare. Et sic videtur intelligendus Castrens. in *l.2. & 7 C. d.t.* quod verba ista resonent legem commissoriam. Vult & Faber *d. Decade 22. cap.2.* per talem conventionem fundum fieri ipso jure inemptum, nec proinde Retrovenditione opus esse, neque traditione, ut dominium rei venditæ, quod Emptori ex caussâ Venditionis, secutæque traditionis acquisitum fuerat, ad Venditorem revertatur. Probat eandem sententiam Covarr. *3. Var. cap 8. n.2.* pro ea adducens *l. Voluntate §. fin. inf. Quib. mod pig. vel hypoth sol.* Ubi dicitur in pristinam caussam res redire, resolutâ traditione, ad quam dicit congruè responderi non posse. Vid. Fachin. *d loco*, Tiraq. *d. loco n.11.* Caldas *d.l.3. n.63. & seq.* Contra tamen alii volunt, etiam eo casu traditione opus esse, neque ipso jure contractum resolvi; quòd ut dominia traditione, non conventione transeunt, ita etiam ut resolvantur traditione sit opus * Atque ita in 22 specie *d.l.7.* quantumcumque pactum videatur conceptum verbis directis in modum legis commissoriæ; non tamen resolvitur contractus ipso jure, eò quòd species ista differat à lege commissoria, cujus forma est, non soluto intra diem pretio res sit inempta, cùm *d.l.7.* alia sit forma conventionis, quâ pretium numeratum, & tradita res. Facit pro hac posteriori sententia *l. Si prædium Cod. De ædil. edicto* Ubi prædio hac lege comparato, ut, si displicuerit, sit inemptum, dicitur contractus resolvi, non tamen ipso jure, cùm redhibitoriâ agatur. Ut idem dicendum veniat in casu *d. l.7.* quæ nihil promovet priorem sententiam, cùm dicat quidem oblatâ pecunia, consignata & deposita, non posse Emptorem retinere rei dominium, non tamen & illud, hoc ipso reverti; sed potiùs actione ex vendito Emptorem cogi posse ad rem tradendam, cujus tradendæ habet facultatem.

Non obstat huic posteriori sententiæ *d. l. Voluntate §. fin.* Cùm agat de vendito per creditorem pignore, cujus dominium transit in Emptorem, *l. Non est novum 46. inf. De acquir. rerum dom.* & rescissâ Venditione velit dominium non redire ad creditorem; sed ad pristinam causam, scilicet ad debitorem cum caussa pignoris, & hoc non ipso jure, sed per restitutionem. Tenent hanc partem citati à Tiraq. *d. loco n.16.*

23 Quid si res medio tempore sit supposita pignori per Emptorem, An ea libera redibit ad Venditorem, pignore resoluto? Est hæc multorum senten-

sententia, argumento eorum, quæ tradita sunt de addictione in diem, & lege commissoria, *l 3. inf. Quib modis pign. vel hypoth. sol.* Facit ratio, quod resoluto jure dantis resolvatur & jus accipientis, *l. Lex vectigali 31 inf. De pignorib* Quæ sententia communiter quidem recepta, ut videre est apud Tiraq. *p.2.§.3. Gloss 1. num.*10. eamque Practici non infimi nominis defendunt, non tantùm in casu, quo appositum pactum verbis directis, secundum formam legis commissoriæ; sed etiam verbis obliquis, secundum *l. 2 Cod De pactis inter empt & vendit.* Et facit ratio, quòd resolutio contractus, de qua in ista *l. 2.* fiat secundùm illos per viam annihilationis, & ex caussa de antiquo, cui res obnoxia ante pignus, vel aliud onus impositum. Penitus tamen examinatâ quæstione, non videtur hæc sententia tuta: cùm diversum jus hoc in pacto obtineat, quàm est in addictione in diem, & lege commissoria: siquidem in *d. l 2.* non agatur de caussæ annihilatione; sed potiùs, ut, manente salvo, nec resoluto priore contractu, novus ineatur secundùm pactum adjectum. Quò facit, quod dictum supra, rem interim alienari posse, nec alienatem revocandi jus aliquod esse Venditori; quippe cui tantùm sit jus in personam; non etiam in rem, quam Emptor, ut alienare non impeditur, ita nec impediendus obligare, ex regula; Cui licet quod est plus, ei licere debet, quòd est minus, & quæ ratio est totius, eadem est partis, *l. Qua de tota 76. sup. de rei vindic.* Ut res retrovendita redeat ad venditorem cum suo onere, quod rem comitatur; nec potest dici exstingui per retrovenditionem, quia facto emptoris anferretur jus suum creditori, circa rem istam quæsitum. Tenebitur tamen emptor, qui oneris est caussa, illud luere, vel quatenus interest, Venditori præstare, eo modo, quo tenetur propter alienatam rem eidem ad interesse, ut supra dictum. Frustra ponitur vis in necessitate retrovendendi, quæ ut non impedit alienationem rei, ita nec oppignorationem. Videatur Faber *de erorib. pragmat. Decade 2. cap. 1.* Ubi pulcrè hanc sententiam posteriorem contra Practicos tuetur.

24 Dubitatum quoque, an teneatur venditor stare locationi per Emptorem factæ? Varios citat Tiraq. *d. loco nu.*14. hoc ipsum affirmantes; ex ratione, quòd successor singularis, necessarius tamen, teneatur locationi stare per prædecessorem factæ, per *l. 8. §. 1. inf. De reb. auctorit. jud. possiden. Glos. in l. Divortio V. tertia inf. Soluto matrim.* Verùm minùs rectè, cùm Venditor, petens sibi retrovendi rem, non possit dici successor necessarius Emptori; sed sit purè voluntarius, propter pactum prioris conventionis liberum: ut proinde obtineat regula, quòd singularis successor non teneatur stare locationi factæ per prædecessorem, *l. Emptorem C. Locati*: Et hoc de jure scripto: nam de praxi in quibusdam locis aliter se res habet, ut hic Lovanii, qua de re latiùs infra *tit. Locati,* Vide Manticam *De tacitis convent. lib. 4. cap. 32. num. 97.* Gomez *2. Variar. Resol. cap. 2. n. 27. & 29.* Faber. *Decade 24. cap. 3.*

25 Quod ad fructus attinet, illi, vel percepti, vel percipiendi, seu pendentes. De perceptis quæritur, an cum ipsa re sint restituendi? Quod negandum; quia ab Emptore ut verè Domino sunt percepti, unde eum sequuntur jure dominii, *l. Herennius inf. De usuris.* Facit, quod pactum hoc non faciat tam resolvi priorem Venditionem, quàm novam iniri, habitâ ratione temporis præsentis, non etiam præteriti. Quò & facit, quòd in *d. l. 2.* nulla fiat mentio fructuum perceptorum; nisi fortè eorum, qui accesserunt post oblationem pretii. Unde liquet antè perceptos non venire; cum exclusio unius sit inclusio alterius. Et hoc quoad natos, & perceptos interim: 26 nam pendentes tempore prioris contractus videntur unà cum re restituendi, vel saltem eorum pretium; quia fuerunt pars fundi cum quo venditi *l. Iulianus 13. §. si fructibus inf. de action. empti, Glos. in c. Illos vos 1ª De pignorib.* Covarr. *1. Var. Resolut. cap. 2. num. 11.* Gomez. *2. Var. cap. 4. nu. 21.* Quæ opinio sustieri potest in casu, quo idem, quod datum, pretium venit restituendum, propter inæqualitatem, quæ aliàs penetetur, cum fundus propter fructus pendentes pluris venierit. Quod si pretium de novo constituendum sit, non venit habenda ratio fructuum tempore contractus prioris pendentium, cum cesset inæqualitas; habitâ tamen ratione rei, ut nunc est.

27 Quid de fructibus tempore Retractus pendentibus? Ratio dubitandi non est quoad fructus civiles; nam hi cum singulis momentis censeantur percipi, cedunt Emptori, pro rata temporis, quo possedit, pro reliqua sequuntur Venditorem, qui eos percepturus. Tantum dubium est de naturalibus, qui possent videri omnes cedere Venditori retrahenti, secundum strictam juris rationem, quòd sint rei pars, & cum ea transeant, *d. l. Iulianus §. si fructibus.* Quò facit *d. l. 2.* in cujus fine dicitur habenda ratio eorum, quæ post oblatam ex pacto quantitatem, ex eo fundo ad adver-

sarium pervenerunt, quòd scilicet illa sint restituenda Venditori, Vult tamen Covarr. *lib.1.Variar. cap.15. num.1. &* . & Tachin. *lib.1.cap.14.* æquitatem postulare, ut fructus pro rata dividantur, quod Venditio hæc videatur necessaria, non quidem inspecto initio contractus; sed tempore, quo Emptor retrovendere cogitur, non facturus illud sine pacto isto, ut secundùm eum decisio *d.§. si fructibus* obtineat in voluntaria Venditione. Verùm de jure verior est opinio prior, secund. *l.2. Cod. De pactis inter empt. & vendit.* Nec quicquam iniqui ex ea re sentiet Emptor, cui sumptus culturæ restituendi, *l. Quod si §4. sup. de petit. hered.* hoc enim suadet æquitas, ne damno alieno quis ditescat. Nec erit justa querela Emptoris, qui debuerat sibi providisse, dum pactum hoc admittebat, quod quia non fecit, est quod sibi imputet: videtur enim voluisse sequi normam & dispositionem juris. Barbosa *ad l. Divertio p.2.n.70. inf. soluto matr.* Faber *de errorib. pragm. Decade 10. cap.2.*

28 Quæri & hic posset, an Emptor unà cedere cogatur id, quod per alluvionem accessit? Negat Cagnol. *ad d.l.2.nu.190.* putans commodum istud Emptori deberi; nec cogi illud cedere Venditori, nisi numerat pretio ei respondente. Utitur hoc argumento, quòd si fundus fluminis decrevisset, foret detrimentum Emptoris; quia Venditor fundum non retraheret; ut & augmentum fundi cedere debeat Emptori, secundùm regulam, quem manet rei periculum, eum & manere commodum. Dicendum tamen, isto in casu commodum alluvionis prodesse Venditori, ad eumque pertinere, ex vi pacti, non tantùm si adjectum sit formâ legis commissoriæ, per quod volunt non solùm contractum; sed & accessiones hoc ipso resolvi, verùm & verbis obliquis sive communibus, secundùm *d.l.2.* propterea quòd licet contractus non resolvatur ipso jure, & dominium sine traditione ad Venditorem non redeat; accessiones tamen, & augmentum alluvionis fundo cohæreant. *l. Adeo 7. §.1. inf. de acquir. rer. dom.* ejusque naturam sequantur, *l. in rem 23. sup. de rei vindic.* atque ita simul cum fundo transeant ad Venditorem. Nec facit, quòd fundo diminuto damnum foret Emptoris; quia non sit retracturus Venditor: nam hoc ipsum dandum providentiæ Venditoris, retrahendi facultatem suo arbitrio reservantis. Quò facit argumentum ab addictione in diem, & lege commissoria sumptum, in quibus rei interitus cedit Emptori, quòd tales leges concernant arbitrium Venditoris, cui liberum iis non uti, si commodum sibi videtur; quia in re habet Emptor, quod sibi imputet, pactum tale admittendo. Vide Fach. in *lib.2.c.6.*

29 Consequenter quæri potest, Ad quantum temporis ista retrahendi licentia extendatur? Distinguendum, an tempus certum adjectum sit, necne. Priori casu temporis lapsus facit cessare retractum, eo quòd ad temp9 concessa, eo lapso videantur negata, *l. Thais §.1. inf. de fideicom. libertatib.* & imputare sibi debeat Venditor, quòd tempori retrahendo sibi non providerit. 30 * Ita ut moræ purgatio non admittatur; quia lapso tempore in continenti jus firmum quæritur emptori; quod ei invito non auferendum, ne quidem per restitutionem ex clausula generali, *si qua mihi justa caussa, &c.* quia ea hîc justa non est, cum temporis lapsus habeat vim renuntiationis. Nam ex quo actum de reddendo pretio intra certum terminum, tacitè pactum initum esse videtur de non petendo rem postea, ut tradit Bald. *ad l. 2. quæst. 8. Cod. De rescind. vend.* 31 * Quod & obtinebit in minore, ut & illi tempus currat, cui tamen læsio per ætatem contingens dat restitutionem, saltem in casu, quo ejus nomine, intervenientibus solemnibus requisitis, cum isto pacto res fuit vendita, *l. Æmilius 38. sup. de minoribus.* Idem dicendum videtur, si res per patrem vendita fuerit sub isto pacto, & tempus præstitutum lapsum: nihil obstante *l.2. Cod. si contra vendit. pignor.* Nam ibi rem à patre venditam ideo non revocat minor, quòd velit venire contra legitimum patris factum, quod leges non admittunt. In nostro autem casu non tam patris factum improbat, quàm pacto ab eo adjecto uti vult, & circa illud læsus ætate restitui petit, licet contrarium velit Gomez. 2. *Variar. c.2.n.27.* 32 * Posteriori casu, quo sine tempore absolutè, & simpliciter conventum fuerit de retrahendo, triginta annorum cursu licentia retrahendi concluditur, ejusque lapsu excluditur Venditor, ad instar reliquarum actionum personalium. Quod habet rationem, secundùm ea, quæ traduntur *ad tit. Cod. De præscript. 30. annor.* cùm ejusmodi conventio inducat actionem Personalem. Ut frustra aliqui contendunt, redemptionem esse facti, ad instar juris luendi: cui ut non præscribitur ullo tempore, ita nec huic volunt præscribi, quòd, ubi par ratio, par jus poni debeat. Verùm est longè diversa ratio: nam jus luendi pignus in mera facultate consistit, necdum ullâ natâ actione, ut dictum supra, *ad tit.*

De

De pig. act. Hoc autem jus redimendi præsupponit actionem jam natam, ratione pacti in ipso contractu appositi, quo Venditor potest compellere Emptorem ad retrovendendum, & rem restituendam, *l. 1. Cod. de pactis inter empt. & vend.* qui nisi tempore suâ actione utatur, repelletur postea à retrahendo.

33 Major est dubitatio in casu, quo convenit, ut quandocumque, semper, toties quoties libuerit, liceat Venditori retrahere? Sunt qui volunt nullo modo præscribi Venditori, quò minùs oblato pretio quandocumque cogat Emptorem, rem sibi cedere, per textum in *l. Quod si nolit §. si quid ita inf. de adil. edicto.* Ubi dicitur conventio valere, *ut in perpetuum redhibeatur res, si displicuerit.* Probant primò, quod occasione talis pacti videatur Emptor semper esse in mala fide, qualis non præscribit ullo tempore, *cap. Possessor de Reg. Iuris in 6.* Secundò, quòd licet infinitas non probetur jure; tamen toleretur ex partium consensu, *l. Ita stipulatus 55. inf. de fidejussorib.* eo quòd generalis locutio in contractib9 non patiatur restrictionem, *l. 1. §. 1. inf. de leg. præstan.* Deciperentur enim aliàs contrahentes, si hoc casu curreret illis præscriptio, qui non vendidissent; nisi liceret iis perpetuò secundùm conventionem retrahere, *l. fin.* in verbis, *Cum venditor non aliâ lege jus suum transferre passus est, nisi fretus tali conditione, Cod. de pact. int. empt. & vend.* Tertiò, quòd verba illa aliàs nihil operarentur; cum simplex redimendi facultas ad 30. annos extendatur, Gomez *d. loco num.* 18. Hieron. de Laurentiis *decis.* 129. *num.* 2. Contraria tamen sententia verior, scilicet extingui istam retrahendi licentiam cursu 30. annorum; cum, non obstantibus ejusmodi verbis, maneat nihilominus actio personalis quæ tali tempore circumscripta. Nec obstat, quòd talia verba importent perpetuitatem; quia restrigenda secundùm juris terminos, licet generaliora, quod actiones personales tali tempore concludit, boni publici causâ, ne actiones sint perpetuæ, & nemo sit certus de jure suo. Juris autem præscripto quilibet se censetur conformare, talia verba simpliciter apponendo, *l. 2. Cod. de hæred. instit. l. cum quidam 9. quemadmodum Cod. de verb. signific. l. Nemo 55. inf. de l. 1.*

34 Dico simpliciter apponendo; nam si expresè convenerit, ut 40. 50. 60. annis Venditor non excludatur à Retractu, eorum lapsus non impediet Retractum, propter talem conventionem expressam, quæ ponit Emptorem in mala fide, quæ non prodest ad præscriptionem.

Non obstat, quod ejusmodi conventio videatur esse contra jus publicum; præscriptio autem sit inducta boni publici causâ; cùm privatorum potissimum commodum concernat, cui renuntiare cuilibet est liberum. Non etiam obstat *d. §. si quid ita*: Nam quod ibi dicitur, ut in perpetuum fiat redhibitio, accipiendum secundùm terminos juris, quo conventio ejusmodi licita. Non obstat denique *d. l. 55. inf. de fidejuss.* Quia eo loci tantùm agitur de fidejussore pro aliquo quandocumque contracturo, & sic necdum natâ, sed nasciturâ actione. Actioni autem necdum natæ præscribi nequit, ut dictum, supra de pignoratitia actione. Quod verò dictum Emptorem non posse rejicere Venditorem, propter malam fidem, id accipiendum, quando est verè in mala fide: quæ hic considerari non potest; nisi in eo, cujus factum versatur. Non versatur autem factum Emptoris in hoc nostro casu, cujus tantùm est pati, & rem cedere Venditori petenti; nisi tempore sit exclusus. Et hanc sententiam multis probatam tenet Titaq. *de retractu, p. 1. §. 1. num. 6. & 28.* addens Senatum Parisiensem ita judicasse: & communiter in Curiis eam servari tradit Boët. *decis.* 182. *num.* 4. Adde & Barbosam *ad l. 3. nu.* 138. *& seq. Cod. de præscript. 30. annor.*

35 Pactum superiori vicinum est, *quo ita venditur res, ut sit in arbitrio emptoris à contractu recedere.* Nam cum tale pactum Emptorem adstringat in favorem Venditoris, quidni & in favorem Emptoris pactum istud utile sit? cum paria sint contrahentium jura, nec magis unus impediatur, quàm alter, nec detur congrua discriminis ratio. Et facit eam in partem *l. si ita 3. sup. tit. 1. & d. l. Quod si nolit 31. §. si quid ita inf. De adil. edicto*, qui textus hujusmodi pactum approbant: nisi tamen adjuncta faciant contractum suspectum labis usurariæ, juxta *c. Illo vos 2. de pignorib.* Covarr. 3. *Variar. Resol. cap. 9. num.* 1. Isto autem casu uti Venditori offerendum est pretium, ut pactum operetur, ita vicissim Emptori necesse est offerre rem, ut consequatur pretium, cum qui vult impleri contractum, non debeat ex parte sua esse in defectu.

De

De Retractu Legali sive Consuetudinario.

36 Alter retractus est Legalis, sive Consuetudinarius, isque varius, secundùm varietatem locorum. Nam per eum interdum Vicino est licentia retrahendi rem venditam alicui non Vicino: quæ res videtur habere occasionem ex *l. 2. Cod. Non licere habitatoribus, &c. lib. 11.* Quo casu si sit vendita res vicina unà cum alia non vicina ab eodem Domino, uno pretio; licet nihilominus Vicino rem vicinam tantùm retrahere, ad quam solam jus habet, & relinquere non vicinam. Nihil faciente eo, quod dictum supra, non posse res plures, uno pretio venditas, dividi retrahendo; Quia hoc in casu Vicino facillimè jus suum auferetur facto contrahentium, adjunctâ re aliâ, ad quam Vicino nihil juris: tum etiam quia non fit fortè ei commoditas res multas retrahendi. Hujus Retractus ratio cum in eo consistat, ne Vicinus mali quid sentiat per novum Vicinum, non videtur id jus alteri cedi posse, utpote tantùm personale, quod cedi non potest, secundùm mox dicenda. Vicini nomine, an solum intelligendus proximior, an verò & remotior, pendet ex fine istius Retractus. Vide Tiraq. *p. 1. §. 1. Glos 9 n. 16 & n. 95.*

Est & Retractus inter Socios, quo Socio, vel Consorti id juris est, ut rem comunem venditam Extraneo pro parte ejus, qui vendidit, retrahat.

De Retractu Gentilitio, sive Consanguinitatis.

37 Usitatissima hujus Legalis Retractus species est Consanguinitatis, quem & Gentilitium vocant; quo datur jus Agnatis, & qui de familia sunt Venditoris, rem ab eo venditam retrahendi: qui modus postremis Feudorum constitutionibus vocatur *Ius Protimiseos*, à Græco verbo *προτιμᾶν*, quo denotatur prælatio; vel delatio honoris præcipui alicui debiti; quia hoc retractu Agnati Externis quibus res vendita, potiores habentur, ab iisque rem retrahant. 38 * De cujus justitia non venit dubitandum, cum approbetur lege Mosaicâ, *Levit. cap. 25.* nec improbetur jure Canonum, *c. Constitutus ☩ De restit. in integrum.* Videtur etiam jure Digestorum aliquatenus probari saltem in materia testimentaria, *l. Omnia 22. §. fin De legat. 2.* Ubi ad fundum familiæ relictum tantùm admittuntur illi, qui sunt de nomine defuncti. Et licet jure Cod. videri possit improbari; quia repugnet libertati disponendi de re sua pro arbitrio à jure concessæ, & relinquendi penes eum, cui vendita, *l. Dudum C. De contrah. empt.* potuit tamen ea res consuetudine immutari, citra ullam iniquitatis speciem, ubi justa caussa subest. Justa autem hic subest, favor scilicet familiæ, vel agnationis, cujus interest, rem, quæ fuit majorum, penes descendentium potiùs aliquem manere, quàm ad extraneos transire. Quò facit, quòd habeatur justa caussa minorem in integrum restituendi, si fortè in Emptionem penes se collocatam, adjectione ab altero superatus fuerit; quia majorum ejus fuisset, *l. si in emptionem 35. sup. De minoribus.* 39 * Variorum motibus hic Retractus receptus, ut tradit Tiraq. *De retractu in princ.* non tantùm in casu, quo majorum res fuit, verùm etiam si alicujus de cognatione, qui eam sibi quæsivit, quod æquius sit, rem penes cognatos manere, quàm ad extraneos transire. Obtinet præcipuè hoc jus in Feudis, quæ alienata per Vasallum Dominis retrahere permissum, quòd & æquius sit, eos rem habere, quàm alios.

40 Respicit itaque consuetudo hac in re favorem familiæ, & eorum, qui sunt de sanguine: unde ut huic retractui locus sit, oportet primò, retrahere volens sit ex vera cognatione ejus, qui vendidit: nam in eo tantùm habet locum ratio inducta Retractus. Ut cognatio Spiritualis hic non attendatur; cùm non sit nisi ficta cognatio: uti nec legalis, quæ similiter fictam, non veram ponit cognationem in qua cessat ratio inducti Retractus. Et deinde foret in arbitrio alicujus, adrogando fraudare eos, qui sunt de genere, & jus illis competens ad extraneos transferre, ut optimè tradit Joan. Faber. *Instit. De acquisit. per adrogat. § 1. n. 7.* & Tiraq. *h. p 1. § 1. Gl. 8. n. 16. & 18.*

41 Laicus sit, an Clericus, qui retrahere prætendit, non refert, cum stat9 clericalis neminem ponat extra familiam, nec faciat incapacem rerum immobilium. Nisi res talis sit, quæ servitium desideret, ad quod Clericus inhabilis; uti obtinet in Feudis, quæ non deferuntur Clericis; nisi patiantur vicarium servitium. Gomez. *ad L. Tauri 70. n. 7.* Chassan. *ad Consuet. Burg. Rub 10. §. 1. Gl. 2.* Tiraq. *d. loco n. 41.*

42 Quid si proximus sit ingressus monasterium? In casu, quo monasterium est incapax bonorum, nec illud hoc jure utitur, quia sibi quærere nequit nec ingressus, quia non sibi, sed monasterio incapaci retraheret. Monasterium verò bonorum capax ipsum quidem retrahere non potest suo

suo nomine, cùm non sit de cognatione. Nec facit, quòd habeatur loco liberorum, *Auth. Nisi rogati Cod Ad S.C.Trebell.* nam hoc tantùm impropriè, & non nisi in casibus jure expressis, inter quos non est iste Gomez. *d.l.n.9.* Tiraq. *d.l.n.20.*

45 • At de ingresso dubitatur. Et posset videri vel hic, vel saltem Monasterium ejus nomine retrahere posse; cum talis & jura sanguinis retineat, & succedat de jure communi, nisi aliud habeat consuetudo, *l. Deo nobis 36. §. hoc etiam Cod. De Episc. & Clericis*, Panormit. *in cap. Quia nos n.2. ꝟ De testam.* Quo tamen non obstante, fini hujus retractus magis convenit contraria sententia, eò, quod Ingressus non sibi, quia sibi nihil quærere potest, sed alteri, scilicet monasterio, retraheret: in quo non potest considerari sanguis, cum sit loco extraneæ personæ. Et hoc ipso res exiret extra familiam, contra finem retractus, ut benè advertit

44 Tiraq. *p.1.§.1.Gl.8.num.19.& 20.* • Aliud juris est in Novitio, cui retractus est salvus, cum ante professionem, durante anno probationis, necdum sit Monachus, nec bona sua à se abdicaverit; sed bonorum suorum, & jurium, uti ante, plenus Dominus maneat, *cap.1. ꝟ De regularib.* Tiraq. *d.loc. num.21.& seqq.* Gomez. *ad d.l.70. Tauri num.9.*

45 Quid si à Monasterio res vendatur patrimonialis ingressi, an Consanguineis ejus erit salvum jus retractus? Posset hoc primâ facie videri, quod adsint requisita, res scilicet patrimonialis ingressi, & cognatio Retrahentis. Dicendum tamen, cessare Retractum; quod res ita non possit amplius videri patrimonialis ingressi, quippe quæ per ingressum mutaverit familiam, & cesserit in jus, & dominium monasterii, *Auth. Ingressi Cod. De sacros. Eccles.* nec vendatur tam à consanguineo, quàm à monasterio, quod est loco extranei Gomez. *ad d. L. Tauri 70, num.10.* Novitio tamen bona sua forte vendente, salvus erit Cognatis jus retractus, quòd res non poss[illegible]ci mutasse manum, & exiisse è dominio ejus, qui necdum statum mutavit.

46 De Fæmina etiam quæritur, an admittenda? Hoc dicendum, si saltem ad successionem admittatur. Si verò ab ea excludatur statuto, aliqui negant ei hoc jus tanquam exhæredatæ, & remotæ à familia, quos citat Tiraq. *d.l.n.13.* ne quod unâ viâ est denegatum, alterâ concedatur. Contra tamen dicendum: nam alia est ratio Retractus, qui datur familiæ, alia successionis, cùm ex eo, quòd succedere nequeat, non possit negari esse de familia. Quò faciunt ea, quæ latissimè deducit idem Tiraq. *ad l. Si unquam V. suscepterit num.108. C De revoc. donat.* Nisi statutum admittat masculos tantùm, vel res talis sit, cujus fæmina incapax, uti feudalis.

47 Non satis autem est; ut aliquis sit de familia, sed ut aliis præferatur, Proximior esse debet: qualis est, quem nemo antecedit: huic enim ut jus est potius in hæreditatibus ab intestato, in fideicommissis, ad quæ vocantur proximi, ita & hoc jus.

48 Ubi quæritur, An proximus dicendus sit; habito respectu ad Venditorem, an verò ad primum, qui rem comparavit? Illud dicendum videtur, argumento feudorum, in quorum successione habetur ratio ultimi Vasalli, & eorum qui ex ejus sunt linea, *lib.2. Feud tit. 50 in princ.* & argumento successionis ab intestato, secundùm quam aliquatenus dirigi solet jus hoc Retractus.

49 Ut autem Proximioribus prælatio deferatur, *l. Peto 69. §. pen. inf. De leg.1.* Tiraq. *d.p. .§.1.Gl 1.n. 12. & seqq.* non impediuntur tamen remotiores cum & illis jus sit continuò natum; quod aliàs lædi posset per propinquiorem non retrahentem, qui ad retrahendum intra tempus præfinitum cogi nequit; cùm totum habeat in suo arbitrio, & possit sinere illud labi in detrimentum sequentium. Est tamen integrum propinquiori retrahere ab eodem remotiore. • Quod & obtinebit, si

50 remotiori fuerit res vendita, *arg. cap.1. §. Titius tit. 26. lib.2. Feud.* eò, quòd jus datum propinquiori per consuetudinem, non possit illi sine facto suo eripi per sequentem. Lauden. *ad d. §. Titius* Nihil facit *l. Unum 67. in princ. & §. itaque inf De legat. 2. & l Is qui cùm plures 34. De legat.3.* Ubi sufficit transferre rem in aliquem de familia: nam istis locis hoc ita procedit, propter electionem competentem ex mente defuncti, & ex verbis fideicommissi, ne res extra familiam abeat, aut de nomine suorum, aut ut uni ex familia relinquatur. Faber *Instit. De hæred quæ ab intestato defer. § ita tamen* Boër. *qu.183. n.52* Si contigerit propinquiorem declarasse, se retrahere nolle, tum continuò sequens, & remotior tutò retrahet, *argum. l. fin. C. De jure emphyt.*

51 Quæri hic posset, an ipsi Venditori liceat retrahere? Videtur jus hoc concessum Agnatis, ipsi Venditori non denegandum: quòd is sibi, suæq; familiæ sit proximus, & in eo æquè, atque in alio consanguineo locum habeat ratio Retractus. Verum tamen est, non esse audiendum Venditorem; quòd nemo possit venire contra suum factum, & rem legitimè à se alienatam retrahere, in Empto-

ris injuriam, *l. Post mortem 25. sup. De adopt.* Panor. *ad c. Veniens n. 8* ꝟ *De filiis presbyt.* Facit, quod Venditor ex iis personis, quibus hoc jus concessum est, videri nequeat; cum nemo sit sibi ipsi agnatus Facit & quòd alienando, alienum se fecerit a re alienata, & jus aliis aperuerit. Nisi tamen consuetudo prohibeat rem in extraneum alienare, cum irritatione actus; quia non potest videri venire contra suum factum, quod nullum est. * Imò tenetur avocare rem de facto tantùm translatam in extraneum, juxta ea, quæ traduntur de tutoribus alienantibus indebitè rem pupillarem, & de prælatis alienantibus rem Ecclesiæ sine solemnitate. Non impeditur etiam Venditor, si consanguineus, cui rem vendidit, eandem alienârit in extraneum, vel etiam remotiorem consanguineum, retrahere; quia manet agnatus & proximior: nec potest dici venire contra suum factum; cùm non retrahat rem à se proximè venditam, sed ab alio, ut rectè tradit Tiraq. *d. loc. §. 1. Gl. 9. n. 4.*

52

53

Majus dubium est de filio Venditoris. Affirmat quidem simpliciter Boërius *quæst 12. n. 1. & quæst. 118* & plures alii; verùm sententiam hanc, licet plerisque probatam, dubiam esse dixi in *Tract. Feudali cap. 15.* & patet ex traditis per Tiraq. *de Gl. 9. n. 48. & seqq.* Puto ego distinguendum, an sit in potestate, an verò sui juris. Illo casu videtur à retractu filius rejiciendus, quod omnino patri quæratur, qui sic videretur in effectu retrahere, & suo facto cõtravenire omnino atq; una via negatum, altera consequi: hoc verò nihil videtur iniqui subesse, si ad retractum admittatur filius, cùm cesset ratio superior, & sit proximus consanguineus, cui non denegandum, quod aliis remotioribus est datum, Tiraquel. *d. l. n. 47.* Quod & videtur procedere in casu, quo est hæres patris sui. Pro qua parte facit textus in *c. Constitutis* ꝟ *De in integrum restit.* Ubi liberi videntur admitti ad retrahendum bona alienata per patrem. Facit & ratio, quòd filius non veniat ut hæres sui patris; sed proprio suo jure, quia de familia, ad cujus favorem & honorem jus Retractûs est inductum: ut quod aliis remotioribus datum, & illi dari debeat, stante eadem ratione. Quò facit *l. Seja 71. De evict.* Ubi qui hæres est, potest facere controversiam super proprietate fundi à defuncto donati, non tanquam hæres, sed proximus. Et *l. fin. Cod. eod. tit.* Ubi hæres fidejussoris non impeditur, res, pro quibus defunctus intercesserat, vindicare. Nec est, quòd queratur emptor; nam illi imputatur, quod ejusmodi rei conditionem sciverit, aut scite debuerit, quod scilicet posset retrahi per consanguineum. Ut non obstet, quod dicitur, quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio. Non etiam obstat, quod hæres non possit venire contra factum defuncti: Nam secundùm dicta hoc verum, si ut hæres veniat, non etiam alio jure. Non obstat denique, quod hæres teneatur de evictione: quia hoc in casu non potest dici evinci res, quasi aliena vendita, cùm propria sit vendita cum sua conditione, vi consuetudinis admittentis Retractum. Ita Pinellus *ad l. 1. p. 3. n 99. De bonis matern.* & multis Tiraq. *d. Gl 9. n. 11* D. Everhard Præses *in loco à tanquam n. 29.* * Videtur tamen ea sententia limitanda, si pater Venditor se obligaverit in casum Retractûs, vel promiserit à nemine rem retrahendam: tunc enim hæredi non licet retrahere; quia contra factum defuncti veniret, qui se obligandò etiam una obligat hæredem, uti jura permittunt. Tiraq. *d. loc. n. 54. & seq.*

54

55

Dubium de exhæredato; non quoad rem venditam ab alio consanguineo, quam non impeditur retrahere, cùm patris exhæredatio eum non faciat alienum à familia, *l. Ius agnationis 34. sup. de pact.* nec impediat hoc jus nomine familiæ competens, *arg l. Si ex patronis in fine inf. De bonis libertor.* sed quoad venditam a patre exhæredante. Quo casu aliqui negant exhæredato jus retrahendi, eo quod patri non succedat, Jacobin. in *Tract. Feud. vers. præsentes n. 9. & 10.* Verùm hoc argumentum debile esse patet ex *l. Filiusfam. 114. §. cum pater cum seq. inf. De leg. 1.* Ubi filii exhæredati fundum, extra familiam alienari prohibitum, repetere alienatum possunt. Et ex *l. Si quis 33. sup. De religios.* Ubi agnato, cui tanquam indigno ablata hæreditas, salva tamen sunt jura sepulchrorum; ex ratione, quod familiam non faciat mutari exhæredatio. Quæ ratio & hac in materia obtinet. Idem multò magis dicendum de Filio [illegible]stine te se hæreditate patris, qui per hoc se non separat à familia, aut ejus [illegible]ibus.

56

Excommunicato etiam hoc jus salvum est, quòd excommunicatio eum non privet familiæ juribus. Ut licet cum eo communicare sit vetitum, & ut comparens sit rejiciendus; oblatio tamen ab eo facta pariat illi Retractum; cùm actus privati excommunicati teneant, ut traditur ꝟ *de sent. excommunic.* Vide dissentientem Tiraq. *d. Gloss. 9. n. ult.*

57

Ita autem proximo hoc jus est, si velit: nam quin possit renuntiare, vel expressè promittendo, se non retracturum, vel tacitè, non retrahendo,

do, intra tempus, certum est, secundùm regulam generalem, quæ permittit cuilibet favori suo renunciare. Tiraq. *d. Gl. 9. n. 11. & 121.*

58 Ubi quæritur, An præsentia agnati tacitam renuntiationem inducat? Negandum omnino, cum rectè cogitet præsens agnatus jus sibi salvum esse, *arg. l. Sicut 8. §. 1. non videtur, §. inf. Quibus modis pign. vel hypoth. sol.* Ubi sciens pignus vendi, sibi non præjudicat; cum sciat pignus sibi durare, imò tum sibi hac in causa actionem nasci. Nihil obstante regula in *c. Qui tacet D. R. I. in 6.* Nam, omissis aliis exceptionibus, ea non procedit in casibus, quibus quis contradicendo actum impedire nequit, *l. Cajus 39. sup. de pignor act.* Nisi tamen quis præsens tacuerit, in Emptoris circumventionem, ut cui, præsente proximo consanguineo & tacente, dictum est, rem non esse obnoxiam retractui; faciet enim dolus consanguineum repelli, *arg. l. 6. §. si venditor inf. de actio nib. empt.* Ubi Bart. Gomez. *ad l. Tauri 70. n. 26.* Tiraq. *d. l. n. 140. & seqq.*

59 Est & dubium, An agnati consensus in venditionem eum removeat? Distinguunt aliqui inter consensum simplicem, sive permissivum, & dispositivum, seu obligatorium. Illo casu certum est, non præjudicari consanguineo, quòd, ut jam dictum, consensus nihil operetur, quando quis actum impedire non potest. Hoc verò casu contra posset videri, quod talis consensus concurrat ad actum, & ponat factum aliquod consentientis; cui ut proprio nemo potest contravenire, quod talis consensus dispositionis, & obligationis non videatur compatibilis cum jure Retractus: v. g. si quis nomine alterius cognati vendiderit, *l. vindicantem 17. inf. de evictionib.* vel pro vendente fidejusserit, in casum evictionis, *l. Exceptionem C. de evicti on.* nulla interposita protestatione. Verius tamen, nec hoc casu præjudicari consanguineo. Cujus ratio est, quod cautio de evictione non veniat consideranda quoad retractum, cùm ex eo non debeatur evictio: ut respectu illius sit impertinens, nec obsit cautio, quò minùs jus suum salvum habeat. Nisi tamen contineatur clausula repugnans, vel derogans retractui; ut si dixerit, rem non esse obnoxiam retractui; ratione deceptionis, ut ante dictum. Sic & suo nomine vendens non retrahit: nec mandans suo nomine vendi; quia mandans per alium fieri, ipse facere videtur. Dissentit Tiraq. *d. loc. n. 133. & seqq.*

60 Rei communis, partim suo partim procuratorio, aut tutorio nomine venditæ, vel à pluribus simul, non licebit alteri eorum partem retrahere, sive res sit divisa, sive indivisa; quod unicum pretium faciat rem esse unam, & unam venditionē, *l. Quod si uno sup. ae addit. in diem*; Ubi eadem ratio, & ratio data, scilicet, ne Emptor invitus incidat in communionem. Separatim, & diversis pretiis vendita si fuerit res plurium, pro parte retractui locus erit; quod plures sint Venditiones, & partes singulorum videantur venditæ. Nisi contractus cœperit à totius rei venditione; licet portionum sit facta distributio, & pretii; quia tunc tantùm unus est contractus; & voluit emptor habere rem totam; non etiam aliquas ejus partes, ut cessare debeat retractus partis, Joan. Andreæ *ad Specul. tit. de empt. & vendit. in princ.*

61 Prior itaque in gradu potior est. Si plures ejusdem gradus concurrant, videntur omnes pro rata admittendi; quia omnibus est æquale jus, *l. Peto 69. §. pen. de leg. 2.* non concessa emptori licentia gratificandi ei, cui volet; quia non potest jus alicui quæsitum minuere, cùm illius tantùm sit pati, non etiam agere.

62 Sed hic in dubium vocatur, An pluribus ejusdem gradus concurrentib⁹, præoccupantis sit melior conditio? Non videtur, si consuetudo simpliciter loquatur; admittens consanguineos, non factâ mentione præoccupationis; cùm æquum non sit, unius festinatione jus alterius lædi, *l. Cum solus in fine inf. de acquir. hæreditat.* Si tamen res sit dividua: nam si individua, posset videri locus esse præoccupationi, secūdùm Tiraq. *d. p. 1. §. 11. Gloss. 10. n. 4.* Ubi vult inter concurrentes rem sorte dirimendam esse, si aliter componi nequeat, vel potiùs relinquendum arbitrio concurrentium, ut de usu rei disponant, si sorti nolint se committere. Et hoc ita, nisi consuetudo faciat potiorem præoccupantem.

63 Consanguineos, vel Cognatos hac in materia non rectè quis restrinxerit ad certum gradum, sextum, vel decimū, secundùm *§. fin. Instit. de success. cognat. ubi DD.* Cum si probaverint se de sanguine esse, habeat locū ratio inducti Retractûs, & præstet eos admittere, quā sinere rē ad extraneos abire. Et ita receptum: nisi tamen consuetudo vel statutū ultra certum gradū nolit extendi hanc licentiā; quia licet Retract⁹ sit favorabilis familiæ, habet tamen & gravamē Emptoris adjunctū. Cognat⁹ hic sit utrinq; junct⁹, an ex una parte tantū parū refert, modo sit ej⁹ lineæ, unde res provenit.

64 Oportet autem retrahere Volens sit ex legitima cognatione. Illegitimè natus non admittitur: nam etsi cum illo sit cognatio, cùm se-

eundùm *l. Et nihil* 54. *inf. De ritu nuptiar.* nihil interfit, ex justis nuptiis cognatio descendat, nec ne; hoc tamen intelligendum tantùm quoad nuptias, non etiam quoad hoc jus, vel simile, quod concernit familiam, de qua propriè esse dici nequit illegitimus. Adeò ut ne quidem ejus liberi, licet legitimè nati ad Retractum admittantur, quod ex radice infecta procedant. Et hoc quoad patrem, qui incertus, nisi nuptiæ eum demonstrent. Ex parte matris, quæ certa est, posset videri Naturalis admittendus, quòd jus succedendi in matris bona habeat, nisi alius sit mos. Venditam tamen rem à tali patre, videntur liberi retrahere posse, & contra; quia sibi invicem succedant. Masuer. *in practica sua Forensi tit.* 28. *n.* 12. Tiraq. *d.* §. 1. *Gl.* 8. *n.* 6. *& seq.*

65 Quid si Legitimati fuerint? Legitimatio per subsequens matrimonium, sive mediatum, sive immediatum, liberos ita restituit natalibus, ac si ab initio legitimè nati forent: ut proinde illis sint integra omnia familiæ jura, non secus atque aliis legitimè natis. Nihil obstante, quod aliqui velint statutum Retractus propriè intelligi debere; legitimatos autem per subsequens matrimonium non esse propriè legitimos; Cùm matrimonium deleat omnem originis maculam, & faciat videri ab initio legitimè natos, atque ita propriè tales. *Nov. Quib. modis natur. filii effic. legit.* 74. §. *si quis*

66 *sanè*, Decius *Conf.* 175. *lib.* 2.* Legitimatos per rescriptum, etiam ad arbitrium patris, hoc jure non uti, veriùs est; quod hujus juris licentia non pendeat ad arbitrio patris; sed ex statuto, & consuetudine procedat, quæ eum consanguineis jus det, non debet id illis facto patris auferri. Quò facit, quod taliter legitimati non admittantur ad feuda, §. *naturales Si de feudo defuncti contentio &c. lib.* 2. *feudo.* nisi aliter habeat consuetudo, aut à Principe specialiter ad hoc jus obtinendum legitimentur.

67 Dubitatio hic incidit, Ex quo tempore hæc proximitas veniat consideranda? Videtur tempore Venditionis; quod qualitas adjuncta verbo debeat intelligi secundùm tempus ipsius verbi, *l.* 4. §. 1 *& l. Quod ait* 31 *in fine sup. De noxa lib. act.* & quia jus alicui quæsitum non debeat illi auferri. Quo modo si proximior quis fuerit tempore Venditionis, non videtur hoc jus ei diminuendum per eum, qui postea conceptus *l.* 1. §. *proximum inf. Unde cognati.* Atque ita actio ab initio non nata, non potest oriri in alterius detrimentum, §. *proximus Instit. De legit. agnat. success.* Corneus *Conf.* 151. *col.* 1. *lib.* 3. Marc. Mantua *ad l. Dudum num.* 58. *C. De contrah. empt.* Secus est, si proximior alius conceptus fuerit, cui potius jus erit, quod conceptus habeatur pro nato, *l. Qui in utero & l. pen. sup. De statu hom.* Tiraq. *d. loco* §. 1. *Gl.* 9. *n.* 52. *& seqq.* Quod ut ita possit procedere in Venditione purè facta: disputatur tamen in casu: quo facta Venditio sub conditione, vel in diem. Qua in re sunt, qui putant conceptum ante diem, vel conditionem, intra tempus tamen retractus, præferendum esse ante nato remotiori, tamquam proximiorem eo tempore, quo retractui locus sit; ex ratione, quod satis sit, adesse qualitatem ex die, quo successio defertur, §. *cum autem Instit. De hæredit. quæ ab intest. defer.* Et hoc secundùm eos, qui demum à tempore oblationis pretii volunt jus retrahendi nasci. Verùm cum veriùs sit continuò à Venditione per traditionem confirmatâ hoc jus nasci (quod & verosimilius; quia præscriptum tempus tum incipit currere) dicendum, secundùm alios, hoc etiam jus semel quæsitum alicui non debere diminui per hoc, quod fortè ante diem, vel conditionem alter proximior nascatur, aut concipiatur. Tiraq. *d. Gl.* 9. *n.* 106. Verùm, re bene inspectâ, non video, quid dubii quemquam hac in re movere possit: cum natus vel conceptus postea, sive in pura Venditione, sive in diem, vel sub conditione facta, ex parente, cui proximum jus erat (nam aliàs frustra quæreretur) in jus ejus succedat, & ut proximior remotiori præferendus veniat, qui numquam potuit proximum jus habere, quod fuit penes parentem, atque eo etiam vivo penes ipsum conceptum, qui pro nato habetur & non potuit concipi, nisi patre vivo Bald. *in l. Si in personam Cod. De fideicommiss.* Boër. *decis.* 12. *n.* 3. Choppin. *De privil. rustic. lib.* 3. *p.* 3. *c.* 6. *num* 5. Et facit *l.* 2. §. *proximum inf. De suis, & legit.* Ubi proximus is dicitur, qui tunc fuit, cùm intestatus invenitur paterfamilias, in hac materia, intra tempus retractui præscriptum, quod jus non datur hæredi, sed proximiori.

68 Ex dictis patet, quòd cum Consanguineis tantùm hoc jus sit, non possit per eos cedi extraneo; tum quia personale, tum quia fieret injuria aliis, quibus jus suum non eripiendum; tum etiam, quia cessat finis Retractus, qui tendit in favorem conservandæ familiæ: qua in re differt hic Gentilitius Retractus à Pactitio. Si tamen nullus alius consanguineus superfit, videri posset solus superstes id jus alii cedere: cum nullius subsit injuria, Gomez. *ad l. Tauri* 70. *n.* 8. *vers. item quæro.* Coras. 3. *Miscell. c.* 3. *n.* 7.

Quæ

69 Quæsitum hic, An propinquiore in gradu defuncto hæredi extraneo liceat jure ejus uti? Posset hoc videri, ex eo, quòd hæres defunctum, ejusque jura repræsentet, secundùm jura vulgata. Quo tamen non obstante dicendum, frustra hæredem isto jure usurum; quod sit merè personale, in certa qualitate consistens, quę deficit in hærede, Gomez. *d. loc. num. 9.* qui tamen malè mihi videtur hoc ipsum limitare, ut non procedat, si defunctus litem contestatus fuerit, quasi tunc hæredi extraneo hoc jure uti liceat, *arg. l. 6. in fine, & l. 7. sup. de inoffic. testam.* cùm non debeat posse defunctus tacitè per litis contestationem hoc jus in extraneum transferre, quod expressè nequit, non positâ requisitâ in hærede qualitate.

70 Resolvi ex dictis potest & hæc quæstio, An tamquam de familia possit bona alienata retrahere, qui non est de linea, ex qua bona provenerunt? Negandum enim, ita suadente ratione, propter quam jura retractus consuetudine sunt introducta; quæ est, ut per bona in familia retenta eadem vigeat, quæ aliàs iis alienatis deficeret. Unde in fratrem uterinum alienata bona à parte patris pro venientia Fratri Consanguineo est retrahendi licentia; quod videantur alienata extra familiam, & potior sit habenda ratio ejus, cujus majorum res fuerunt, prę eo, cujus majorum non fuerunt. Tiraq. *p. 1. num. 14. Gloss. 2. per l. si in emptionem sup. De minorib.* Quod videtur respondere juri communi in *l. De emancipatis C. de legitimis hæred.* Ubi paterna paternis, materna maternis deferuntur, nisi consuetudo aliud habeat.

71 Secundò requiritur, Res sit Patrimonialis: quam aliquæ consuetudines volunt esse Avitam, quæ longo tempore in familia remanserit, non etiam quæ recenter acquisita: aliæ verò etiam admittunt Retractum in re, quæ non sit avita sed à consanguineo aliquo acquisita & vendita. Ut hac in re sit sequendus mos loci.

72 Quid si vendantur res plures, quarum aliquæ patrimoniales, quarum est Retractus, aliquæ non patrimoniales, sed alterius ordinis? Ex dictis supra constat, plures res simul, eodemque pretio venditas simul retrahendas esse, nec licere proximo unam ex illis retrahere, neglectâ alterâ, quòd contractus sit unus, non dividendus invito emptore, cujus interest non incidere in communionem, *l. Quod si uno 11. de addict. in diem*, & qui aliàs non emisset. Verùm ut ita obtineat, quando plures res ejusdem ordinis venduntur, & possit etiam videri aliquibus, retrahentem omnino repellendum esse à retractu, ex eo, quod & aliæ res extra retractum simul sint venditæ: dicendum tamen, consanguineum ad rem patrimonialem retrahendam esse admittendum, quia ad eam solam jus habet. Et aliàs contingeret plures res simul vendi, in detrimentum proximi, cui, vel non est facultas redimendi omnes, vel aliæ judicantur inutiles, vel ad eas non est effectus: atque ita facto contrahentium posset illi jus suum impediri, quod non est permittendum. Gomez. *ad d. l. 70. numero 15.* Deinde ut non potest consanguineus cogere emptorem isto in casu invitum ad cedendum sibi & alias res, oblato pretio, quod ad eas nihil juris habeat: ita & contra non debet licere Emptori cogere Retrahentem, ut omnes retrahat, quamvis id velit Tiraq. *d. loco num. 7.* Non obstante ratione supradictâ; quia imputare sibi emptor debet, quod res diversi generis emerit uno pretio, sciens, vel scire debens, unam tantùm posse retrahi.

73 Nihil etiam obstat *l. Tutor §. 1. sup. De minorib.* Nam ibi curator rem sibi, & minori communem vendidit ex decreto, & restituto minore non tantùm receditur à Venditione quoad partem minoris, sed, si velit emptor, à toto contractu. Cujus rationem aliqui malè in eò ponunt, quod emptor si protestatus se nolle nisi totam rem habere emptam, secundùm *d. l. 13. in fine princ.* cum tamen ejus rei nulla ibi mentio fiat: sed dicendum, emptorem emisisse talem rem ex decreto Prætoris, quo decipi non debuit emptor per restitutionem minoris, cùm empturus non fuisset partem.

74 Quid si à consanguineo aliena res vendita fuerit, an dandus locus Retractui quoad ejus proximos? Aliqui indistinctè dant, quasi sufficiat rem venditam esse à consanguineo, cujus proximum non rectè emptor sit repulsurus ex eo capite, quod aliena: quasi ad eum non spectet, res sit vendita jure, an injuria, sed an vendita à consanguineo. Tiraq. *d. p. 1. Gloss. numero 18.* Rectiùs tamen distinxeris, an res vendita sit possessa per Venditorem, ut sua, an ut aliena detenta. Hoc casu omnino cessabit Retractus, quia non potest esse res familiæ, quæ aliena, & ad quam venditori nihil juris. Ut nihil etiam juris sit consanguineis, cùm non quæratur, quis vendat, sed quæ res vendatur. Unde tutore vendente rem pupilli, aut procuratore rem domini, eorum consanguineis non erit jus hoc apertum: uti nec marito vendente res uxoris, proxi-

 mis

mis ejus quid juris petet: quia tantum sunt affines, quibus ut non est succedendi jus, ita nec retrahendi Tiraq. *d. loc. nu. 16.* Illo casu consanguineus Vendentis rejici nequit, *l. 5. §. si pupillus inf. de reb. eorum &c.* quod quasi videatur res esse Venditoris propter Publicianam, *l. 1. sup. de Publ. in rem act.*

75 Hinc marito non licet rem, ad cujus retractum jus Uxori est, eam sibi suoque nomine retrahere: sed uxori ejusque nomine retrahet, vel saltem ut maritus, etiam sine mandato, & consensu uxoris, imò & illa invitâ: cujus contradictio est injusta, cùm conditio ejus fiat melior. Quod & videtur procedere in marito putativo, qui pro vero habitus errore communi, *arg. l. 3. sup. de offic. Prator.* Molin. *ad consuet. Paris. §. 13. Gloss. 1. nu. 47.* Idem sponso non est dandum sine mandato; quod nec dum illi sit jus circa bona sponsæ: nisi sit sponsa de præsenti. Tutor quoque & pater legitimus administrator, non proprio, sed tutorio nomine admittuntur ad retractum, *arg. l. 1. sup. de officio procur. Cas. & l. 1. §. fin. de nov. operis nuntiat.*

76 Tertiò requiritur, res sit immobilis: in ea enim regulariter habet locum consuetudo retractus: non etiam in mobili, cujus vilis & abjecta est possessio, nec in eam cadit affectus consideratio. Talis est domus, fundus, & res æquivalentes: ut etiam in servitutibus realibus videatur obtinere Retractus. Tiraq. *d. §. 1. Gloss. 5.* concurrentibus tamen requisitis ad servitutem: scilicet, ut ea retrahenti possit esse utilis; nam aliàs frustra retraheret rem, cujus usum non haberet.

77 In personalibus, ut usufructu, usu, aliud juris est: nam etsi pars fundi dicantur, *l. 4. sup. de usufr.* atque ideo inter immobilia poni posse videantur: non aliàs tamen hoc procedit, quàm si fundo cohæreant, ut in usufructu, quem caussalem vocant, qui separatus à fundo non amplius est ejus pars: ut mobilibus potiùs, quàm immobilibus sit annumerandus, cesset que caussa Retractus: præcipuè cum ipsa proprietas maneat penes Vendentem usumfructum, qui ad proprietatem variis casibus revertitur. Covarr. 2. *Var. Res. c. 11. n. 4.* Et hoc ita in domino rei vendente usumfructum: nam si proprietatem vendiderit, Retractui erit locus, quod res imobilis alienetur.

78 Quid si in fructuarium contingat alienari proprietatem, An & Usumfructum simul retrahet proximus? minimè, cùm non sit permissum plus retrahere, quàm est alienatum: tantùm autem alienata proprietas, ut & illa tantum veniat retrahenda, manente fructuario jure suo salvo, *l. si ei 9. sup. Communia prædior.* ne fiat ei injuria per emptionem proprietatis, Covarr. *d. loco n. 7.* Gomez. *d. loco num. 43.*

79 Quid si verò ipse fructuarius vendiderit usumfructum, an ejus consanguineus retrahet? Non videtur; non ex ratione, quam aliqui ponunt, quod hoc ipso, quo venditur ususfructus extraneo, consolidetur cum proprietate: sed quod nulla ponatur formalis rei immobilis alienatio, cum non tam ipsum jus, quàm commoditas tantùm vendatur, vel cedatur, in qua non est retractus. Covarr. *d. l. num. 4.* Fructuum Venditio neutiquam dici potest facere locum retractui: cum non censeantur vendi ut immobiles, sed mobiles, postquam à solo sunt separati. Tiraq. *d. p. 1. §. 1. Glos. 7. n. 44.*

80 Quid juris in Venditione Annui reditus, quem quis habet super fundo alterius? Aliqui admittunt retractum, quod talis reditus, super re immobili constitutus, censeatur inter res immobiles, *Clement. Exivi §. cumq; annui de verb. signif.* Contra tamen dicendum, cùm retractus tantùm sit admissus in rerum immobilium alienatione, annui autem reditus, & similia jura non nisi impropriè, & largè immobilibus adnumerentur, & constituant potiùs tertiam speciem, distinctam à mobilibus, & immobilibus, *l. A divo Pio 15. §. 2. inf. de re judicata*, Pinell. *Ad Rub. p. 1. num. 24. Cod. de bonis Mater* Gutierrez. *lib. 2. quæst. Canon. q. 146.* ut retractui non subsit materia. Idem dicendum, si annuo censu fundum meum oneravetim: nec enim potest videri res alienata, cùm proprietas ejus penes me remaneat, Contra Frider. Martini *de jure censuum cap. ult. num. 166.*

81 An decimarum Venditio admittat Retractum? Videtur dicendum, ante Concilium Lateranense concessas in feudum Laicis decimas, & per possessorem venditas, posse retrahi à proximo, quod contineant onus reale, & Laicis jure in feudum sint concessæ, justaq; earum abalienatio: ut proximus videatur præferendus etiam ipsi Ecclesiæ, quæ non est de familia. Aliud posset videri de decimis post Conc. Lateranense in feudum datis, ut Ecclesia concurrens sit dicenda potior; quòd tales nullo jure in feudum sint datæ, & venditæ Ecclesiæ videantur rediisse ad primævam suam naturam, & ita judicatum tradit Papon. *lib. 11. tit. 7. arresto 14.* Adde Rebuff. *de decimis quæst. 10. num. 28.* & Gutierrez. *d. loco quæst. 158. num. 3.*

In

82 In hæreditate vendita negat retractum obtinere Masuer. *tit. de retractu §. item si hæres*, hoc argumento; quia contineat mobilia, credita, immobilia; mobilia autem non sint obnoxia retractui, uti nec redita. Ut nec immobilia velit esse obnoxia retractui, quod hæreditas sectionem non patiatur, *l. 1. inf. de acq. hæred.* & hæreditate venditâ, non censeantur venditæ res singulares, *l. 1. de evict.* Verùm, cum supra probaverim 9, pluribus rebus venditis, quarum aliquæ retractum admittunt; aliquæ renuunt, proximum non impediri retrahere patrimoniales, quę retractum admittunt, ne ei per Venditorem fiat injuria: ita & hic non impediendus proximus, si quæ sint patrimonialia contenta sub hæreditate, retrahere, ex eadem ratione, ne alias ei fiat injuria. Non obstantibus locis contrariis: quia ad rem parum faciunt: & deinde admisso, quod hæreditas non sit dividenda, dicendum potius foret, retractum non impediri etiam mobilium, sub eadem hæreditate contentorum, atque ita totam hæreditatem esse retrahendam, quod immobilia tamquam digniora, *l. sciendum in princ. sup. Qui satisdat. cognit.* mobilia, quorum vilis est possessio. *l. si rem 47. ubi Glos. inf. de acquir. possessor.* ad se trahant, eodemque jure censeri faciant, *l. Eum qui 23. inf. de usucap.* Hoc enim generale, ut minùs dignum, à magis digno trahatur. *c. Quod in dubiis in de consecrat. Eccles.* Tiraquell. *d. p. 1. §. Gloss. 7. n. 28.* Argentræus *ad consuetud. Britan. artic. 266. cap. 2. num. 12.*

83 Molendinum retractui obnoxium esse rectè dixeris, quod inter stabilia, & im̄obilia computetur, nisi adhæreat rei mobili. Sicut tegulæ, quamdiu domui sunt applicatę, *l. Eum qui 23. inf. de usucap.* Tiraq. *d. loco num. 92.* D. Peckius *de testam. conjug. lib. 5. cap. ult. num. 2.* Navem mobilibus rectè annumeraveris, cum licet certo casu æquiparetur domui, ut in *l. plerique sup. de in jus vocan.* communiter tamen inter mobiles computetur, *l. Vi facit 20. §. quod in nave 20. inf. Quod vi aut clam, l. 1. §. illud, & §. si quis in nave, de vi, & vi armata*, Tiraq. *d. loco num. 92.* Quod & dicendum de domo exemptili, id est, de ea, quæ solo non est affixa, ut solo non cedat; sed inter mobilia ponatur, secundùm Accurs. *in §. cum in suo Instit. de rer. divis. V. inædificatur*, & Tiraq. *d. loco. n. 118.* Idem obtinet in pecunia, licet destinata in emptionem rei immobilis: neque enim ideo dicenda immobilis hac in materia, cùm cesset in ea affectio, & finis retractus, Tiraquel. *d. loco n. 106. & seqq.* Peckius *d. cap. ult. n. 4.*

84 Dubitatur de Insulis Ambulantibus, sive natantibus, quales videre est prope oppidum S. Audomari, & alibi alias esse memorant historiæ, ut tradit Tiraquel. *d. p. 1. §. 1. Gloss. 7. num. 121.* Dicendum retractui & eas obnoxias esse, quod potius immobilibus an̄umerentur, si effectum spectemus; ut & hic locum habeat ratio inducti retractûs.

85 Quartò requiritur ad effectum retractûs, ut sit alienata per contractum, quo pretium intervenit, aut illi quid simile. Ut om nino retractui locus sit in emptione venditione, eaque valida: ista enim sola venit appellatione venditionis: nō etiam quæ nulla, quocumque modo nulla sit, sive ex defectu solemnitatis, sive propter incapacitatem personæ, sive propter dolum dantem caussam contractui, sive aliud vitium. Nam lex, vel statutum loquens de contractu, sententia, vel actu, intelligitur de valido, non etiam de nullo, *l. Non putavit 8. § non quævis inf. de bon. poss. contra tab. l. 4. §. 6 inf. de re judic.* Et hoc quoad effectum; nam posset intentari retractus contra emptorem, qui objiciens retrahenti nullitatem, non erit audiendus, cum illius non intersit, pretio recepto, penes quem res sit, & excipiens possit repelli per replicationem, quod sua non intersit. *l. Ille à quo inf. Ad S.C. Trebell.*

86 Non erit etiam retractui locus, si Venditio fuerit simulata; quod per eam non abdicetur rei dominium, *l. Nuda C. De contrah. empt.* Nec obstat, quod objiciens simulatam Venditionem videatur suam allegare turpitudinem, contra *l. cum proficentis Cod. de revoc. donat* cùm non fundet se venditor in sua turpitudine: sed in eo, quod non consenserit, Castrens. *ad l. contra legem in fine sup. de legib.* Deinde excipiendo, & replicando potest quis allegare suam turpitudinem, secundùm Paulum Cast. *in l. 2. num. 11. D. De condict. ob turp. caussam.* non statur autem hoc in casu dicto solius Venditoris: sed id probandum est, & idoneè, contractum simulatè initum fuisse.

87 Habet & locum in re data pro annuo censu, qui est loco pecuniæ, & in re data in dotem, velaliàs æstimata, quod æstimatio venditionem inducat, *l. 3. Cod. locati*, Covarr. *Pract. quæst. c. 28. num. 1.* Idem dicendum de datione in solutum: quia hæc vicem subit emptionis. *l. Prædium C. De evict.* quoties scilicet datur species pro quantitate, *l. Senatus 43. in princ. inf. De leg. 2.* Quod & dicendum, si detur pro alia specie æstimata: quia, ut dictum, æstimatio ponit emptionem, sive

sive datio sit voluntaria, sive etiam necessaria, ex Judicis auctoritate; quia res ista non mutat naturam contractus. Quâ ratione ex caussâ missionis in possessionem ex secundo decreto, ex quo dominium usucapiendo acquiri potest, *l. 5. in princ. inf. De damno infecto*, erit locus retractui. Uti & si jus dominii quis à Principe impetraverit secundum *l. 2. Cod. De jure dom. impetr.* aut à Judice res alicui addicta fuerit, *l. Qui auctore 157. infra De reg. Iur.* quia taliter res videtur alienari; quasi ex caussâ Venditionis. Unde patet, quid dicendum, si res vendatur sub hasta, ex decreto Judicis, quòd scilicet nihilominus salvum maneat hoc jus; quia secundùm dicta, necessitas non mutat retractus naturam; cùm verè pretii numeratio etiam hoc casu interveniat, licet contradicat Coras. 3. *Miscelan. cap. 1. n. 2.*

88 Dubitatur, An in Transactione habeat locum retractus? Posset hoc videri, quòd transactio contineat speciem quandam alienationis *l. 1. inf pro emptore*, ubi possessor, qui litis æstimationem obtulit, pro emptore incipit possidere. Aliqui distingunt, an res penes possessorem manserit, an ad alium transierit; ut hoc casu sit retractui locus; dato tamen pretio per eum, ad quem res transivit, quasi manum mutasset non etiam isto; quia cum penes possessorem res maneat, non potest videri mutasse manum. Alii admittunt retractum, non quoad rem amissam, sed quoad actionem. Tiraq. *p. 1. Gl. 14. num. 60.* Quæ sententia lites faceret æternas, & litem ex lite oriri. Ut penitius re inspectâ tutius sit retractum cessare, re scilicet translatâ in litigantem; eo, quod non possit dici novus titulus tribui illi, qui ex transactione rem obtinuit; sed ex eo titulo habere videatur, quem in lite deduxerat, & cujus vigore confessionem juris sui ab adversario per transactionem expressit, nixus eo jure, quòd sibi competere asserebat. Ideoque est, quod ex caussâ transactionis non debeantur laudimia, nec ceteræ consequentiæ contractuum dominii translativorum; quòd per eam lis, & ambiguitas dirimatur, super re, quæ incertum, an sit petitoris, an possessoris, & res non videatur alienari; ut proximus conqueri nequeat, rem aliquam majorum alienari, Chassan. *ad consuet. Burg. rub.* 10. §. 9. *vers. quid in transactione.* Quò facit, quod dictum supra, *tit. de transact.* tutores, & Prælatos, jus incertum remittentes, non videre alienare. Et hoc ita in verâ transactione, ob dubiam litem; non etiam in ea, quæ simulata tantùm, quæ cùm ponat voluntariam alienationem, efficiet & retractum habere locum, ut rectè tradit Coras. *d. l. n. 4.*

89 In divisione Retractum admittit Chassan. *d. §. 9. versic. Item quæritur num. 19.* Et facit, quòd divisio vim Emptionis habeat, *l. 1. C. Com. utriusq. jud.* Verùm ut divisio pro parte faciat transire dominium, & ex communi faciat proprium, *l. Rectè 25. in fine inf. de V. S.* non mutat tamen conditionem rerum; ut quod juris alicui fuerit ad rem totam pro indiviso, idem habeat in parte ex divisione sibi contingente, secluso Retractu, quia res non mutat manum, ut bene sensit Chassan, *d. §. 9. vers. Item qui per divisionem*, & Jas. *ad l. fin num. 114. Cod. De jure emphyt.* ex ratione, quod res non vendatur, aut tradatur extraneo; sed ei cujus est, cedat pars, quam propriam habeat. Nisi tamen tota res adjudicetur uni, & vel remotiori vel extraneo; nam pro ista parte proximo jus Retractus esset apertum, ut rectè advertit ibidem Jason, quòd eatenus mutet dominium. Vide Tiraq. *p. 1. §. 1. Gl. 14. num. 76.* & Guido Papæ *decis. 411.* In Permutatione, licet Emptioni sit vicina, non est locus Retractui; quòd diversa illi ab emptione sit natura, non interveniente Pretio, quod restituendum, & intersit permutantis potius rem habere, quàm pretium. Et hoc ita in vera, mera & non simulata permutatione.

90 Quid si partim res intervenerit, partim pretiū? Inspicienda mens contrahentium, ut, quid agere voluerint, conjiciatur. Si de illa conjici non possit, videndum, quid prævaleat, pretium, an res; ut illo casu sit judicanda Emptio, hoc verò permutatio. Tiraq. multis *d. Gl. 14. num. 24.* Boër. *decis. 144.* Covarr. 2. *Var. Resol. c. 4. n. 9.*

91 In Donatione etiam cessat retractus, ex eadem ratione; quia non intervenerit pretium quod restituendum à Retrahente. Quod si tamen partim donata, partim vendita cessante fraude, non videtur locus fore Retractui, nisi in parte vendita; eatenus enim cessat jam dicta ratio. Fraus præsumi posset, quando non subest aliqua justa caussa sic contrahendi Bald. *in l. 2. n. 1. C. de repud. hered.* Panorm. *in c. fin. n. 7. 2 de alienat. jud. mut. an. caus. facta*: & detegetur, si pars dimidia tanti valuerit, quanti res tota valet, eritque proximo integrum, rem totam retrahere, cujus totius pretium est solutum.

Remissio pretii causa donationis ex intervallo non impediet retrahi; cùm sufficiat res semel sit vendita, & donatio pretii nihil habeat ad donationem rei. Pretium tamen donatum rectè subducet Emptor, vel petet conventum suppleri, ne aliàs

aliàs remissio pretii prosit alii, quàm cui voluerit remittens. Quod & dicendum, si remissio pretii fiat in continenti, non animo donandi ipsam rem; quia manet Venditio, atque ita salvum est jus Retractus proximo. Si verò fiat animo donandi rem, ut cum dicit Venditor, se non exacturum pretium, cessat retractus, quia non potest videri Venditio inita, *l. cum in venditione 29. sup. tit. 1.* quæ in sui substantia deficit, *l. 3. Cod De contrah. empt.* & trãsit in donationem, *l. Empti. 29. Cod d. tit.* Tiraq. *d. Glossa 4. n. 23.*

92 Minori pretio res vendita non potest dici partim vendita, partim donata; sed tota dicenda vendita, & refuso eodem pretio retrahetur per proximum. Quod non rectè aliqui limitant, nisi res minoris justo pretio sit vendita; cum ea res nihil ad Retractum faciat, neque mutet contractum, & intentionem contrahentium, quæ semper attendenda; quamvis ignoranter ita vendita faciat locum *l. 2. C. De resc. vend.*

93 Disputatur, An locus sit retractui in Locatione? Ubi non est quæstio de locatione temporali, quæ non excedit decem annos, quæ non potest dici continere alienationem: sed tantùm de ea, quæ facta est ad longum tempus, vel excedit decennium; quam volunt aliqui pro Venditione habendam esse potius, quàm pro simplici locatione, vel saltem Venditioni æqui pollere, ut retractui locum dent. Verùm obstat ratio inductiva Retractus, quæ est ut res potiùs in familia maneat, quàm ad exteros transeat. Non facit autem ista locatio, ut in familia nõ maneat res, cùm in conductorem nihil juris realis transferat, manente jure dominii penes locatorem, *l. Non solet inf Locati.* Covar. *3. Var. Resol. cap. 11. n. 3.* Tiraq. *d. Gloss. 14 n 84.*

94 Dubium majus est de locatione perpetua & Emphyteusi, per quas videtur res extra fam[iliam] transferri? Receptum tamen communiter, sentent[iam] in istis Retractui locum non esse; ex ratione, quod directum dominium maneat penes locantē, & tantum in emphyteusim: non sit autem alias locus Retractui, quàm si res plenè alienetur, & quoad dominium directum, & quoad utile. Quam sententiam tenet loco citato Tiraquel. & recepti[ssim]am ait. Covarr. *d. loco.* Quo tamen non obstante in puncto juris, secundùm finem Retractus, contraria sententia verior videtur. Nam ut directum dominium maneat penes concedentem, utile tamen alienari, & ex familia abire atque ad extraneum deferri, nemo negare potest. Quò facit, quod hujusmodi actus habeantur inter alienationes prohibitas, *l. fin. Cod. De reb. alien. non alienan.* Ut proximo sit via aperta retrahendi, cum eodem tamen onere; quod præstet etiam utile dominium manere penes aliquem de familia, quàm transferri ad extraneum, ut rectè tenet Covarr. *d. l. n. 4.*

95 Quid dicendum de re pignorata, vel hypothecæ subjecta? Ex dictis patet, non esse in ea locum Retractui; quod non subsit species Venditionis, & res maneat in dominio debitoris, nec possit dici manum mutasse, *l. Generaliter 29. inf. Qui, & à quib. manumiss.* Quò facit, quòd rem legatam pignori dans, non censeatur eam alienasse, aut legatum revocasse, *l. 3. Cod De legat.* Atque ita tenet Gomez. *ad l 70. Tauri num. 23.*

96 † qui tamen minùs rectè istam sententiam limitat, si pro modico pretio res sit obligata: secus sentiens, si pro immodico, & tanto, quod rei æquivaleat, aut eam superet, ut nulla super sit luendi spes; cùm nihilominus maneat in dominio debitoris, qui adhuc pleno jure est dominus, eamque alteri vendere potest, *l Si debitor Cod De distract. pignor.* Ut familiam ne quidem eo casu possit dici mutasse, & ex consequenti Retractui non sit locus, sed semper debitor eam luere possit, quod censetur facturus, nec rem, quę majorum fuit, deserturus, per *l, Si in emptionem 35. sup. De minorib.*

97 Quartò requiritur, pretium offeratur à consanguineo retrahere volente; nam qui vult aliquem compellere ad contractus observationem, oportet ipse non sit in defectu. Ubi aliquibus locis sufficit deponi aurum, & argentum probæ monetæ, legitimi ponderis, & cujus usus est, qua de re videatur Tiraq. *d. §. 1. Glossa 12.* Alibi totum pretium offerendum, quod datum, *tit. 3. Per quos fiat invest. § sed etiam lib. 2. Feud.* Non obstante, quod majus oblatum fuerit ab aliquo tertio: Cùm ex prima Venditione sit quæsitum jus proximo, rem retrahendi pro eodem pretio, sive id sit minus justo pretio, sive majus; quia Emptor servandus indemnis, & non gravandus duplici onere, scilicet, & cogi rem vendere, & pretium datum non recipere. Si tamen fraus doceatur, imputabit sibi Emptor, quod non nisi justum, & verum pretium refundatur, cùm non alii fraus nocere debeat, quam qui eam admisit, Laudens. *dicto § porro num. 2.* Totum autem pretium offerendum; quia ut pro parte solutio non liberat, ita nec parit Retractum, ut indemnis

demnis abeat à contractu Emptor, *arg. l. Debet infra De adil. edicto.* Cautionem etiam offerre non sufficit invito: quia ea non ponit solutionem, & interest Emptoris, pretium à se numeratum potiùs recipere, quàm cautionem super eo habere.

98 * Si tamen Emptor pretium non solverit, quia ei sit habita fides de pretio, datâ dilatione, poterit ejusmodi conventio & Rettahenti, sine injuria Emptoris: qui non rectè ante terminum sibi solvi petit, quod ipse tantù in termino debet: in cujus locum Rettahens succedit, eodem jure usurus. Datâ tamen emptori idoneâ cautione à Retrahente de solvenda pecunia in termino convento, *l. Omne as 27. & 28. sup. Pro socio.* Ubi nihil faciet, quòd fortè prior Emptor ante terminum solvent pretium: Cum nihilo magis possit cogere Rettahentem ad solvendum ante terminum; quia non potest suo facto alteri dilationem competentem auferre. Et hoc ita quando in ipso contractu est data dilatio, vel etiam seorsim per modum renovationis; tunc enim sicut prodest Emptori, ita & retrahēti in quem omne commodum, & incommodum Emptoris dimanat, si verò data sit dilatio Emptori per modum liberalitatis, aut alia de caussa seorsim, quæ non concernit Venditionem, tunc retrahenti hujusmodi dilatio non proderit.

99 Dubium hic movetur, An in eadem qualitate pretium, quod datum, sit reddendum? Non videtur; quia non tam habetur ratio ad qualitatem ac formam pecuniæ, quàm ad quantitatem, secundùm dicta supra, *ad tit. De reb. cred.* Accedit, quod consuetudo non obliget nisi ad refundendum, vel tantum rem, quod Emptor verè, & realiter solvit, non habito respectu ad qualitatem. Aliàs facilè fraus fieret Retrahenti, cui difficile foret, rem, nō inventâ ejusdē formæ pecuniâ, propter ejus raritatem recuperare, & quem istâ viâ contingeret excludi à jure suo; quod absurdum foret, & contra æquitatem. Nisi tamen Emptor citra fraudem habeat probabile interesse: refusionem sibi fieri in eadem moneta, juxta *l. Creditorum 99. inf. De solutionib.*

100 Aliud est dubium, Quantum pretium sit refundendum in casu, quo res pertim vendita, partim donata? Cùm dixerimus supra, non esse locum retractui, nisi quoad partem venditam, cessante fraude: etiam refundendum pretium illi parti respondens. Si pretium remissum fuerit, distinguendum est, an in continenti, an ex intervallo. Hoc casu manet Venditio, quacumque ex caussa facta sit remissio, quòd non immutet contractus substantiam, nec rem concernat, *l. 5. inf. Locati.* Ut pretium integrum sit refundendum, sive integrum sit remissum, sive pars tantùm. Illo casu rursus distinguendum, an purè donationis caussa fiat remissio, an ex alia. Illo casu non est Venditio, sed donatio: si tamen constet donatorem non habuisse, tam vendendi, quam donandi animum, ut quando rem vult donatam secundùm ante dicta. Hoc casu cùm maneat Venditio, solvendum pretium conventum. Nihil faciente remissione, quæ non impedit contractum initum esse. Nisi remissio fiat ex eo, quod res pluris, quàm valeat, sit vendita: nam talis remissio proderit etiam retrahenti; quia concernit Venditionem, non etiam donationem, in gratiam Emptoris factam.

101 Quid si è contra auctum sit pretium prius per Emptorem, quod videbatur minus justum? Videtur & ad augmentum teneri Rettahens, per *l. Debet 27 inf De adil. edicto.* Ubi non tantū venit redhibenti reddendum pretium: sed & quod accessionis nomine venit, ex ratione, quod augmētum istud sive additamentum eodem jure regatur, quo prius pretium, cui additum, Bald. in *l. Etiam Cod. De jure dotium.* Et hoc, si non subsit collusio, quæ faceret ab augmenti præstatione liberum esse Retrahentem, quod fraus sua nemini debeat prodesse. Collusio autem non præsumitur, si in cōtinenti auctum sit pretium; quia quod fit in continenti inest contractui; aut si augmentum datum sit propter læsionem ultra dimidium justi pretii, propter quam Venditor erat rescissurus contractum: nam si nihil tale subsit, et intervallo factum augmentum præsumetur fraudulentum. Tiraq. *d. §. 1 Gl 28. n 50. & seq.*

102 Pretium itaque refundendum, quod datum, etiamsi vilissimum fuerit: quo casu tenebitur Retrahens. *l. 2. Cod. de rescind. vendit* eo modo, quo tenebatur Emptor. in cujus locum successit; uti & refundendum, si excedens, citra fraudem

103 Quo casu quæritur, An Rettahenti sit remedium *d l 2.* si pretium excedat dimidium justi pretii? Posset videri, non competere, siquidem alius tantùm obtulerit, & res tanti valeat, quanti vendi potest. Deinde res illa tenderet in præjudicium Venditoris, qui quod ab alio consecuturus fuisset, jam consequi nequit à Retrahente. Quod verum est, si primus Emptor, sciens valorem rei, nihilominus tanti erat empturus verè, & sine fraude: isto enim id casu

foret

foret damnum Venditori, si Retrahens uti posset remedio *d. l.* 2. Et facit, quod eo jure retrahens utatur, quo Emptor usurus erat: hic autem non erat usurus, propter scientiam valoris. Si verò Emptor, propter ignorantiam valoris rei, salvum habeat remedium *d. l.* 2. erit & Retrahenti, cùm ut onere, ita & commodo Emptoris utatur, citra damnum Venditoris, qui eamdem rescissionem erat passurus ab Emptore.

104 Non est autem hoc casu pretium precise solvendum, cùm liceat compensare Retrahenti, si quid sibi vicissim ab emptore debeatur: quia compensare est solvere. Quod & obtinebit quoad Venditorem, in casu, quo Emptor ob datam dilationem non solvit: nam si solutum fuerit, cessat compensatio, quæ nõ est debiti alieni, & cederet ea res in detrimentum Emptoris, quòd non admittendum Tiraq §. 3. *Gl.* 3. *n* 13. Sebast. Medices *De compensationibus, part* 2. *quæst.* 7.

105 Cum pretio reddendum id omne, quod pretii caussa additum; *l. Fundi* 79 *sup. tit.* 1. & quod aliunde accessit, uti usuræ, & quod Emptionis nomine erogatum, propter necessitatem contractus: cujus ordinis sunt laudimia patronis, vel dominis locorum præstanda *l. Non debet* 27 *inf. De adil. edicto*, gabellæ, ut vocant, & similia onera, solvenda ex eo, quod res manum mutet. Impensæ item legitimæ in rem factæ, secundũ distinctionem traditam supra *tit. De rei vendicat.* Servandus enim Emptor omnino indemnis, ut qui nullo jure prohibente emit à domino, nec debet cogi rem alteri cedere cum suo damno. Unde etiam præstandum quod nomine instrumenti Emptionis conficiendi erogatum, *d. l.* 27. quod cedere debet Retrahenti, quo se munit contra venditorem, & si quid propter rem condemnationis subiit, *l. Item si servus* 30. *inf. De adil. edicto.* Id quod pluris fortè vendiderit tertio Emptori, ei non refundendum quia lucrum concernit, non damnũ, *l. Postliminium.* §. *pen. inf. De capt. & postlim. reversis.*

106 Offerendum itaque pretium, quod datum, Emptori per retrahentem: qui si acceptare recuset, etsi per hoc in mora ponatur, non tamen poterit Retrahens ad rem agere cum effectu, nisi obsignatum deposuerit, juxta *l.* 2. *Cod. De pactis inter empt. & vend.* quia tum solvisse videtur, & ex parte sua contractum implevisse, & proinde ipsum Emptorem cogere posse ad rem tradendam.

107 Quo casu posset dubitari, An liceat Retrahenti pœnitere, & recedere ab intento? Quod non videtur, cum Emptori jus sit quæsitum ad pretium, quod invito non denegandum, *arg. l. Labeo* 50. *sup. tit.* 1. in quam rem multa cumulat Boërius, *decis.* 48. ipse tamen contrarium tenens ex eo, quòd sententia pro Retrahente lata, tantum confirmet ejus voluntatem de retrahendo, & faciat eum velle sibi tradi rem: quod cùm concernat ejus favorem, potest illi renuntiare, *l. pen. C. De pact.* solutis tamen expensis, quas ipse Retrahens caussavit, ne suo facto sit alii damnosus.

108 Oblatio ista pretii facienda Emptori, ejusve hæredi, etiam infanti, & furioso, ut volunt, *arg. l. Operis inf. De novi operis nuntiat*, maximè si tutor, vel curator non appareat. *l. Si dictum* §. *fin. inf. De evict.* quia ejus auctoritas nihil facit, cùm sit in rem. Tiraq. *d.* §. 1. *Glossa* 13. *num.* 14. Potest & fieri Procuratori, habenti speciale mandatum, vel generale cum libera, *l. Procurator* 58. *sup. De procur.* Conjunctæ personæ hæc oblatio non rectè fit: quia requirit speciale mandatum, sine quo nihil hac in re attentat conjunctus, cùm agatur de solutione acceptanda. Plures si sint Emptores, omnibus oblatio facienda, quando res sunt dividuæ, quod videantur diversi contractus, & Retractus: nisi unus totã rem possideret, *l.* 4. §. 1. *sup. De exercit. act.* Si verò individuè, sufficit uni fiat oblatio, *l. Pupillo* §. *si plurium inf. De novi oper. nunt.*

109 * Per se an per alium oblatio fiat, non refert: ex mandato tamen ne facilè contingat ab Emptore avocari rem ejus damno. In conjuncta tamen persona posse videri non requiri mandatum, *l. Exigenda Cod. De procurat.* quamvis alii velint hic requiri speciale mandatum; quo casu generale non sufficit, Chassan. ad *Consuet. Burg Rub.* 10 §. 2. *vers. sed an proximus.* Major sit, an minor, etiam pupillus, qui pretium offert, non refert, cùm & pupillus, tutore non auctore, conditionem suam meliorem faciat.

110 Quintò, offerendum pretium intra tempus certum: quod jure Feudorum est annus, saltem ad revocandum feudum ab agnato alienatum, §. *Titius filios lib.* 2 *Feud tit.* 26. Alibi est annus, & dies, alibi post trinam publicationem sunt dies quatuordecim, alibi aliquot menses aut dies, novem, vel plures, ut in Hispaniâ. Sereniss. Principes nostri in Edicto perpetuo *anni* 1611 *art.* 37. statuerunt annum.

111 * Ubi primò quæritur, quando hoc tempus currere incipiat? Variant hac in re sententiæ. Nam quidam ab ipsa Emptione perfecta currere asserunt: & fundant se primò in consuetudine, quæ loquitur de Venditione, nullâ factâ men-

tione alienationis, sive traditionis, quæ non desideratur ad perfectionem Venditionis. Secundò, quòd hoc ipso, quo res absolutè est vendita, cogi possit Venditor eam tradere, ut videatur esse pro tradita. Covarr. 3. *Var. Resolut. cap.* 11. Probabiliùs tamen, non currere tempus ante traditionem, quod venditio, & similis actus de perfecto sit accipiendus. *l.* 1. § 2. *sup. Quod quisque juris &c.* perfecta autem omnino Venditio non dicatur ante traditionem, per quam consummatur, §. *Venditæ. Instit. de rer. divis.* Cui respondet ratio consuetudinis, Retractum permittentis, in eo fundata, ut res in genere ac familia permaneat, ad extraneos non transeat: non potest autem videri ad extraneos transivisse, quæ necdum tradita; cùm sit adhuc in dominio Vendentis, *l. Alienatum* 67 *inf. De V. S.* Ut non obstet primum argumentum; Cùm consuetudo loquens de venditione accipiẽda sit de consummata per traditionem, secundùm rationem, in qua fundatur. Non etiam obstat secundùm: nam etsi Venditor cogi possit tradere; non tamen contra agere, ut non tradat: & deinde antequam tradiderit, res adhuc est in dominio Vendentis. Ita rectè Gomez. *ad d. L.* 70. *Taurinum* 16. secutus Joan. Fabrum in § 1 *Instit. De empt. Vendit.* Et hanc sententiam Serenissimi nostri Principes dicto art. 37. confirmarunt. Vide Chassan. *ad consuet. Burg. Rubr.* 10. §. 5. *numero.* 1.

111 Quæritur iterum; quando tempus currere incipiat in Venditione Conditionali? Sunt & hac in re dissidentes sententiæ: nam aliqui volunt non esse expectandum conditionis eventum; quod & ante eum aliquid deberi dicatur, *l.* 2. §. *id quoque inf. De collat.* & eveniente conditione quasi contracta Emptio in præteritum habeatur, *l.* 8. *in princ. inf. De peric. & com. rei vend.* inspecto non tam conditionis impletæ; quàm contractus tempore, propter retrotractionem, *l. Si filius fam.* 78. *inf De V. O.* Veriùs tamen, ante conditionis eventum non esse locum Retractui, quod ante non possit dici contractus perfectus, sed conditionis demum eventu perficiatur, *l.* 7. *sup. tit.* 1. *l. Tali* 48 *inf. De jure dot. & l. Bovem* 43. §. *pen. De adil. edicto*; ut tum demum & tempus currere incipiat, *l.* 1. § *annus sup. Quando de peculio actio annal.* nihil obstantibus in contrarium allatis, secundùm quæ conditionis eventus facit quidem retrotrahi contractum ad tempus, quo initus, quòad commoda, & incommoda; non etiam nunc haberi pro perfecto, quòad hujus Retractus cursum, qui non ante currit, quàm res alienata. Ita Covarr, *d. l. num.* 1. Gomez *num.* 21. Deinde conditionis eventus facit quidem videri contractum, non tamen verè tum perfectum fuisse. Verùm rem aliqui limitant; nisi ante conditionis eventum res tradita fuerit, quasi per traditionem etiam eo casu transeat dominium: minùs rectè, secundùm terminos juris, qui ante conditionis eventum traditioni nullam vim addunt, quod fiat sub eadem conditione, quâ contractus, ut rectè *d. loco* tradit Covarr. † Unde patet, quid dicendum, si res tradita fuerit ante solutum pretium, non habita de eo fide, quod scilicet Retractui locus non sit: conditio enim, quæ subest, *Si pretium numeratum fuerit*, facit non transire dominium, *d.* §. *venditæ Institut. De rer. divis.* ut proinde nec currat dies, necdum mutatâ manu.

112

113 Operatur autem traditio istum effectum, non tantùm vera sed ficta; quamvis contrarium velit Gomez *d. loco num.* 17. Et ratio est, quòd non minùs ficta, quàm vera operetur translationem dominii, *l.* 3. § *pen C. Communia de legat. & fideicom.* Ubi legatario ante naturalem rei legatæ traditionem ejus est vindicatio: & *l. Quod meo* 18. *in princ. inf. De acq possess.* Ubi si rem meam nomine alieno possidere incepero, desino eam possidere, & alium possessorem facio. Facit, quod notat Bart. in *l. Si is qui pro emptore n.* 78. *inf. De usucap. & in l. Ab emptione* 58 *in fine sup. De pactis*, fictam traditionem operari veram possessionem, ut rectè dicatur, etiam per eam fieri locũ Retractui.

114 Patet ex dictis, quid dicendum sit in casu, quo contractus suspenditur, donec scriptura intervenerit; quod scilicet ante eam non currat tempus; quia talis Venditio censetur inita sub conditione, ante cujus eventum non potest dici perfectus cõtractus; adeò ut partibus sit integrum pœnitere, per textum expressum *Institut. De empt & vendit. in principio.*

115 Sed dubium est, An in venditione sub Lege Commissoria differatur cursus tẽmporis? Ratio dubitandi est, quod eveniente conditione, contractus hoc ipso resolvatur, secundùm ante dicta. Dicendum tamen, non differri, & continuò esse jus proximo retrahendi, quod continuò dominium transeat in Emptorem, cui & fructus rei cedunt: lex enim quæ subest, non tam est suspensiva contractus quàm resolutiva, non impediens translationem dominii. † Quod & dicendum de Addictione in diem purè facta, quæ similiter non impedit translationem dominii, ut continuò Retractui via sit aperta. Aliud est, si addictio sit facta sub conditione suspensiva, quæ differt obligatio-

116

gationem ; utroque tamen hoc casu Retractus impletà conditione, cum ipso contractu resolvitur. • Dicendum & idem de Venditione cum pacto Redimendi; ut scilicet continuò à traditione facta, currat tempus, cùm ejusmodi pactum non impediat veram dominii translationem; ut consanguineo continuò liceat retrahere rem, quæ manu mutavit, & non Retrahenti currat tempus. Late Tiraq. p. 2. §. 2 Gl. unica n. 5. & seq.

117

118 Hic etiam in quæstionem venit, An consanguineus teneatur admittere Venditorem offerentem redemptionem ex primo contractu? Negat Faber, *Instit. De empt. & vendit. in prine.* quod videatur proximo per traditionem jus quæsitum ad rem tradendam, quod jus illi invito non est auferendum. Contra tamen dicendum, eò quòd Retrahens consanguineus subeat vicē Emptoris, ut eodem jure utatur: & cum Emptor tenebatur retrò vendere Venditori, tenebitur & proximus, qui retraxit, ex regula surrogatorum. Gomez. *ad d. l. 70 Taurinum* 18. Atque ita servari more variorum locorum, eique standum, tradit Faber *d. loco*.

119 Quid si res fuerit controversa ratione, vel traditionis, vel facultatis vendendi? Non videtur currere tempus proximo ante litis eventum, quod antea non possit dici res verè manum mutasse, *l. Quamdiu 5. Cod. qui admit. ad bon. poss. ff. poss.* Et facit *l. Contra C. De inoff. testam.* Ubi, pendente quæstione super nullitate testamenti, non currit tempus querelæ. Bald. *ibi in fine.* Facit etiam *c. omissa 5. De elect. in 6.* Ubi tempus suscipiendi sacerdotii non currit, si super Ecclesia moveatur controversia? quod, ut ait Glossa, litis eventus sit dubius, & quia posset perdere Ecclesiam promotus. Sic & hic frustra retraheretur res, quæ posset postea judicari nulliter alienata. Faber *Instit. De excusat. tutor num. 3. & d. l. Contra.* Et ratio est, quod, cùm non constet de validitate Venditionis aut traditionis, non debeat currere tempus proximo.

120 Currit verò hoc tempus non tantùm Majoribus; sed & minoribus, *c. Constitutus* ✠ *De in integ. restitut.* Ubi minores petunt restitui contra lapsum temporis. Cujusmodi restitutio jure communi videntur iis competere, propter læsionem, ex eo, quòd res majorū ad extraneos translata sit, quas interest eorum in familia retineri. *l. Si in emptionem sup. De minoribus*, Boer. *decis.* 143 *num.* 3. Sed consuetudo non semper admittit restitutionem, excludens & minores ab hoc beneficio, quod Retractus sit odiosus, & fraudibus obnoxius; quod & statutum per Principes nostros Edicto anni, 1611. art. 5. ex dicta ratione. Excludit & absentes à spe restitutionis. Tiraq. *p. 1. §. 35 & Gl. 2 & 5.* quibus tamen de jure est restitutio, ex capite, *Si qua mihi justa caussa videbitur.* Ex eadem ratione excludit & ignorantes: & ita quoque edixerunt Serenissimi nostri Principes *d. art. 37* Habet enim lapsus temporis, ut diximus, vim restitutionis. Quod tamen limitandum primò; nisi ignorantia processerit ex dolo, & facto Venditoris, qui more improbo versatus in celanda Venditione, *l. 1. §. 3. in verbis sed etsi idegit inf. De actionibus empti.* Ad idem facit text in *l. Qui cum 9 § qui per fallaciam sup. De transact.* Ubi qui per fallaciam alterius ignorās veritatē transegit, non tam paciscitur, quàm decipitur; ut æquum sit, illi tempus non currere, ne Venditori dolus suus prosit. Limitandum secundò, si contrahentes verum pretium celaverint, & multò majus adseruerint, quò proximum averterent à retrahendo. Tertiò, si non sit facta insinuatio, ut consuetudo alibi requirit; quia non servatis solemnibus, non potest alicui tempus currere.

121 Est autem hoc tempus continuum, currens de momento in momentum, ut dies termini computetur in termino, quod est regulare in tempore & dilatione legali, *l. 3. §. minorem sup. De minorib.* Gomez. *d. loco num.* 25. Præcipuè, quando quid mandatur fieri intra certum tempus, uti passim hac in materia, Tiraq. *d. §. 1. Gl. 11. n* 28.

122 Lapsi itaque temporis consuetudine præscripti effectus est exclusio proximi à Retractu; nā certo tempore permissum postea est prohibitum *l. Statu liberum §. Stichum inf. De leg.* 1. Non tantùm proximi; sed & omnium sequentium, quod omnibus continuò à Venditione consummata jus competat, & currat tempus, *arg. l. 4. inf. De ædil. edicto*, Gomez. *d. L. 70. num.* 32. non admissā moræ purgatione.

123 Sextò & postremò desideratur, quis sibi, non alii retrahat. Quod ipsum juramento ut adserat vult consuetudo; cujus usus est in iis, quæ in animo consistunt, eò, quòd nemo credatur salutis suæ immemor, *l. fin C. Ad L. Iul. repetun.* Probatio tamen in contrarium Emptori est salva: cùm juramentum hoc requirat consuetudo, *c. 4.* ✠ *De probationib.* in qua tem plures citat Tiraq. *d. p. 1 §. 4. Gloss. 1. n* 1.

124 Fixis itaque requisitis omnibus observatis procedit Retractus. & Emptor, quisquis ille sit, etiam Ecclesia, vel minor, tenetur rem cedere retrahenti,

 Quid

Quid si alienata in tertium fuerit res? Nihil hoc obstabit, quò minùs etiam ab eo revocetur; cum ista actio Retractus, etsi personalis, Condictio scil. statuto data contra Emptorem, in rem tamen scripta sit, ut possessorem sequatur; ad exemplum actionis ad exhibendum, quæ personalis in rem scripta sequitur possessorem, *l. 3. §. est autē personalis, ubi Glossæ, & §. fin. sup. Ad exhibiden.* Chassan. *Rubr* 10. §. 11. *n.* 11. Gomez. *ad d. l.* 70. *n.* 36. Gail. 2. *Obser.* 19. *n.* 6. & 7.

125 Ad fructus quod attinet, pendentes sequi solum, extra dubium est; expensis tamen restitutis Emptori per retrahentem. Interim natos & perceptos ab Emptore eum sequi vult ratio; quia verus interea dominus fuit: nec habet, quod conqueratur Retrahens; cùm non possint dici cum fundo venditi, qui non erant tum in rerum natura.

Quæstio est de iis, quos pendentes tempore Venditionis interim Emptor percepit. Eos Emptori cedere, posset videri ex eo, quod interim verus fuerit dominus, & ut talis perceperit; cujus ut est periculum rei, ita & commodum esse debet, secundùm ea, quæ sunt tradita supra, in materia Retractus Conventionalis, & dicetur inferiùs, *tit. De commodo & peric. rei vend.* Quò facit, quòd passim fructus pendentes sequantur Emptorem. Dicendum tamen, hoc in casu fructus tales restitui debere cum re, vel saltem eorum æstimationem, ex ratione, quod retractus Retrahentem reponat in eodem jure, quod fuit penes Emptorem, in cujus locum surrogatur. Unde fructus pendentes tempore prioris contractùs veniunt restituendi; quia cum re venditi, cujus pretium auxerunt, quod quia idem reddendum, etiam reddenda res tanta, quanta fuit vendita. Alias sequeretur inæqualitas, & iniquitas, si fructus Emptor lucraretur, qui pretium datum recipit. Unde nihil facit, quòd fuerit interim dominus; quia lucraretur cum damno alieno. Ut nec facit, quod periculum rei subjerit; quia hoc sibi imputabit, sciens rem retrahi posse, Gomez. *d. l num.* 29.

126 Præterea res libera ab omni onere restituenda, ut habeatur eo modo, quo fuit penes Venditorem.

Sed hoc controversum, An onus reale, quo res interim ab Emptore effecta, tubeat Retrahens? Ita videbitur, Primò per *l. fin. §. inf. De donationib.* Ubi res donata antequam tradatur, si obligetur pignori per donatorem, dicitur esse firma causa pignoris creditori. Secundò, per dicta supra in Retractu Pactitio, in quo onus reale rem sequitur. Dicendum tamen, Retrahentem non teneri ad onus impositum post Venditionem; quod ex tunc res actualiter affecta fuerit restitutioni ex causa retractus: in præjudicium autem juris alicui quæsiti nihil possit fieri circa rem, maximè quando competit ex causa antiqua, videlicet ab initio Venditionis. Nec obstat, *d. §* 1. Quia ibi donatarius nihil juris realis circa rem non traditam prætendere potest; sed tantùm habet nudam actionem personalem in donatorem; qui proinde potuit eam oneri reali subjicere, uti & alteri donare, vel vendere, eumque potiorem tradendo facere, juxta *l. Quoties Cod. De rei vindic.* Hoc autem in casu continuò post Venditionem res afficitur, & jus proximo quæritur, quod non diminuendum facto Emptoris. Non etiam obstant dicta supra de Retractu Conventionali: Nam licet in eo sit causa de antiquo; illud tamen non tam afficit rem quàm personam, cùm dixerimus alibi, non posse effici pactis, quò minùs quis re suâ utatur. Alia vis est legi, consuetudini, statuto, quæ etiam rem afficiunt, *l fin. C. De reb. alien. non alienan.* Quod ita accipiendum de onere imposito per Emptorem: nam à Venditore impositum afficit rem, eamque sequitur, ut proximus Retrahens onus impositum agnoscere debeat. Unde patet, quid dicendum de locatione facta per Emptorem; quia ea res, cùm onus concernat, non stringit Retrahentem, cui res restituenda sine onere, eo modo, quo eam accepit Emptor. Est autem onus, habere conductorem, quē nolis. Vid. Manticam *De tacitis conventionibus lib.* 5. *t.* 10 *n.* 34.

127 Restat videndum, An ex Retractu debeantur iteratò laudimia, gabellæ, ut vocant, vel similia onera; occasione alienatæ rei præstari solita patronis, vel locorum dominis? Certum est, ex Venditione priori ea deberi; quia facta voluntariè, & res mutavit manum. Occasione autem retractùs neutiquam deberi, ex eo patet; quod non debeantur nisi ratione Venditionis; retractus autem hic non tam fit nova venditio, quàm translatio ejusdem Emptionis in alium Emptorem, ex necessitate prioris contractùs. Ut sufficiat semel soluta esse, cogeturque ea refundere Emptori, qui servandus indemnis; si tamen illa eadem solverit; & non tantùm quoad pretium principale; sed & alia, quæ consequuntur alienationem.

Quid si emptor ex privilegio immunis sit à laudimiis & similibus juribus præstandis? Videtur nihilominus retrahens teneri non quidem emptori,

ptori, qui ea non solvit, sed domino superiori, cui debentur, nec sine præjudicio negantur. Nec facit privilegium Emptoris; quia illud est personale, tantùm emptori competens, à quo retrahens non tam videtur emere, quàm ab ipso Venditore rem habere: ut laudimia, & similia onera solvenda illi veniant; nisi & ipse privilegium prætendat. Aliud est, si remunerationis causa sint Emptori remissa laudimia à domino, qui non impeditur illa exigere a Retrahente. Nec obstat, quod ipse non exsolverit laudimia; quia cessa eidem videtur actio per dominum, cujus nomine quasi soluta rectè exigit, *l. Idemq̃, 10. §. fin. sup. Mandati.* Quod & dicendum, si idem donaverit laudimia; cum beneficio afficere voluerit Emptorem tantùm, non etiam Retrahentem. Quò facit, quod dictum suprà remissum per Venditorem in pretium, vel ejus partem, posse Emptorem subducere, aut exigere à Retrahente, ne aliás, cui noluit Venditor, prosit remissio. Nihil obstante, *l. Si non remunerandi 12. in princ. sup. Mandati.* nam ibi ideò remissio fidejussionis donandi animo non caussat actionem mandati ipsi fidejussori; quod spora liberatio à fidejussione, quæ non pon. t effectum solutionis, ut debitor nihilominus maneat obligatus.

128 Possit & quæri, an ex contractu sub pacto addictionis in diem inito debeantur laudimia? Dicendum, statim quidem domino laudimia, cæteraque jura omnia deberi; quod traditione transeat dominium, & res manum mutet; non tamen irrevocabiliter. Unde si evenerit conditio per adjectionem alterius poterunt laudimia, aut alia jura soluta repeti condictione ob causam vel sine causa; quòd contractus ipso jure resolvatur, quasi nunquam initus, ex contractu autem nullo non debeantur laudimia. Quod & dicendum in contractu initio sub lege commissoria, quæ facit conditione impleta, non soluto scilicet ad diem conventum pretio, contractum hoc ipso resolvi cum omni sua causa; ut sint sine causa penes dominum vel patronum, qui proinde tenetur condictione ob causam vel sine causa.

129 Dubia magis quæstio est, de retractu Conventionali. Et ex prima Venditione deberi laudimia certum est; quia dubitari nequit, quin res exierit verè è dominio Vendentis, & pactum quod subest, non faciat contractum hoc ipso resolvi, & redigi ad non caussam, cùm Revenditio fiat potiùs per viam, & modum novæ Venditionis. Ut possit videri, iteratò ejus nomine deberi laudimia, quod iteratò res manum mutet. Quò facit quod tradit Alciatus, in *l. Cepisse 140. in fine De verb. signif.* quando resolutio fit per modum translationis, deberi vectigalia Reipubl. quod jus recipientis non extinguatur; sed transferatur in primum dantem. Veriùs tamen, non deberi iteratò, quod lex, vel consuetudo de laudimiis, & similibus juribus loquens, intelligi debeat de Venditionibus, & cessionibus voluntariis, non autem necessariis, cujus ordinis est ista, *arg. l. Per diversas vers. exceptis Cod. Mandati,* Bart. *in l. Et ideo num. 3. sup. De condict. furt.* vel potius quia non videtur nova Venditio; sed simplex restitutio, sive retraditio rei, ex pacto in prima Venditione apposito, & ex causa de antiquo, inhærente secundæ Venditionis, ut ejusmodi resolutio sit potius pars primæ Venditionis, & ejus executio, quàm novus contractus, cujus respectu nova jura domino deberi nequeunt, Maluer. *De locat. num 2.* cùm dominus ea receperit in prima Venditione, cui ista posterior inclusa, obligans ad revendendũ, nam si non obligaret, foret locus laudimiis iteratis, quod Revenditio non tam sit necessaria, quàm voluntaria. Requiritur etiam, ut pactum istud mox ab initio primæ Venditioni sit insertum; nam si ex intervallo, non inerit primæ Venditioni, nec à prima Venditione dicendi contrahentes recedere; sed potiùs novum contractum inire, ex quo laudimia sunt solvenda. Vide Pinell, *ad l. 2. parte 2. cap. 3. num. 36. Cod. De rescend. vendit.* Papon. 13. *Arrest. tit. 2. cap. 2.* Frid. Matt. *cap. 6. num. 158.* Plura qui velit de hac materia, legat Tiraquel. *De retractu,* quamvis Auctor iste sæpe infigat aculeum; & non solvat dubium, relinquens lectorem suspensum.

ADDITAMENTA.

Ad Tractatum de Retractu.

Adn. 1. Licet ex cõsuetudine Germaniæ inter cõtractũ venditionis, cum pacto de retrovẽdendo, & hypothecam, parum sit differentiæ, (verba enim Verpfändung/ Pfandtschilling/ Wiederkauff inter Germanos sunt Synonima) tamen, si secundùm juris trutinam hæc examinentur, multum

quod venditum, non est in rerum naturâ, cum viventis nulla sit hæreditas, *l. 1. hoc tit.* & hæreditatis Venditio, non censeatur venditio aleæ, uti contingit in venatione, vel jactu retis, *l. 7. h. tit.* nisi ita venierit, *si qua hæreditas sit delata*, vel *si quid juris sit Venditori*; quia spes hæreditatis, & incertum rei venditur, nec quidquam præstabit Venditor, *l. Quod si 10. cum l. seq. h. t.* nisi tamen sciens ad se non pertinere spem vendiderit, *l. Hoc autem 11. h. t.* ne ei dolus prosit.

3 Hæreditatis Venditio non facit quidem Emptorem hæredem; permanet enim Venditor hæres, cùm qui semel hæres est, non possit desinere hæres esse, *l. 7. § sed quod sup. De minorib.* vicem tamen hæredis obtinere facit, *l. 2. §. cum quis h. t.* Et licet actiones directas non habeat, nisi cedantur, quia illæ penes Venditorem manent, utiles tamen exercet, *l. 5. hoc tit. l. 55. Cod. eod.*

4 Licet è contra creditores hæreditarii actionem in Emptorem non habeant; cum nullâ lege hoc sit cautum, nec Emptor cogi possit invitus actiones hæreditarias excipere, etiamsi eâ lege emerit: sequuntur enim illæ hæredem, qui non liberatur oneribus hæreditariis, *l. 2. Cod. hoc tit.* Exactus tamen hæres à creditoribus, si quid præstiterit, id totum repetit ab Emptore Actione ex Vendito, vel etiam ex Stipulatu, si stipulatio fuerit interposita, quæ solet interponi inter Emptorem, & Venditorem; quâ ille promittit, *Ut quantam pecuniam venditor erogaverit nomine hæreditario, tantam ei se præstiturum, & vicissim hic, quanta pecunia ex hæreditate ad se pervenerit, eam se restiturum emptori.* Repeter itaque à se solutum Venditor ab Emptore, vel etiam, si nondum solverit, cum Emptore agere poterit, ut suscipiat sui defensionem adversus creditores hæreditarios, *l. Hæreditatem 18. infra De donationibus.*

5 Exceptionem res ista patitur in Emptore hæreditatis a Fisco, cujus est, non etiam fisci, respondere creditoribus hæreditariis, *l. 1. C. eod.* id quod in fisco est speciale, *l. Eum qui 41. inf. De jure fisci.* Et hoc quoad actiones, quæ contra defunctum erant. Aliud juris est quoad res fisco venditas; nam quoad eas tutus est continuò emptor, relicta actione iis, quorum bona sunt vendita, contra fiscum ad quadriennium, *l. 1. & 2. C. De quadrien. præscript.*

6 Sequuntur itaque Emptorem commoda, & incommoda hæreditatis, quæ ea quanti eas venit, quæ fuit in id tempus, quo Venditio facta si aliud nihil actum, *l. 2. §. 1. hoc tit.* ut quidquid ad Venditorem pervenit ex hæreditate, vel quandocumque pervenerit, vel etiam ad hæredem ejus, id restituendum sit Emptori, sive corpora sint nactus, sive pretia rerum, vel debita exegerit. Præstat etiam obligationes, & actiones, uti & quod ex peculio filii, aut servi ejus, cujus hæreditas vendita, in rem Venditoris versum invenitur. Id quoque quod culpâ, aut dolo malo ejus factum, quo minùs ad eum pervenerit, de quibus omnibus latè *d. l. 2. h. t.*

7 Ut autem lucrum respicit Emptorem, ita è contra & damnum, si quod acciderit hæreditati, sine dolo, vel culpa Venditoris. Id quoque, impensum hæreditati, & quod funeris causâ erogatum; quia impensæ hujusmodi sunt hæreditariæ. Item si condemnatus Venditor tamquam creditor, nomine hæreditatis, sine dolo suo; nam suo nomine quod illi contigit, non reputat emptori. Et denique quidquid, vel abest, vel absuturum venditori, nomine hæreditatis emptor sustinet; cui restituenda hæreditas eo modo, quo venditor eam habuit. Hoc enim actum censetur inter Emptorem, & venditorem, ut nec plus nec minus, quàm apud hæredem futurum erat, Emptor habeat; nisi quædam sint excepta, quæ non veniunt, *d. l. 2. §. apud Julianum cum seqq.* Certam hæreditatis quantitatem præstare, venditor non tenetur, nisi eam affirmaverit *l. Qui filij fam. 14. h. t.* tenetur enim præstare quantam hæreditatem dixit, *l. 5. inf. De evictionibus.*

8 Ex dictis sequitur, salvum esse Venditori debitum sibi à defuncto, illudque per emptorem refundendum. Non obstante confusione debiti, & crediti per aditionem, quæ venditorem fecit desiisse creditorem esse, cum nemo sibi debere possit, *d. l. 2. §. cum quis*; quia non amplior præstanda hæreditas, cum injuria venditoris, quam fuit tempore aditionis: amplior autem præstaretur, si debitum sibi à defuncto non consequeretur; quod jam videtur revixisse ex tacito contrahentium consensu. Ut Emptor, qui vicem hæredis obtinet, teneatur Venditori ad pristinum debitum, si nihil aliud actum: quatenus tamen debitum tale est, ex quo ante actio contra hæredem foret. *d. §. cum quis in fine.* Nam aliàs non rectè exiget ab Emptore, ut si ex delicto defunctum obligatum habuerit, ex quo ut non est actio contra hæredem, *l. unica Cod. Ex delicto defunct.* ita nec contra Emptorem erit.

9 Quæritur hic quid juris sit in servitute debita ædibus hæredis venditoris ab ædibus hæreditatis? Certum est, servitutem aditione ex-

 tin-

tinctam esse; quia nemo sibi debere servitutem potest, nec meum prædium prædio meo; quia res sua nemini servit *l. 1. sup. Quemad. servit. amitt.* Venditâ tamen hæreditate, in pristinum statum restituenda servitus; quia id actum censetur, ut Venditori omnia jura pristina sint integra; quasi emptor hæres existeret defuncto, eique succederet, *l. Si ei 19. sup. Communia prædior.* Estque Venditori Actio ex Vendito contra emptorem, ut servitus sibi restituatur. Aliud juris est, si ædes hæreditarias quis vendiderit; tunc enim nisi servitus nominatim imponatur, ædes liberæ cêlentur venditæ, nec tenebitur Emptor servitutem pristinam præstare, *l. Si quis ædes sup. De servit urb. præd.* quod confusa, sublataque sit servitus per aditionem: & cùm non subsit eadem ratio, quæ est in Emptore, opus est conventione, quâ jus integrum servetur venditori.

10 In Legatario idem obtinet, ut confusa per aditionem servitute, quæ debeatur ab ædibus defuncti eidem legatis, ædibus hæredis, pari debeat eam iterum imponi. Aliàs illi petendi ædes legatas opponetur exceptio doli mali per hæredem, *leg. Si servus 70. De leg 1. l. Legatum 116. §. fin eod.* retentionem ædium sibi consulentem; aut si omissâ retentione ædes legatas tradiderit, servitutem ut indebitè traditam condicere poterit, *l Si tibi 18. in fine inf. De action empti.* Quò facit, quòd ante dictum, legatum tale præstandum esse, quale relictum, non empliùs amplius autem præstaretur, si propter aditionem sublata servitus non restitueretur.

11 Diversum obtinet in usufructu: nam si proprietarius hæredem instituerit usufructuarium, & ab eo fundum fructuarium legaverit, non cogitur legatarius usumfructum hæredi cedere; nec exceptio doli mali vindicandi legatum integrum, non relicto usufructu hæredi, obstabit. *l. Is cujus 26. & l. Cum filius 76. §. dominus inf. De legat. 2.* Ratio diversitatis colligitur ex *d. §. dominus*, quòd scilicet fructus obtineat instar portionis rei legatæ, cùm emolumentum ejus contineat, & parum sit profuturum legatario legatum, si nudam proprietatem tantùm consequatur; & deinde legantis fundum voluntas sit, ut fundus habeatur plenus cum suo emolumento, eique taliter permittatur per hæredem qui abeundo approbavit voluntatem. Aliud est in servitute, quæ non potest dici obtinere instar partis fundi, nec ejus usum, vel emolumantum impedit, Cujac. 7, *Respons. Papiniani ad d. §. Dominus.* Quod & responsum in casu, quo usus fructus rei Legatæ non est hæredis, sed alterius: tenetur enim & ea n liberam tradere hæres, ex dicta ratione, quòd emolumentum rei contineat, quam plenam legavit testator, *l. Mævius 66. §. penult. De legat. 2.*

12 Itaque quidquid pervenit ex hæreditate ad venditorem, aut ejus hæredem, in ò & quandocumque perventurum, emptori restituendum, *l. 2. §. non tantùm h. t.* quia est hæreditatis, quæ emptori venditur, atque ita præstandum. Unde quæri solet, An cohæredis pars deficiens ex jure accrescendi, emptori, an venditori cedere debeat, qua de re infra, *d. t. De legatis C. De jure accrescendi.*

13 Alia quæstio est, hic latiùs examinanda, Quid juris sit in legato conjunctim pluribus relicto, quòd antequam alterius pars deficeret, unus vendidit? Duarenus *De jure accresc. lib. 2. cap. 6.* Gomez 1. *Var Resol. c. 10. num. 44.* post Bart. *ad l. Re conjuncti 89 inf. De leg. 3.* Emptorem præferunt, illique volunt cedere partem conjuncti deficientem; non aliâ ratione, quam quod portio portioni accrescat, per *d. l. Si Titio 33. sup. De usufr. accresc.* portio autem sit penes emptorem. Quam rationem diximus non concludere; cùm legis istius sensus sit, ei, qui petiit fundi partem, nec obtinuit, deficientem postea collegatarii partem non accrescere; quia non habeat portionem, cui vacans portio accedat. Aliud est in usufructu, cujus si partem quis petierit, nec obtinuerit, postea nihilominus partem collegatarii vacuam petere potest atque ita illi, qui amisit partem suam, accrescit tamen vicini portio. Ratio differentiæ est, quòd fundi portio accrescat fundo, eumque sequatur, sicut alluvio: usus fructus autem personæ: quia personalis, non etiam pars fundi, ut amissâ suâ parte partem vacantem consequatur, *l. Interdum sup. De usufr. accresc.* Ubi Cujac. Non, inquam, concludit prædicta ratio, ex eo quod virtualiter portio maneat penes Venditorem, in cujus persona ut hæreditatis, ita & legati jus fundatum, & qui non potest intelligi aliam partem vendidisse, quàm de facto erat consecutus, *d. l. 2. §. 1 & § pervenisse.* Nec facit distinctio, quam aliqui ponunt inter hæreditatem & legatum, quòd hæc sit universale quid, illud autem particulare; nam ea res nihil facit ad translationem juris accrescendi; nec ideo magis in legato vendito potest videri venditum id, quod accrescet, altero fortè deficiente; cùm tota res consistat in voluntate contrahentium, quæ

[illegible] est id vendere, quod suum jam est, & quatenus suum; non est autem suum, nisi pro parte: nam id, quod postea accrescit, non erat suū tempore venditionis, quo adhuc erat incertum, an altera pars deficeret.

[illegible] hoc ita in legato conjunctim relicto: cujus ab initio si non expressè, saltem tacite partes videntur datæ, ut colligitur ex l. 1. § ubi autem C. De cad. toll. atque ita tantùm videtur pars sua vendita.

14 Quid juris in legato disjunctim relicto? Posset videri sanè in hoc altera pars cedere ēptori, ex eo, quòd solidum ab initio utrique legatario sit relictum ut cū non totam rem habeat vendens, videatur & totam vendidisse. Eo tamen non obstante, idem hoc in casu dicendum, scilicet non censeri nisi partem, quæ Vendentem concernit, esse venditam. Nam cum Venditor sciat legati, disjunctim licet relicti, alteri concurrenti partem deberi, non potest videri ultra partem suam vendidisse. Quò facit, quòd tradit Fulgos. Ad l. 33. sup. De usufruct. accresc. iniquum, & injustum videri, quod legatarius, qui vendit rem, pro parte tantum ad se pertinentem pro modico, amittat & aliam partem ad se postea accedentem. Confirmat hanc sententiam l. 1. §. hoc autem inf. De legat. præst. [illegible] Ubi in [illegible] deferendo inspicitur persona ejus [illegible] a testatore honos habitus, non etiam ejus, ad quem ex persona illius emolumentum pervenit. Facit quòd legatarius non desinet talis esse, propter Venditionem legati. Et hæc ita, nisi aliud actum sit, fortè etiam spe alterius portionis, quæ posset vacare, vendita, quòd æstimabitur ex quantitate pretii, Vasq. De successionibus tom 1, 3. 21. n. 65. & 99.

15 Unum hîc notandum, quòd hæreditatis Venditor non teneatur de evictis rebus singularibus hæreditatis, l. 2. in princ. hoc. tit. quia eam vendidit tantùm talem, qualis est, & sufficit suam esse, & ad se pertinere: nisi tamen de substantia ejus affirmaverit, quo casu tenetur ad promissam quantitatem, l. Nisi 15. h. t. qui hoc ipso pluris vendit, l. Ea quæ 45. in pr. sup t. [illegible] Ut quod interest Emptoris, eam esse, vel non esse, vel non tantam esse, teneatur præstare, l. [illegible] §. 9. h. t.

De Nominibus & Actionibus venditis.

16 Venduntur & Nomina, & Actiones, tum in rem, tum in personam, l. jun. C. eod. Inter quæ duo parum interest, nisi quòd actiones sint nominum exactiones, Instit. de actionib. in pr. nomina verò debitum, sive debiti obligationem designent. Cujus ratio ex eo cœpit quòd in Kalendario solerent eorum, quibus pecuniæ credebantur, nomina præscribi. Nomina sint pura, an conditionalia, parum interest, cùm & sub conditione emi possint, l. Nomina 17. h. t. & sine consensu debitoris, l. 3. C. h. t. quòd ejus parum interest, cui solvat, & deinde non impediatur solvere creditori suo. In quo distinguitur à delegatione venditio nominis, l. 1. C. De novat. nam illa creditoris sui debitū in se suscepit debitor, ejusque se obligat creditori. Rei litigiosæ, vel actionis jam in judicio propositæ nō est venditio: nā litigiosas res distrahi, & transferri judicium in alium fortè potentiorem est interdictum, ut D & C. De litigiosis & dictum sup. ad tit. De alien. judicij mut. caus. facta.

17 Effectus actionis, vel nominis venditio non est, ut dominium rerum obligatarum ad emptorem transeat, l. penult. hoc tit. cùm non sit penes Venditorem; sed ut Venditor actionem, quā habet adversus principalem reum, atque omne jus quod ei ex ea caussa competit, cedat emptori, tam adversus ipsum reum, quàm ejus intercessores, & quid quid, vel compensatione, vel exactione [illegible] consecutus ex nomine, emptori integrum restituat, l. Venditor 23. hoc. tit. Debet enim Venditor nomen [illegible] præstare, quale est, & actionem omnem, quam habet; &, si filiusfamilias nomen vendiderit, etiam contra patrem, l. Qui filiifam hoc tit. Præstabit & persecutionem pignoris, cujus beneficium emptori prodest, l. 7. hoc. tit. dummodò non personale, quod non transit personam, l. Locatio 9. inf. De publican. & vectigal. Debet etiam venditor præstare debitorem eum esse, cujus nomine vendidit, & certæ quidem summæ, si eam dixerit, aliàs non teneretur, quanti interest emptoris, l. 5 h. t. & arg. l. Nisi 15. h. t. non etiam locupletem esse, quia satis est, subesse id, quod venditur, nisi aliud convenerit, l. 4 h. tit.

18 Est & effectus venditi nominis quòd actionem in debitorem exerceat emptor suo commodo, tanquam procurator in rem suam, l. 6 C. De oblig. & act. non tamen nisi utilem suo nomine: etiam post cessionem, l. 2 Cod. d. tit. neque enim cum emptore contractum; sed cum Venditore, à cujus ossibus directa avelli nequit. Unde est, quòd etiam post cessionem (licet Emptor possit directa agere nomini ceden-

cedentis, *l.5.C.eod.*) factam à venditore emptori, possit nihillominus ille debitum exigere, & oblatum accipere, ipseque debitor rectè eidem solvere, *l.7.C.h.t.* Concurrente tamen creditore cum cessionario, hic preferendus; quia tota utilitas cessionis eum concernat, *l. Procurator 55 sup. De procurat.*

19 Sed & ille est effectus cessionis, quòd nomen cessum pereat cessionario, qui creditor est speciei, *inf t.6.* & morte cedentis non extinguatur cessio, cum jam sit quæsitum jus cessionario. Licebitque illi agere, vel suo nomine actione utili, vel directâ cedentis; quod & datum ejus hæredi: quia generale est, actionem competentem, defuncto competere & ejus hæredi activè, & passivè.

20 Cæterùm cùm Redemptiones litium sint odiosæ, ut & redemptores, statutum est per *l penul. & fin C.Mandati*, ut empti nominis, vel actionis cessio non valeat supra modum soluti, nec redemptores litium plus exigere possint à debitore pretii, quàm ipsi solverint, & quod plus est in debito, lucro cedat debitori. Dico, pretii; nam donationis causâ cessio nominis non est tam turpis, & proinde non continetur sub decisione istarum legum, nisi sit simulata, *d. l fin.* Quarum legum non est passim usus; cùm minoris, quàm valeat emptio nomine, ad integrum tamen debitum non impediatur Emptor agere, Bugnon. *2. Leg. abrogat. c. 48.* Non potest tamen dici earum legum decisio ex eo solùm abrogata, quòd à debitoribus excussis non objiciatur exceptio actoribus, cum unius factum, vel omissio alteri nocere non debeat. In Flandria earum usus adhuc durat, & potest debitor retrahere suam obligationem, sive debitum, pro eo pretio, quo in cessionarium est translatum: cui & tempus non currit, nisi post factam insinuationem, seu præsentationem debiti venditi.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 4. De hæreditate vel actione vendita.

Ad n. 17. NOmen vendens quid præstare teneatur. vid. Hartm. Pistor. *obs. 212.*

Ad n. 20. Actiones & nomina in alium possunt transferri, etiam invitis & ignorantibus debitoribus *l.3.C.h.t.* Gomez *c.2.n.6.* modo non alienentur in potentiores, *l. 2. 2. Ne liceat potent patroc. &c.* vid. Treutl. *vol.1.disp.18 th. 4 lit b ibique* Bace.

Quod cessio debiti seu actionis, regulariter non valeat, nisi ad concurrentem, dati pretii quantitatem. vid. eleg. Carpzov. *part.2. Const. 30. defin. 35.* Socin. Iun. *lib. 3 consil. 48. num. 6.* Alciat. *Respons 124. num. 9.* Menoch. *lib. 3. præsumpt 129. numer. 2.* Anton. Faber. *in Cod. lib. 4. tit. 29. defin. 5. num. 3.*

Annulata cessione debiti ex constitutione Anastasiana, superfluum id, quod solutam quantitatem excedit; ad cedentem pertinet, quamvis sanctio Imp. Justiniani. in allegata *l.23.§.1. Cod. Mand.* Videatur contrarium velle: *vide gloss. in dicta lege 23. verb. persolvit.* Menochium *lib. 3. præsumpt. 129. num. 27.* Berlichium *decis. 55. num. 4.* Carpzov. *part. 2. Const 30. defin 37.*

Cum Christianis, cum Judæis contrahere & distrahere licitum sit *Secund. Roman Consil. 4.89 & Marquard.* de Susan. *in tract. de Iudæis c.5, n.1.* hinc quæritur, an hoc sit extendendum ad actionem, ex contractu Judiciali, adversus Christianum, Judæo Competentem, si illam alii Christiano cedat: *Recess. Imper. August. de anno 1551. §* Diesem zubegegnen rc. in verbis: Es sol kein Jude / als Schuldtglaubiger / einem andern Christen / seine Action und Forderungen / in einigem Weg cediren, oder einiges Contracts weise / bey Verlust derselben Forderung rc Videtur ejusmodi contractum cum Judæo prohibere: Quia autem illa constitutio, de contractibus solùm usurariis extra judicialiter initis, agat, ut ex verbis præcedentibus & sequentibus *dict Constit.* satis liquet, aliud dicendum est, & quidem si de usuraria pravitate non constet, atque in Judicio contractus celebratus fuerit. Carpzov. *part. 2. Const. 30. defin. 45.*

Ex traditione obligationis, nunquam præsumitur titulus, ad dominii träslationem habilis nisi probetur, quod talis titulus præcesserit, & in ejus executionem traditio subsecuta fuerit, Coler. *process. Execut. part. 2. c. 2. num. 54. & seqq.* Sed ipse cessionarius, qui petit sibi solutionem fieri, ejus

ails

æris alieni, quod per alium creditum fuit, debet plenariè probare, cessionem & titulum quem allegat, ita etiam ut non sufficiat semiplena probatio cum Iuramentum. Bald *post gl in l.non solum 34 §.alsine 1.nu 3 ff.de procur* Berlich.*part.2 concl.22.num.87.*

TITVLVS V.

De rescindenda venditione, & quando licet ab emptione discedere.

SUMMARIUM.

1. *A contractu, re integrâ, discedere licet.*
2. *Ex quibus causis recedere liceat.*
3. *Læsio circa pretium quando faciat rescindi contractum.*
4. *Læsio ultra dimidium justi pretij qua dicatur.*
5. *Remedium l. 2 C. De rescend. vend. an locum in emptore habeat?*
6. *Læsiom in emptoris persona quo modo constituenda.*
7. *Pretium justum quando attendendum?*
8. *Scientia valoris an excludat hoc remedium?*
9. *Clausula donationis de eo, quod pluris res valet, operatur exclusionem.*
10. *Nec eo casu necessaria est insinuatio.*
11. *Clausula renuntiationis an faciat cessare dictum remedium?*
12. *Clausula generalis renuntiationis jurata facit illud cessare.*
13. *Læsio enormis præbet caussam relaxandi hujus modi juramentum.*
14. *Iuramentum in genere appositum non impedit agi.*
15. *Renuntiatio an fieri debeat ex intervallo?*
16. *Remedium d l. 2. habet locum etiam in rebus mobilibus.*
17. *Habet locum in emptione venditione.*
18. *Item in locatione conductione.*
19. *In permutatione.*
20. *In judicio familiæ erciscundæ & communi dividundo.*
21. *Etiam post locatinoem finitam.*
22. *Item in societate & datione in solutum.*
23. *In contractu assecurationis.*
24. *In venditione ex decreto judicis facta.*
25. *An & in venditione, facta per subhastationem?*
26. *Non habet locum in stricti juris contractibus.*
27. *Remedio hoc quis contra quem utatur.*
28. *Contra tertium non competit,*
29. *Actionis ex d. l. 2. finis.*
30. *Re casu perempta an sit locus huic actioni?*
31. *Emptor malens restituere rem deducit impensas.*
32. *Fructus unà cum re an restituere cogatur.*
33. *Pignus, cui res medio tempore supposita, eo casu non dissolvi.*
34. *Satisfit in contrarium allegatis.*
35. *An per d. l 2. inductum sit novum jus?*
36. *Actio hoc casu qua competat.*
37. *Remedio d.l.2. in foro interiori non est locus.*

AD tollendam obligationem, & rescindendam Venditionem spectat hic Tit. Et quidem partium consensu facile ab ea recedi dubium non est; quippe quibus ut contrahendi arbitrium est; ita & distrahendi, re scil. integrâ adhuc. Aliàs solo consensu non potest recedi à contractu, cum & quæ sunt subsecuta, sint retradenda, *l.1. Quando lic. ab empt. disced.* atque id, quod arrhæ nomine datum, restituendum, *l. 2. C.d.t.* * A contractu utrimque perfecto non facilè receditur, altero invito, ne quidem ex rescripto Principis, *l.3 C.h t.* neque etiam altero duplum pretii offerente, *l.6 h t.* Sunt tamen caussæ quæ faciunt ab eo recidi, etiam invito: altero ut si ex caussa egestatis pater filium vend. derit; nam reddito pretio licet eidem filium recipere, *l. 2. C. De patrib. qui fil. distrax.* Facit & violentia, quâ quis ad vendendum inductus, à contractu recedit, refuso pretio, *l.1.C h.t.* Idem operatur iniqua, & fraudulenta distractio per subhastationem, *l. Si quis 16 C h. t.* Dolus, qui contactui caussam dedit, non facit rescindi emptionem, quæ ab initio irrita. Nihil obstante, *l. 5. C. eod.* quæ vult, talem contractum rescindi: accipienda enim de facto, non de jure, vel potiùs de contractu traditione confirmato, quæ rescindenda. Cujac. in *Parat C. eod.* Metum quoque, qui causam contractui dedit, irritam ponere emptionem, videtur velle *l. 5. C. eod.* Verùm accipiendum ibi verbum *irrita*, *pro irritanda*, cum Glossa *ibid.* quo modo non raro in Jure accipitur. Incidens dolus caulat restitutionem, sicut & metus, *l. 8 & 10. C. h. t.* Cui non obstat *l. In causa 16 § penult. sup. De minoribus.* Quæ habet, cont. hentes se mutuo circumvenire posse: nam hoc accipiendum de levi læsione, ut dictum

ctum supra de dolo, ubi legis istius sensus expplicatur.

3 Inter alias causas, quæ rescissionem causant, est Læsio circa pretium, *d l.* 8 non quælibet, sed gravior, excedens dimidium justi pretii, de qua in *l.* 2. *C. hoc tit.* quæ etsi enormis, aut etiam enormissima; non ponit tamen contractum nullum (ut patet ex eo, quod dicatur rescindi, quod verbum est privationis, quæ præsupponit habitum) ut rectè contra alios probat contractum valere Ant. Faber *De erroribus pragmat.* 1. *Decade c.* 7. *num.* 8. sed facit ab eo recedi posse, eò, quod talem contractum servari æquo, & bono minùs conveniat, quod non patitur aliquem lucrari cum damno alterius vel damnum sentire cum alterius lucro, *l.* 6 *inf. De iure dot.*

4 Non fit hæc rescissio simpliciter, ad nutum decepti; sed ita, nisi alter pretium, quod deest, suppleat, aut recepta restituat, *d l* 2. Ultra dimidium læsio esse dicitur, quando Venditor non habet dimidium ejus, quod dedit; v. g. pro re valente novem tantùm recipit quatuor, vel minus, etiam uno obulo: Absunt enim illi quinque, qui dimidiū excedunt per *d. l.* 2. in verbis, *si nec dimidia pars veri pretij soluta.* Atque ita in Venditore ponenda læsio ultra dimidium, secundùm omnes.

5 Quæritur verò, An & in emptore habeat locum hoc remedium? Negat Cujac. 16. *obser. c.* 18. & hunc secutus Ant. Faber, *Decad.* 8. *cap.* 7. ex emptoris persona locum esse rescissioni, ex eo, quòd *d. l.* 2. tantùm loquatur de Venditore, nec sit eadem ratio subveniendi emptori, quæ est venditori, quem plerumque necessitas rei familiaris compellit, vendere minori pretio, *l Non idcirco* 12. *C. h. t.* Et deinde non ea sit eadem affectio in nummos, quos debet emptor, atque in corpus quod vendit venditor. Verùm rectiùs & emptori accommodatur hoc remedium *d l.* 2. Neque enim & hunc decipi fert regula correlativorum, & exigit ipsa eadem *συμμετρία* seu æquitas, & commiseratio. Non obstat, quod non sit utrimque eadem necessitas: nam licet frequentiùs possit premi Venditor, ut minoris vendat; non tamen ponitur in eo caussa rescissionis, sed in enormi læsione, quæ cum etiam emptori eveniat, quid ni & huic subveniatur? Non etiam obstat, quod non sit eadem affectio in nummos; quia tantùm consideratur læsio, quæ est considerabilis ex parte emptoris; Covarr. 2. *Var. Resol. cap* 3. *nu* 8. Pinell. *ad d. l.* 2. *p.* 1, *c.* 2 *in pr.* Fach. *in lib.* 2. *c.* 16.

6 Hoc posito, venit quærendum, quomodo in persona emptoris constituenda sit læsio? Communiter receptum, tunc emptorem censeri læsum, si rem valentem decem emerit sedecim, quasi tunc sit excessus ultra dimidium justi pretii eò, quod sex ei absint, quæ excedunt dimidium justi pretii, quod est decem, *Gloss. in d. l.* 2. *praxi recepta*, & *Gloss. in cap.* 3. & 6. *De empt. & vendit.* Verùm menti dictæ *l.* 2. & æquitati magis congruit tantùm competere Emptori dictum remedium, quando pro re valente quatuor dedit novem, aut pro valente decem dedit viginti unum; nam tum demùm abest Emptori ultra dimidium ejus, quod dedit. Atque ita statui postulat æquitas, & ratio correlativorum inter Emptorem & Venditorem. Quæ etiam est ratio, quòd in Venditore ut ponatur læsio, necesse sit, duplo vel altero tanto excedat valor rei pretium conventum, in Emptore autem minor læsio sufficiat. Fuit iste Glossatoris, & Pragmaticorum vetus error, ac paralogismus, ut loci ante citatis tradunt Covarr. Pinell. *nu.* 4. Cujac Nihil facit pro veteribus, quòd *d l.* 2 & *d. cap.* 3. & 6. *De empt. & vend.* loquantur de læsione, quæ excedit dimidium veri, & justi pretii; Nam talis læsio ponitur non eo modo, quo veteres arbitrantur, secundùm priorem opinionem, sed secundùm posteriorem, & computationem neotericam, cum scilicet res valens quatuor empta est novem. Nam ut in Venditore habetur ratio ejus, quòd Venditor non habeat dimidium ejus, quod dedit, ita & in Emptore considerandum, an habeat dimidium pretii, quod dedit, ut servetur æqualitas. Non alias autem ei deest dimidium, quàm initâ computatione secundùm posteriorem sententiam, Fachin. *d. c.* 16. Molin. *De contractu usur. qu.* 4. *n.* 174. & *seqq.*

7 Pretium justum attendendum tempore, quo celebratus contractus, *l.* 6. *in fine C. h. t.* tunc enim ponitur læsio; ut non sit attendendum, quod postea accedit, vel decedit; quia est per accidens, nec concernit contractum.

8 Dubium hic est, An scientia valoris excludat hoc remedium? Ita videtur, cum scienti, & consentienti non fiat injuria, Azo *in Summa Cod. h. tit.* Covarr. *d. c.* 4 *n.* 2. Peck. *in c. Scienti* 27. *n* 3. *C. R. I. in* 6. nam damnum, quod quis sciens sentit, non videtur sentire, cum quod ultra rem est, vel pretium, videatur donatum, *arg. l.* 5. *sup. De condict. indeb.* Quò facit, quòd tradit D. Mudæus in *l. Domum* 57 *nu.* 4. *sup. t.* 1, eum qui scienter emit domum combustam, non posse con-

confugere ad beneficium hujus legis, quo solet succurri deceptus ultra dimidium justi pretii: non est autem deceptus sciens; Bald. *add l.* 2. *n.* 7. Covarr. *d. lib* 2. *Var. Resol. c.* 4. *n.* 2. Recedere ab ista opinione videtur Pinell. *d. l* 2. *p.* 1. *cap.* 2. *n.* 10. contrarium adserens. Cujus opinio procedere posset, quando ex necessaria causa quis vendere cogitur; non etiam quando ex voluntaria. Vide Fachin. *lib* 2. *cap.* 10. *versic. Quinto rō: rovertitur*, & Sarm. 1. *Select. Interp. c.* 11 *nu.* 6.

9 Hinc patet, quod dicendum de subjuncta contractui clausula donationis ejus, quod res pluris valet: quòd scilicet talis clausula operetur exclusionem hujus beneficii, quia non possit videri subesse læsio: quatenus tamen clausula ista apertè conceptum est, id, quod pluris res est, donatum esse, ut tradit Bald. ad *d. l.* 2. *nu.* 10. & Covarr. *d.* ☞ *nu.* 6. * Ubi etiam *nu.* 7. *& seq.* tra-

10 dit insinuationem illo in casu non desiderari; etiamsi donatio excedat quingentos solidos, multis in utramque partem allegatis. Probat hoc præcipue argumento, quòd in omni contractu sit inspiciendum, quid principaliter agatur, principaliter autem intenditur Emptio-Venditio, quæ non indiget insinuatione; donatio autem tantùm accessor e veniat, ut ejus non sit habenda ratio. Quò facit, quòd, si in permutatione ab altera parte interveniat pretium, etiam majus valore rei, nihilominus sit dicenda permutatio; quia eam partes intenderint. Vide Pinell *d. loco nu* 2. *& seq.* Fachin. *d. lib* 2 *c.* 19 Boëtium. *quæst* 42. *& seq.*

11 At quæstio est, an subjecta clausula renunciationis & de non veniendo contra contractum faciat hanc legem cessare? Posset id videri indistincte, sive sit generalis, sive specialis; quod renunciatio generalis trahatur ad omnia generaliter, *l.* 6. *inf. De acceptil.* & quod generaliter prolata generaliter prolata generaliter pia: dicent; Distinguendum tamen inter generalem, & specialem renuntiationem: quod scilicet illa non causet exclusionem hujus remedii; quia generalis renuntiatio non trahitur ad jus, quod verisimiliter quis sibi competere ignorat, aut de quo non cogitat; in dubio autem non præsumatur Venditor de hoc remedio cogitâsse. Non obstante, quod quilibet præsumatur scire rei suæ valorem: nam hoc verum est, quando agitur de modico præjudicio, scilicet re paulò vilioris vendita: non etiam quando de enormi, ut in casu nostro, *l. Quisquis* 15. *Cod hoc. tit.* cum nemo præsumatur suum jactare, & donare, præcipuè quando utitur titulo Venditionis. Specialis verò excludit istud beneficium, cum de eo non possit non videri specialiter renunrians venditor cogitasse, ut proinde ei standum sit contractui, quem iniverit: remittentibus enim actiones suas, non est ad eas dandus regressus, *l. Quæritur* 14 §. *si venditor inf. De ædil. edicto* Covarr. *de loco nu.* 1. *item* Tiraq. *ad l. Si umquam in præfat. nu.* 122. *Cod De revocan. donat.* Fachin. *lib.* 20. *in fine.*

12 Quòd si tamen generalis renuntiatio de non contra veniendo contractui habeat subjectum juramentum? Excludi omnino ab hoc remedio Venditorem verius est, quòd juramentum habeat vim clausulæ, *Si non valet ut agitur, valeat ut valere potest*; & ad omnem speciem beneficii, quæ competere potest, porrigatur, *l. Cum pater* 77. § *filium matrem inf. De leg.* 2. Ut videatur de hoc remedio cogitasse jurans & non possit dici non comprehensa juramento exceptio, nisi læsus sit ultra dimidium; quia non potest ejusmodi exceptio stare cum juramento simpliciter concepto, argumento eorum, quæ dicta sunt suprà, *tit. Ad S. C. Velleian.* de muliere jurato intercedente; quòd scilicet excludatur à beneficio Vellejani. Cui consequens est, juramentum servandum esse, cùm servari possit sine detrimento animæ jurantis, juxta *c. Cum contingat* ☞ *De jurejur.* & ex parte mulieris non sit super mala, aut illicita; sed solùm ejus jus concernat, quo se privare potest, & privasse censetur, jurando, se adversùs contractum non venturum. Intelligitur enim jurasse, se non contraventurum quacumque ex causa, quocumque ex jure, quod ex eodem contractu, aut facto provenire posset, *l Si duo* 13. § *idem Iulianus sup. De jurejur.* & consequenter quod contractum servabit; etiamsi supra dimidium foret læsus. Covarr. *ad c. Quamvis. p.* 3. §. 4. *nu.* 7. * Dabit

13 tamen enormis læsio facilem relaxationem juramenti, ac deinde rescissionem ex *d. l.* 2 ut tradit Pinel. *ibid p.* 3. *cap. num.* 7. quo modo & accipiendus Covarr. 2. *Var. Resol. c.* 4. *n* 5. & Chassador, *decis.* 1 *n.* 2. ☞ *De empt. & vendit.* dum dicunt, non obstante juramento posse læsum enormiter agere ex *d. l.* 2. prævia scilicet

14 absolutione. * Aliud dicendum est, si juramentum in genere appositum tantùm concernat ipsius contractus confirmationem, non etiam revocationem; verbi gratiâ, Juro, quòd tibi vendo hanc rem; neque enim tale impedit agi ex *d l.* 2. cujus remedium non potest videri remotum per juramentum simpliciter appositum

positum, quod generaliter sequitur naturam actus, *l. fin. C. De non numer. pecun.* Ita utens hac lege neutiquam dici possit juramento suo contravenire.

15 Quæsitum quoque, An ad valorem dictæ renuntiationis requiratur, fiat ex intervallo? Quia in re sunt, qui non aliter renuntiationem etiam specialem producere aliquem effectum volunt, quam intervallo adjectam: quasi tunc censeatur renuntians cogitasse de læsione. Calcan *cons. 25. num. 27.* Verùm non interest, sive ex continenti, sive ex intervallo adjiciatur dicta renuntiatio; quia non minùs illo casu quàm hoc de læsione renuntians censetur cogitasse. Vid. Covar. *d. c. 4. nu. 3. & 4.*

16 Habet locum remedium *d. l. 2.* in rebus præcipuè soli, cùm dicta lex agat de fundo vendito, & ijs rebus, quæ sunt illi similes. Unde dubitari posset, An etiam locum habeat in rebus mobilibus? Et dici posset, non habere, propter deficientia legis verba, quæ videntur facere dispositionem deficere; quia hæc ultra verba non trahenda, *arg. l. Quod constitutum 21. De testam. milit.* Dicendum tamen & in mobilibus obtinere decisionem *d. l. 2.* quæ licet sit concepta de rebus soli; non tamen ad exclusionem mobilium, in quibus etiam legis istius ratio obtinet, fundata scilicet in graviori læsione, quæ & in mobilibus contingit; & emendanda est; secundùm quam & dispositio moderanda, ne aliàs non sit adæquata suæ rationi lex. Et hoc ita in rebus pretiosis, ut gemmis, vasis aureis singulari arte fabrefactis: quâ ratione ut res immobilis minorum non alienatur, ita nec mobiles pretiosæ, quod immobilibus æquivaleant. Unde & locus erit *d. l. 2.* in re mobili universali, puta tertia, vel quarta successionis mobilium, in sectione nemoris, & similibus. Res viles rectè exceperis, ne commercium inter artifices, & populares pluribus litibus incertum reddatur. Costal. in *l. 1. sup. De minorib.* Papon 16. *Arrest. t. 3. c. 7.*

17 Esse locum huic remedio in Emptione venditione non est dubitandum; quia de ea loquitur lex: & facit ratio, quòd talem læsionem tolerare bonæ fidei minùs respondeat. Unde & ad alios bonæ fidei contractus hujus legis decisio à Doctoribus communiter extenditur; quia & in illis

18 locum habeat ejus ratio. * Sic procedit in Locatione Conductione, si contigerit rem dimidio justæ mercedis pluris, vel minoris locari; cum non minus isto in contractu veniat emendandus excessus, vel defectus, quam in Emptione, ad evitandum alterius enorme damnum, & servandum æqualitatem. Facit, quod Emptionis-Venditionis, Locationis Conductionis vocabulis communiter usi sint veteres, *l. Veteres 19. cum seq. inf. De action. empti.* quoque vicini sint hic contractus, iisdemque juris regulis consistere dicantur, *l. 2. inf. Locati & Instit. eod. in princ.*

19 Idem dicendum de Permutatione; nam & in hac non ferendum, ut alter gravi alterius jacturâ locupletetur; quamvis contrarium Ant. Faber. *Decade 8. cap. 9.* adserere nitatur. Quod tamen non extenderis ad beneficiorum permutationem, quæ pretio non æstimantur, & in quibus non posset suppleri defectus, circa simoniam. Covarr. 1.

20 *Var. resol. cap. 5. n. 8. versic. Ultima ratio.* * Obtinet & in familiæ Erciscundæ ac Communi dividundo Judiciis: quia sunt bonæ fidei, & ad instar Emptionis-Venditionis. Neque obstat, quòd ut infra dicetur, hoc remedium videatur de novo inductum, quale non solet extendi: Intelligendum enim idipsum, si non subsit eadem ratio, quæ est mens legis *arg. l. fin. sup. Ad S. C. Maced.* & quæ aliàs non foret adæquata suæ rationi, & ex consequenti non justa, qua de re supra, *ad t. De legib.*

21 Posset in dubium vocari, An post locationem finitam hoc remedio agi queat? Videntur id aliqui negare, quos citat Pinel. *d. loco num. 29.* & sequitur Faber *dd. Decade 8.* quia contractus sit finitus atque ita electio non sit læsa secundùm *d. l. 2.* Ipse tamen Pinellus contrarium adfirmat: & bene, cum subsit læsio, in qua vis istius legis consistit.

22 Habet etiam locum in Societate, in Datione in solutum, saltem Extra judiciali; quia similis Emptioni-Venditioni, *l. Si prædium Cod. De evict.* In quibus omnibus habenda ratio ejus, an quod datum, vel acceptum, excedat dimidium ejus ab altera parte. In Locatione-Conductione habendus respectus ad consuetam mercedem, quæ præsumitur justa.

23 Dant etiam illi locum in adsecurationis Contractu, cui locus in actione pro Socio, ut dictum supra, *tit. Pro socio circa fin.* & in aliis contractibus; ex ratione, quod in ea substantialiter insit Emptio-Venditio; cùm quasi periculum ematur. Re tamen benè attentâ non videtur illi locus esse, cum adsecurator sciens suscipiat rei alienæ periculum, & spem emere videatur, ut non possit dici lædi; nisi fortè in æstimatione rerum, quarum periculum subit, contigerit læsio, quæ faceret locum huic legi.

Quæ-

24 Quæritur, An Venditio ex decreto Judicis facta excludat hoc remedium? Negandum id est; cum decretum licitam quidem faciat Venditionem; non tamen impedit, quin circa pretium contingat læsio: & proinde non excludat caussam rescissionis, nec ipsam rescissionem, *arg. l. Si quidem 16. Cod. De prædiis minor. & l. 5. inf. De reb. eorum &c.* Latè Cagnol. *in Repetit. d. l. 2. n. 157.* Pinel. *ibid p. 2. c. 2. 18.* Fachin. *lib. 2. c. 20. vers. Altera est controversia.*

25 Quid in venditione facta per subhastationem? Cum & hæc non excludat læsionem pretio, non impediet quoque remedium *d. l. 2.* Quo facit, quod ait Castren. in *l. Pretia 6. inf. Ad leg. Falcid.* non colligi ex eo justum pretium, quod res fuerit subhastata: quod & tradit Bart. in *l. 1. Cod. De præscript. 30. annor.* cum & in taliter facta Venditione sæpe interveniant fraudes, & res, vel viliori vel majori pretio distrahi contingat calore licitantium, ignorantium rei valorem, *l. Si quis 16. Cod. hoc tit.* Ad idem facit *l. 2. C. De fide, & jure hastæ fiscalis lib. 10.* Ubi ob pretii vilitatem (ita enim legendum esse vult Senlus, non etiam *utilitatem*) res publicè distracta restituitur. Et licet publica Venditio inducat præsumptionem non esse rem pluris, vel minoris addictam, quàm valet; contrarium tamen probari potest, eoque probato cessabit præsumptio, *d. l. Si quidem 16. C. De præd. minor. l. 2. Cod. De fide instrum.* Probat istam opinionem Jason. in *l. Pacta n. 9. Cod. De pactis,* & plures citat Pinel. *ad d. l. 2. p. 2. cap. 2. n. 25.* Gomez. 2. *Var. c. 2. n. 23.* Abbas in *c. Cum caussam n. 6. ⁖ De empt. & vendit.* & ita communiter receptum esse tradit Faber *hic definit. 4. & 26.* Contra vult Guido Papæ *decis. 22. in fine, per l. 1. C. De prædiis decurion. lib. 10.* Ubi decreti interpositio facit Venditionem non rescindi. Quod & tenet Faber *Decade 10. Errore 9.* loca pro altera parte adducta accipiens in casu, quo fraus intervenit; quod non est ratum in istis subhastationibus, & apertè habet *l. 3. C. De jure fisci lib. 10.* quæ non aliàs rescindit Venditionem rei Fiscalis minori pretio factam, quàm si aperta fraus, aut gratia Emptoris intervenerit; ut illa non interveniente cesset remedium dictæ *l. 2.* Pro qua parte videtur facere, quod non possit non videri justum pretium, & commune, quo sub publica auctione res distracta. Et huic posteriori sententiæ praxis in pluribus locis est conformis. Vide Fachin. *lib. 2. c. 21. versic. Amplius.*

26 Hæc ita in contractibus bonæ fidei. Quid in stricti Juris contractibus? Vult & in iis dictam *l. 2.* habere locum Bald. *ibi n. 5.* propter naturalem æquitatem, in qua lex ista fundatur. Alii etiam hoc addunt, hodie contractus omnes esse bonæ fidei, maximè inspecto jure Canonico. Verùm falluntur; ut cum Bart. *in d. l. 2. num. 5* sit dicendum, dictæ *l. 2.* locum non esse in strictis judiciis; sed alio remedio utendum. Hinc in Transactione non erit locus isti legi: cum transactio sit inventa litium dirimendarum caussâ, quæ semel sopitæ non resuscitandæ. Deinde non videtur poni posse læsio propter incertitudinem eventus litis, Fachin. *lib. 2. cap. 22. in fine, & c. 24.*

27 Uti hæc remedio permissum ei, qui se læsum quæritur ultra dimidium, contra alterum, cui commodi quid ex læsione alterius accessit, ex ante dicta ratione.

28 Disputatum autem, An & contra tertium possessorem, ad quem res pervenit, agi possit ex *d. l. 2.* Admittit hoc Glossa *ibi*, quam Bart. *ibid. numer. 13.* probat. Veriùs tamen contra tertium non competere, quod remedium hoc sit personale, ex contractu competens, rem ipsam minimè afficiens. In quam sententiam rectè adducitur *l. fin. sup. tit. 1.* Ubi annua frumenti promissio ex fundo non sequitur fundum venditum, quia personalis. Facit etiam textus in *l. Dolus Cod. h. tit.* Ubi tantùm contra Emptorem, qui dolum commisit in rei æstimatione, dicitur restitutio competere: non etiam in tertium possessorem, ab Emptore caussam habentem, sive lucrativam, sive onerosam: etiamsi prior Emptor non sit solvendo: ex dicta ratione, quod sit affecta res. Faber *Decade 7. Errore 3. & 7.* Et hoc omnino ita procedet, si prior Emptor sit solvendo. Moderandum verò aliqui putant, si prior Emptor solvendo non sit, & tertius possessor ex lucrativa caussa rem habeat, vel vili etiam pretio, ne damno alieno locupletetur. Quæ sententia æquitati, & rationi respondet Covarr. 2. *Var. cap. 5. n. 10.* Pinel. *ad d. l. 2. p. 2. cap. 1. num. 31.* Fachin. *lib. 2. cap. 18.*

29 Actio itaque ex *d. l. 2.* tendit ad rescissionem contractus: non tamen præcisè. Nam licet reo Emptori pretium, quod deest, supplere; Venditori, quod superest, refundere, *d. l. 2. & c. 3. ⁖ De empt. & vendit.* Quæ loca dant electionem reo. Ubi ex parte Emptoris sufficiet supplere pretium, quod respectu infimi

defuit tempore contractus: quia tum læsio ponitur, quæque tunc est, inspicitur; ex parte Venditoris quod rigoroso superest, restituendum. Ratio diversitatis est, quòd sufficiat, Emptorem supplere usque ad id pretium, quo rem potuisset habere emptam sine vitio: potuit autem habere emptam pretio infimo. E contra sufficit ex parte Venditoris refundere id, quod superest ei pretio, quod potuisset habere sine vitio, rigorosum scilicet, vel summum, atque ita videndum, an illius comparatione habitâ pretium acceptum latitudinem justi pretii dimidii excedat.

30 Ubi oritur dubium, An re casu peremptâ supersit hoc remedium? Ex parte saltem Venditoris, qui se læsum queritur, non videtur superesse, quòd Emptori sit electio, vel rem restituere recepto pretio; vel pretium supplere, rerentâ re. Rem autem restituere non potest, quia eam non habet, quippe jam peremptam. Pretium supplere non tenetur; quia ejus supplementum fieret respectu rei, quæ non est. Vel rectiùs, non tam alternativè pretium, vel res est in obligatione, quam restitutio rei, & rescissio contractus; Suppletio autem pretii deficientis, vel refusio excedentis, est in solutione, seu nuda facultate solvendi, ut rectè tradit Glos. magna *circa med. d. l. 2.* quam probat Bald. *ibi n. 5.* & alii, ut tradit Pinel. *d. cap. 1. n. 36.* Ut Emptor primariò tantùm sit debitor certæ speciei, cujus interitu liberatur, nec tenetur supplere pretium; quia penes eum non est id, cujus nomine desideratur suppletio pretii. Si tamen ex re distracta justum pretium Emptor fuerit consecutus, communis resolutio habet, teneri eum supplere Veditori, quod deest justo pretio. Facit enim pretium istud rem extare, vel saltem aliàs faceret Emptorem lucrati damno alieno, quod non fert ratio. Venditorem teneri Emptori restituere pretium excedens, etiam re peremptâ, æquissimum est, cum satis illi esse debeat, habere justam rei æstimationem, non etiam ultra, quia damno alieno ditesceret. Pinel, *d. loco n. 39.* Covarr. 2. *Var. c. 4. in fine*, Fachin, *d. c. 18.*

31 In casu, quo Emptor mavult restituere rem, quàm pretium supplere, liberum erit illi deducere omnes impensas: hoc enim postulat æquitas, cùm non possint videri donatæ ab eo, qui causam habuit, quàm non facit imminui immodica læsio. Et facit ratio, quæ non fert alieno malo ditari Venditorem: nisi tamen impensæ sint excessivæ malitiâ Emptoris factæ, ut averteretur Venditor ab agendo ex hac lege; neque enim malitiæ favendum Pinel. *d. parte 2. cap. 1. n. 5.*

32 Verùm hîc quæsitum, An & fructus cum re restituere cogatur Emptor? Et videntur hoc velle aliqua loca, quæ de restitutione rei agentia etiam fructus comprehendunt? Facit, quòd dictum supra de resolutione per addictionem in diem, & legem commissoriam, quæ facit unà cum re restitui & fructus interea perceptos, ex eo, quòd resolutio contingat ex causa, quæ à principio inerat: infuit autem hic a principio contractus causa, scilicet læsio. Dicendum tamen neutiquam fructus restituendos; propterea quòd Emptor medio tempore fuerit verus dominus, & fructus jure suo perceperit. Ut cùm ejus fuerit rei periculum, etiam commodum esse debeat; nec possit dici in mora esse, qui rem tenuit titulo Emptionis. Facit, quod contractus rescindatur, quatenus in eo est læsio: est autem tantum circa rem ejusque pretium, tempore contractus, non etiam circa fructus, qui tum in rerum natura non erant. Facit eò *l. fin. §. non solum inf. Quæ in fraud. credit.* Ubi alienatio fraudulenta non facit fructus, medio tempore perceptos, venire cum re in restitutionem, quod non possint videri alienati: uti & hic non contigit læsio circa fructus. Facit etiam, quòd contractus non resolvatur, ut ex tunc; sed rescindatur, ut ex nunc, id est, non habitâ ratione temporis contractus initi; sed motæ actionis ex hac lege, per eum, qui se læsum queritur. Ut nihil obstet, quòd tempore initi contractus causa adfuerit, scilicet læsio: neque enim talis, quæ reducat contractum ad non esse. Nec obstat argumentum sumptum ab addictione, & lege commissoria? Quippe in quibus ipso jure resolvitur contractus, adveniente conditione, quasi ab initio non initus. Quod & contingit per querelam inofficiosi, per quam jure pristino evertebatur totum testamentum, ut nihil ex eo deberetur. Facit & restitutio minoris rem avocari cum fructibus, cujus favori id datum, ut pleniùs illi consulatur. Aliud juris est in hoc casu, in quo contractus emendatur, quatenus in eo est læsio: non est autem in fructibus. Unde in *d. l. 2.* non fit eorum mentio, atque ita pro labore suo eos Emptor retinet *c. Ad nostram* ⁓ *De reb. Eccles. non alien.* Videtur obstare *l. 1. Cod. Si major factus alienat. ratum hab.* Verùm dicendum: ibi non tantùm læsionem in pretio contigisse: sed & rem temerè alienatam fuisse, & subsecutam approbationem esse ejus, qui vitii

quod

quod suberat, etat ignarus. Videatur Pinell. *d.p.2. cap 4.* Et hoc ita in casu, quo Emptor urgetur ad restitutionem à Venditore; nam si ipse Emptor læsus rescindi contractum velit, videtur teneri ad fructuum restitutionem, ne aliàs ex contractu, quem vult rescissum, lucrum captet. Pinell. *d. loco num.* 28. Fachin. *lib.* 2. *cap.* 24.

33 Alia est Quæstio, An si Emptor elegerit rem recepto pretio restituere, pignus vel hypotheca, cui medio tempore ab emptore res supposita fuit, resolvatur? Adserit hoc Baldus, *ad d l.* 2. *num* 17. & cum eo magni nominis Practici, per regulam, quod resoluto jure dantis resolvatur & jus accipientis, *l. Debitor* 40. *§. sup. De pignor. act. & l. Leg. vectigali* 31. *inf De pignorib.* Et hoc, quando resolutio fit ex causa de antiquo, cui res obnoxia, antequam oneri, vel pignori subjiceretur, ut videtur in casu præsenti. Adducit Bald. argumentum ab emphyteusi, in qua commissâ re, propter omissam solarionem canonis, res redit libera ab omni onere ad dominum. Potest etiam adduci argumentum ab addictione in diem, & lege commissoria, quæ faciunt conditione impletâ rem liberam redire ad Venditorem, secundùm dicta supra *tit.* 2. *&* 3. Et istam sententiam, pluribus aliis citatis, tenet Pinel. *d. loco c.* 3. *n.* 11. licet fateatur, propter opinantium varietatem, quæstionem istam egere Cæsareâ decisione. Sed dicendum cum Bart *ad l.* 4. *alias l. Si ex duob. §. sed & Marcellus sup. tit.* 4. & Fulgosio *ibid.* quos & sequitur D. Mudæus *De pignorib. & hypoth. c. Quis hypothecam constituat num.* 5. contrarium tutius esse; pignus scilicet non dissolvi, hoc ipso saltem quo Emptor eligit rem restituens: sed eam comitari: ex ratione, quòd Emptor antea fuerit verus rei dominus, eamque potuerit alteri firmiter obligare. Non obstante læsione, quæ suberat: quia tantùm personam afficit, neutiquam rem, quæ interea affecta alteri, non potest liberari per factum debitoris voluntarium, nolente creditore. Hoc autem in casu foret factum voluntarium, cùm Emptor supplendo defectum pretii, procuraret rescissionem contractus, & per eam liberaret rem, quod jura non admittunt. Facit eò *l.* 3. *inf. Quib. modu pig. vel hypoth. sol.*

34 Ubi contractus initi sub hac conditione, *nisi Emptori displicuisset*, distractio non facit pignus interea contractum finiti, ex eo, quod fiat ex arbitrio Emptoris.

Nihil obstat regula, Resoluto jure dantis resolvi & jus accipientis: quia procedit in casu, quo resolvitur contractus, & redit ad non causam; ex caussa necessaria, quæ à principio inerat. Hic autem non resolvitur contractus: sed rescinditur, ex caussa voluntaria: nam cum, uti dictum, Emptor poterat, supplendo pretium, rem retinere, non potest non dici voluntariè à contractu recedere: & quidem in præjudicium creditoris, secundùm priorem sententiam legibus minus conformem: quarum ratio non admittit, ut res inter alios acta aliis præjudicet. Nec facit, quòd caussa sit ex antiquo, quæ à principio inerat contractui, cùm ideo rescissio non contingat ex causa necessaria, vel ut ex tunc, sed ut ex nunc, ut interim liberum fuerit Emptori re ipsâ uti & abuti. Unde etiam est, quod fructus interim percepti Emptorem sequantur, ut verum dominum. Nihil etiam facit quod allatum de emphyteusi: in qua longè alia est ratio. Nam licet omissio canonum sit voluntaria, ut pote facto emphyteutæ imputanda: dat tamen domino licentiam habendi hujusmodi rem pro commissa, in vito etiam emphyteuta, ratione conditionis rei, ab initio contractus ei inhærentis. Quod & dicendum de addictione in diem, & lege commissoria: In quibus licet caussetur contract, resolutio per factum Emptoris: ex caussa tamen necessariâ à principio inhærente, seu quæ ab initio rem afficit, & facit contractum redire ad non caussam, prout ex tunc; non tamen hoc in casu, quo contractus rescinditur, prout ex nunc. Vide Garciam *Tract. De vita & morte pignoris*, & Aut. Fabr. *Decade* 13 *Errore* 2.

35 Quæritur ulteriùs, An per *d. l.* 2. sit inductum jus novum? Negat Cujac. 15. *Obser. cap.* 14. tradens id ipsum, quòd *d. l.* 2. statutum, etiam olim competiisse: in quam rem varia adfert juris loca, ejus sententiam parum promoventia: cùm contineant alium à *d. l.* 2. casum, ut apparebit examinanti textus ab eo allegatos: & faciunt varia loca, quæ volunt, quod pluris est, minoris rectè vendi, & contra, *l. Et ideo* 26. *inf. Locati*, nec rescindi contractum prætextu minoris pensionis, si dolus adversarii non probetur, *l. Item* 22. *in fine inf. eod. tit.* Deinde nullo loco reperies statutum dati actionem Venditori ex immodica læsione, non tantùm ad rescindendam Venditionem: sed ne quidem ad reducendum negotium ad æqualitatem. Ut dicendum sit, per *d. l.* 2. novum jus inductum esse, ut

 patet

patet ex ipsa lege, in verbis, *humanum est*: & facit *l. Si voluntate Cod.hoc tit.* Ubi Imp. apertè tradit, non nisi ex læsione, quæ dimidium excedit, posse agi ad rescissionem contractus, quasi ex novo remedio inducto per Diocletianum. Probat latè hanc sententiam Pinell. *p.1. cap.1.hic*, Ant. Faber *Decade 7 Errore 7. circa medium.*

16 Hinc ulterius resultat decisio quæstionis, Quæ actio hoc casu competat? Dissentiunt auctores: nam sunt, qui Condictionem Indebiti velint competere; quorum opinio non subsistit, ex eo, quòd non possit videri datum indebitum, quod solutum ex contractu valido. Communiter receptum, quòd, licet ex contractu non agatur ad ipsius contractus rescissionem; in terminis tamen hujus legis id sit admissum. Rectiùs dicitur competere Condictio ex *d.l.2.* Nam hoc certum in jure, ut quando actio per legem novam inducta, non expresso actionis nomine, agendum esse condictione ex lege, *leg.l. sup. De condict.ex lege.*

17 Cæterum quæ dicta, non nisi propter læsionem ultra dimidium justi pretii rescindi Emptionem-Venditionem, aut similem contractum, procedunt in foro exteriori; non etiam in interiori, in quo quælibet gravior læsio est reparanda; qualis est, quæ in Emente est infra infimum pretium, in Venditore supra rigorosum; quia ponit gravamen proximi. Nec facit, quòd leges omiserint occurrere tali gravamini; nam hoc tantùm ratione causæ publicæ, ne fora frequenti contractuum rescissione turbentur. Covarr. 2. *Var. Resol. cap. 4. num.11.* ut quod habet *l. in caussa 16. §. penult. inf. De minoribus* licere contrahentibus naturaliter se circumvenire, non obtineat in foro conscientiæ, nisi secundùm interpretationem datam supra, *tit. De dolo.* Vide Binsfeld *ad c. In civitate q.2. concl.1. & seq.* ¦¦ *De usuris.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 5. de Rescindenda Venditione.

AD l.2 c.h. vid. absolutiss. tractatum Pinelli. Et Covarr. 2. *variar. res.3. & 4.* Gabriel. *lib.3. de Empt. & vendit. concl* 1. Roland, *vol.1. consil.59.*

Ad n 6. Quæ ratio sit habenda, ad deprehendendam læsionem ultra dimidium vid. Pinel. *dict. tr. p.1. cap.2. n.5. & 6.* Covarr. *variar. resol.* 2 *n.8.* Arum. *disp.1. ad h.l.2. th.8.* Fornet. *lib.2 select. c.19.*

Quomodo in permutatione Constituenda sit læsio. vid. Pinel. *modò cit. loc. p.1. c.3. n.13 & 14.*

Ad n.13. Quæ dicatur læsio enormis, vel quando aliquis enormiter læsus esse censeatur. vid. Mynf. *cent.5. obs.60.*

Ad n.17. Si Emptor invenerit thesaurum in re vendita, ita ut venditor ultra dimidium læsus reperiatur, dubiatur, sitne ei ex h.l. nostra subveniendum? De quo dubio vid. quæ habet Arum. *in disp.3. ad h l.2. theor.19 per tot.*

Ad n.24. Hic in contraria opinione est Mynf. *Resp.12. num.32.33.* Cujus sententia mihi verior videtur, si sec. Gabriel. *lib.3. de Empt. & vendit concl. 1. n.57.58.* causæ cognitio intervenerit.

Remedio l.2. C.h.t. præscribitur 30. annis Mynf *Respons.12. n 30.* Treutl *vol.1. disp.2. th.10. lit.f.* Arum. *ad. d.l.2. disp.4. thim. fin.*

Quomodo libellus, in h.l.2. concipi debeat? vid. Arum. *prox. tit. loc. them.29.*

TITULUS VI.

De periculo & commodo rei venditæ.

SUMMARIUM.

1. *Vendita res ante traditionem emptori cur pereat, & quibus casibus hoc fallat.*
2. *Rei in genere venditæ periculum est venditoris.*
3. *Rei fungibilis quando perfecta venditio.*
4. *Signatio dolii, vendito vino, an sit pro traditione.*
5. *Degustatio vini an subjiciat periculo emptorem?*
6. *Re peremptâ ante traditionem teneri emptorem ad pretii solutionem, contra Cujacium.*
7. *Intellectus l. Si fundus 33. D. Locati.*

8 Dolei-

8. *Intellectus* leg. Si lectos, 12. & l. 14. h. tit.
9. *Emptori cedit ut incommodum, ita & commodum rei.*

Ubi de re, & pretio convenit, Emptio est perfecta, nec potest alter recusare id, quod convenit, ut dicetur libro sequenti. * Et quamvis ante rei traditionem Venditor ejus maneat dominus, eique videatur primò, & principaliter res perire, redundat tamen ejusdem periculum in Emptorem tamquam creditorem spe rei, cujus interitus liberat debitorem, *l. 1. § fin. Cod. hoc tit.* Quod ipsum procedet; Primò, si Emptio sit pura, non etiam si conditionem habeat, cujus demum eventus facit Emptionem perfici, & ponit Emptorem creditorem, *d. l. 1.* eiq; rem perire, non etiam ante; nisi convenerit, ut res periculo Emptoris servaretur, etiam pendente conditione, *l. si in venditione 10. hoc tit.* Qua conventione cessante, Venditoris erit periculum ante conditionem expletam, post demum Emptoris, *l. 8. h. t.* Dies in quem dilata solutio, non facit, quin Emptor sit creditor, & proinde periculum ad eum spectet, cum ponat continuò obligationem certæ speciei. Secundò, si Venditor periculum in se susceperit *Inst. de empt. & vendit. §. cum autem*; dant enim pacta legem contractui. Tertiò, si non arguatur culpa venditoris, *leg. si ex legati inf. De V. O.* etiam levis tantùm, cum hic contractus spectet utriusque utilitatem, *l. 5. §. nunc videndum inf. Commodati.* Quartò, si caussa interitus non fuerit contracta ante Venditionem: nam istam à Venditore præstari æquum est, quòd ejus rei acciderit, non etiam rei Emptori debitæ *d. l. 1. & l. si duos inf. de act. empti.* Finaliter non procedit, nisi in rebus in specie debitis, & quidem purè, non alternativè: nam aliàs non ante periculum Emptori cederet, quàm utraque res periisset. In alternativis enim id juris, ut non nisi posterioris interitus maneat creditorem; quod illa in specie debeatur, propter sublatam alterius interitu electionem, *l. si in emptione 34. § pen sup. t. 11.*

2 In genere quoque rei venditæ periculum est Venditoris, cum genus non pereat. Quo modo & venditæ rei fungibilis, uti frumenti, vini, olei interitum non sentit emptor, quòd in genere hujusmodi res censeatur vendita, *l. Quod sæpe 35 §. in his sup. tit.* * & ante earum venditio non habeatur perfecta, quàm si adpensa, admensa, adnumerata fuerit: videtur enim subesse conditio, ut in singulas metretas, quas Venditor admensus fuerit, in singulas libras, quas appenderit, in singula corpora, quæ adnumeravit, pretium detur, ut proinde prius poni metretas, libras, corpora sit necesse, *d. §. in his cum seq.* Ut interitus rei interea contingens noceat Venditori, *d. l. 10. in fine:* nisi per Emptorem steterit, quò minus contractus debitè impleretur, cui sua mora nocebit, *l. Labeo 50. sup. t. 1.* ut si die præstituto ad metiendum non comparuerit; vel si de die nihil convenerit antequam ad vindemiam dolia fuerint necessaria, *l. 4. in fine h. t.*

4 Signatio quoque dolii periculo venditorem non eximit, nec emptorem ei subjicit, *l. 1. § si dolium h. t.* nisi aliud convenerit; quia signatio fieri solet non tam caussa traditionis, quàm ne submutetur, & supponatur aliud pro alio. Videtur ab hac doctrina excipi trabium signatio, & haberi pro traditione, *l. Quod si 14. in fine h. t.* quod ea non possit alia de caussa videri facta. Et hæc ita, nisi omne vinum, oleum, uno pretio fuerit emptum, *d. §. in his:* tunc enim idem obtinet quoad periculum quod aliis in rebus, ut scilicet periculum continuò cedat Emptori, uti perfecta jam Emptione, si aliter nihil convenerit. Cujusmodi Emptionis genus dicitur per aversionem, *l. 4. §. 1. h. t. & l. Qui officij 62. §. 2. sup. tit. 1.* quasi emptor, non satis perfecta, & explorata re, periculum ejus à Venditore avertendo in se receperit, Brisson. *in Lexico V. Aversione.*

5 Degustatio facit periculum qualitatis, muccoris scilicet, & acoris, transire in emptorem, *d. l. 4. §. 1.* non etiam interitus rei, cum degustatio non tam faciat perfici Emptionem, quam probari rei qualitatem, *d. l. in emptione 34. §. alia caussa sup. tit. 1.* Quòd si dies degustationi præscripta, mora alterius illi nocebit: nisi Venditor, cum intelligeret non duraturam bonitatem usque in eum diem, quo tolli vina deberent, ejus rei non admonuerit Emptorem; tenebitur enim ei, quanti ejus interest admonitū fuisse, *leg. si vina 15. h. t.*

6 Rectè hic quæritur, An re perempta ante traditionem, teneatur nihilominus Emptor ad persolvendum pretium? Negat Cujac. 8. *ad African. ad l. si fundum, 33. inf. Locati*, per illum textum. Contrarium tamen verius est, secundùm vulgatam regulam, quæ post contractam emptionem omne rei periculum ad emptorem transfert. Eodem facit *l. si rem 14. & 1. inf. De jure dotium.* Ubi si mulier rem æstimatam in dotem dederit, & ante traditionem ea perierit sine culpa mulieris, pretium ejus nihilominus repetet à marito. Nec rectè Cujac. dictam regulam intelli-

telligit in casu, quo res tradita; quia textus indistinctè loqvuntur; ut multò minus Emptor solutum pretium repetat. Et haec opinio probatur in terminis *§. cum autem Instit. de empt. & vend.* Ubi Imp. ait, Emptorem teneri ad pretium rei interemptæ, etiamsi rem non sit nactus. Ubi movere non debet, quod habet Cujac. In Institutionibus tradi regulas, quæ sunt de summo jure, & continent rudimenta, quasi non continerent jus generale: nam fallitur [ejus veniâ sit dictum] cùm conformiter ei, quod ex Instit. est allatum expressè rescripserit Imp. in *l. fin. C. h. t.* Facit & ratio ex jure sumpta; quia jus continuò ab Emptione perfecta transfert periculum in Emptorem, etiam ante rei traditionem; quod frustra foret, si pretii solutionem recusare posset emptor; quia in effectu non sentiret rei periculum.

7 Nihil adjuvat sententiam Cujacii *d. l. 33.* cùm in ea agatur quidem de damno circa rem venditam dato; sed respectu Venditoris, penes quem fundus erat, ei ablatus per publicationem; quæ non debet respicere aliam personam, quàm ejus, in cujus persona contigit. Unde & vice versâ si fundus fuisset traditus Emptori & postea Principali rescripto foret distractus, aut militibus adsignatus, res ea noceret Emptori, cujus respectu accidit, *l. Lucius 11. inf. De evict.* Futuri enim casus evictionis post contractam Emptionem ad Venditorem non spectant: sed ad Emptorem: cujus rei accidunt, aut cujus occasione contigerunt, Ut & rectè in *d. l. 33.* casus Venditorem sequatur. Quò facit argumentum *l. si merces 25. §. culpa inf. Locati.* Ubi, si ob inimicitias cum colono ejus vicinus fundi locati arbores exciderit, tenetur colonus; quia damnum sit datum ejus respectu. Atque ita etsi fundus evincatur Emptori injuria judicis, nihil ea res gravabit Venditorem; sed solum Emptorem, cujus personæ facta injuria, *l. si per injuriam 51 in prinс. & l. fin. inf. de evict.* Non aliàs tamen nec ultra tenebitur Emptori Venditor, quàm ut pretium acceptum restituat; non etiam quod pluris ejus intersit præstet *d. l. 33.* ex ratione, quòd non possit ei culpa imputari. 8 * Non obstat etiam *l. si lectos 12. & l. Quod si 4. h. t.* Nam quod lectorum non traditorum periculum non sit Emptoris, est, quia damnum circa illos venit imputandum Venditori, qui temerè in via publica lectos posuerat, ut ex textu apparet. Vinc. Cabot. *l. Disput. cap. 15.* Pacius *cent. 5. qu. 8.*

Cætorùm ut peculium, & interitus rei cedunt emptori, ita & vicissim cedit ei commodum ex re; cum secundùm naturam sit, ei cedere commodum, cujus est incommodum. Sic fructus emptori cedunt, licet fructibus maturis ager sit venditus, *l. si fructus Cod. de act. empti.* Partus item ancillæ, fœtus pecorum, & alia, quæ ex re producuntur: Cedit & eidem, quod per alluvionem accessit, *l. 7. h. t.* Cedendæ & Emptori actiones, quas venditor, post venditionem acquisivit, *l. Eumque 13 hoc tit.* & quæ concernunt rem debitam Emptori. Si quid tamen accessit ex re Venditoris, id ejus manet, *l. Iulianus 13. §. item si quid ex operis inf. de act. empti, ubi his de rebus plenius.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 6. de periculo & commodo Rei venditæ.

AD n. 4. *in fin.* Aversione venire, est vendi ad corpus, sive speciem: cui modo opponitur, vendere ad quantitatem, pondus, numerum vel mensuram. *vid.* Bocer *in class. disput. de Empt. th. 18.* Et Cavalcan. *de Tutor. & Curat. sect. 5. n. 38.* Et per Aversionem Emptio-venditio fieri dicitur, quod quasi aversi quodammodo, negotium contrahamus, re omni neque perfecta neque explorata benè & quod Emptor omne periculum in se suscipiat, & venditor in illum omne damnum avertat. Costal. *ad l. qui officij 62. §. de contrah. Empt.* quod & dicitur universim & uno precio vendi *l. quod sæpe 35. §. in his 5. ff. dict. tit. l. si plura 36. ff. de ædil. Edict.*

Perfecta venditione alicujus rei ad quem spectet periculum & commodum rei venditæ, distinctione sequenti explicatur; Aut res vendita petit ante traditionem, & tunc si culpa, mora vel calliditate venditoris factum est, quò minus res tradita sit, periculum rei ad venditorem pertinet; *l. quod si neque ff. de peric. & comm. rei vendit.* Aut per emptorem stetit, & periculum ad illum spectat. Quod si neuter fuerit in culpa, tunc rei nondum traditæ periculum est emptoris *l. fin. C. hic.* Quod si Emptio sub conditione contracta sit, tunc ante conditionis eventum res petit

perit venditori, *l. necessario* 5. *quod si vendente ff. eod. tit.* Sin autem res simpliciter vendita & nondum tradita sit, siquidem expressè conventum est, ad quem periculum spectare debeat, & pertinet ad illum, qui id in se recepit *l. si in venditione in princ. h. t.* Si nihil est conventum, tunc periculum ad illum pertinebit, cujus culpa res tradita non fuit, si neutrius, spectabit ad Emptorem *d. l. fin.* Et per hanc distinctionem facilè conciliari possunt pugnantes DD. hac in re opiniones.

TITULUS VII.

De servis exportandis, vel si ita mancipium venierit, ut manumittatur, vel contra.

SUMMARIUM.

1. *Modus servorum venditione qualis adjici possit.*
2. *Modus, ut ancilla prostituatur, reprobatus.*
3. *Prostituere quis dicatur*
4. *Ancilla prostituta & libera facta cujus sit libertas?*
5. *Modus, ut mancipium manumittatur, valet.*
6. *Valet & pactum, ne manumittatur.*
7. *Item ne exportetur: &, ut exportetur.*
8. *Quæ actio tunc ad pœnam commissam detur.*
9. *Conciliatio* l. si venditor. 6. & l. Servus 7. h. tit.

Emptionem-venditionem ex iis contractibus esse, qui non respuant conditionem, aut modum, dictum est supra Tit. 1. 1 * Modum servorum Venditioni adjici insiequens non est: qui honestus faciet Venditionem valere; non etiam turpis, inhonestus, reprobatus, *l. Domini* 42. *sup. tit.* 1. Ubi domini nec per se, nec per procuratores possunt servos suos vendere, *ut cum bestiis depugnent*, quod ea res sit plena inhumanitatis, & feritatis. Potest tamen judex ad justas domini querelas permittere, ut servus pœnæ tradatur, *l.* 2 *Circumcidere* 11. *in fine inf. Ad L. Corn. de sicar.* * Eadem inhumanitas est circa venditionem *ut ancilla prostituatur*: ut nec illa valeat: quia côtra bonos mores. E côtra se res habet, *ut nô prostituatur, alias, aut sit manus injectio domino, aut ancilla libera fiat.* Si contra factum sit, manus injectio est, aut ad libertatem consequendam ancilla ad Prætorem ducitur, quam & consequetur, si Venditor manus injectionem remiserit, *l.* 5. & 2. *Cod si mancip. ita venierit &c.* 3 * Prostituere videtur, qui in caupona eam habet, quæstus gratiâ, sub specie ministrandi, *l. fin C. d. tit. l.* 4. §. 2. *sup. De his qui not. infamiâ*: ne quod unâ viâ prohibitum, aliâ admittatur. Quod ita inductum favore pudicitiæ.

4 Quo casu quæritur, Cujus sit futura libertas? Venditor videtur præferendus, qui modum apposuit: ut meritò fiat interpretatio contra emptorem, odio prostitutionis, *l. sed si* 10. §. 1 *sup. De in jus vocan.* Nisi Venditor, qui excepit manus injectionem, ipse ancillam prostituerit, qui hoc modo indignum se fecit honore, *d.* § 1. Non obstat *l. si mancipium* 34. *inf. De evict.* Ubi in tali casu emptor, qui conditioni contra venit, dicitur videri manumisisse eam hoc non alio fine, quàm denegandæ illi actioni de evictione, quàm non rectè intentat contra Venditorem Emptor, eò quòd manumissionum, & evictionem ipse facto suo conflaverit: quasi non est actio de evictione; cum non possit videri evinci, quò minus habere liceat, quod suâ voluntate quis perdidit, *l. si servum* 25. *inf. De evict.* Paeius *cent.* 1. *quæst.* 65. Pœna isto casu promissa si fuerit, nulla ratio occurrit, quò minùs ea peti possit ab emptore, cùm & ancillam emptor contumeliâ affecerit, & Venditoris effectionem, ac verecundiam læserit, *l.* 6. *in fine pr. h. t.*

Valet etiam modus, *Ut mancipium manumittatur*, 5 sive simpliciter sive intra tempus, & cessante emptore, cùm manumittere posset, vel lapso tempore præstituto, liber est servus, *l.* 1. 2. 4. *C. Si mancip. ita fuerit alien. ut man.* Quod & obtinebit, si adjecta fuerit pœna, in eum, quo emptor non manumisit ancillam; quamvis tamen præstet, neglecta pœna, eam tamè vestigio in libertatem, quàm hanc impediri per pœnæ exactionem, *l fin. C. d. tit.* Procedet autem ista libertas auctoritate legis, si Venditor ante diem non mutaverit voluntatem: nam ejus pœnitentia impediret, quò minus libertas ex constitutione competeret, *l.* 1. & *fin. C. d. t.* Dico, ex constitutione, nam emptorem non obstante Venditoris pœnitentiâ manumittere posse responsum in *l. Quæsitum* 8. *h tit.* quia emptor non impediendus uti re suâ. Non oberit etiam mutatio voluntatis Venditoris, si & Emptor, & venditor absque hærede decedant, quia sic nullius interest, *l.* 1. *inf. qui sine manumiss. ad libert. pervent.* Si hæredem reliquerint, mutatio voluntatis oberit libertati. Nihil obstante *l.* 3. *inf. d. tit.* quia loquitur in casu, quo mansit in eadem voluntate venditor, quo

quo non voluit D. Marcus hæredum voluntatem explorandam, favore libertatis

6 Valet etiam pactum, *Ne manumittatur mancipium*, impedietque libertatem, *l. 5. Cod Si mancip. ita venter.* itaque propter offensam, & delictum in dominum, quod hanc pœnam mereatur, *l. servus 9. inf. de manumiss.* Adeò ut ne quidem post mortem domini, qui talem legem testamento suo dedit, ne ad libertatem perveniat, eam consequi possit, *l. fin. C. Qui non poss. ad libert. perven.*

7 Probatum & pactum, *Ne servus exportetur* è loco Venditionis, eritque Venditori actio, si exportetur; quod talis pactio affectionis potiùs sit, quàm indignationis, *l. 7. in fine h. t.* Contra & ea pactio sustinenda, *Ut exportetur*, nec in loco venditionis moretur, quòd Venditor aspectum servi

8 de se malè meriti non ferat. * Quo casu ad pœnam stipulatione appositam agi poterit, *d. l. 7.* si contraventum fuerit; non etiam ex vendito, si omissa sit stipulatio; eo quòd ex vendito non competat actio, quando tantùm subest vindicta. Et ita respondit Papinian. *d. l. 7. desumpta ex libro* 10 *Quæstionum ejus*: qui è contra respondit *l. 6. h. t. desumpta ex libro 27. Quæst.* posse agi ex vendito ad pœnam conventam, etiam citra stipulationem, secutus Sabini sententiam; ex ratione, quòd pactum, *ut exportetur*, contineat id quod interest Venditoris, qui ideo, quod exportandus sit servus, videtur minoris eum vendidisse, ut ejusmodi pactum cedat in partem pretii, cui meritò satisfieri postulat Venditor.

9 * Ad has leges conciliandas variè laboratur. Sunt qui non habitâ ratione ordinis librorum, quos reliquit Papinianus, volunt dispositionem Pandectarum inspiciendam, atque ita servandum, quod traditum in *d. l. 7.* tamquam posteriori, quæ sic legi priori loco positæ deroget. Quæ opinio minus recta; cùm potiùs inspiciendum sit, quid posterius dixerit J. C. seipsum corrigens, quam quo ordine leges, per errorem fortè aut inadvertentiam dispositæ; solent enim secundæ sententiæ prioribus esse certiores, iisque derogare. Ut alia conciliatione ratio non sit quærenda, quàm ea, quam Papinianus ipse indicat in *d. l. 6.* scilicet, se ante quidem denegasse ex vendito actionem, quòd non aliàs ea concedenda foret, quàm si pecuniæ ratione interesset, ut quia pœnam promisisset; viro enim bono non convenire, credere Venditoris interesse, quod animo sævientis satisfactum non fuisse: morum tamen auctoritate Sabini sententiam mutasse, & ex vendito actionem concedere, *d. lib. 27.* ex jam dicta ratione. Nec improbanda hæc mutatio in Papiniano, nec in ullo alio J. C est enim hoc magni viri, ut ait Cujac. *ad d. l. 6.* & amantis veritatem. Itaque ex posteriori sententia Papiniani est actio ex vendito, ad pœnam, aut manus injectio, si ea convenerit, *l. 1. & 2. Cod. h. t.* Quæ ut procedat, requiritur primò, contraxerit moram servus in loco prohibito ante libertatem, nam liberum fiscus vindicaret, & in servitutem redigeret, *d. l. 1.* Secundò, quòd ingressus in locum prohibitum, in eoque moretur ex domini voluntate, cum ignoranti non debeat jus suum auferri, *d. l. 1.* Tertiò: quod exportationis legem non remiserit, Venditor, uti eum posse remittere dictum ante.

FINIS LIBRI XVIII.

HEN-

HENRICI ZOESII I. C.

IN LIBRUM XIX.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De Actionibus empti & venditi.

SUMMARIUM.

1. *Actio empti & venditi.*
2. *Actio empti sive ex empto cui detur.*
3. *Adversus quem.*
4. *Datur ad hoc, ut tradatur res.*
5. *Si tamen ab emptore fuerit numeratum pretium.*
6. *Vel aliter satisfactum.*
7. *Fides de pretio habita quando censeatur.*
8. *An hoc ipso quo traditur res?*
9. *Pretium efferendum ab emptore.*
10. *Et quidem totum.*
11. *Venditor tenetur tradere rem.*
12. *An praecisè ad hoc cogi possit?*
13. *Sententia affirmans probatur.*
14. *Tradere non semper est merè facti.*
15. *Intellectus* l. Si jactum 12. h. t.
16. *Fructus post contractum perfectum percepti restituendi emptori.*
17. *Fructus civiles seu pensiones ex locatione rei vendita cui cedant.*
18. *Quid juris circa pensionem praedii rustici & urbani?*
19. *Fructus an sequantur emptorem in casu, quo quis promisit vendere, pretioque accepto rem tradidit?*
20. *Venditor ad quid praeterea emptori teneatur.*
21. *Vendens ignoranter servum fugitivum aut furem, an & ad quid teneatur?*
22. *Actio venditi datur ad pretium consequendum.*
23. *Item ad usuras pretii non soluti.*
24. *An usurae rectè petantur ante rei traditionem?*
25. *An etiam fide habitâ de pretio, vel data dilatione solvendi?*
26. *Ad quid praeterea emptor venditori teneatur.*

Post traditos modos, quibus Emptio Venditio contrahitur, subjungitur de effectu ex isto contractu resultante, qui est Actio Empti-Venditi, vel ex empto-vendito, vel judicium empti-venditi. Ut duplex ex hoc contractu sit Actio, utraque Directa; quia utriusque negotium principaliter agitur. [1] Prior est empti vel ex Empto, emptori competens, non tantùm qui suâ pecunia emit, sed & aliena, cùm non inspiciatur, suis, an alienis nummis quis emat, an emat, *l pen Cod. Si quis alteri, vel sibi*. Unde & competit procuratori, qui ex mandato domini emit; non etiam ipsi domino *l. 7. Cod d. tit.* saltem directa, quae alteri per alterum non quaeritur. Per se dominus emat, an per servum, vel filiumfam. non refert, *Instit. Per quas pers. oblig. acquir.* Competit etiam Minori; nam & hic obligationem validam init, licet circumventus restituatur, *l. Iulianus 13. §. sed et si quis hoc tit.* Pupillo quoque haec est actio, qui licet obligari nequeat, sine tutore auctore, alium tamen sibi obligat *d. l. 13. §. si quis à pupillo*: ut contractus ex uno tantùm latere cohstet, quod imputet sibi is, qui scivir, vel scire debuit, cum pupillo non contrahi sine tutoris auctoritate. Haeredi Emptoris dari hanc actionem dubium non est, *l. 10. h t* cùm nō tantū nobis, sed & haeredib[9] nostris contraham[9].

[3] Datur adversus eum, qui vendidit, suo vel alieno nomine, quo casu & contra dominum mandantem est utilis, *d. l. 12. §. si procurator* sive per se, sive per filiumfam aut servum. Tenetur tamen

& ipse

& ipse filiusfamilias tanquam paterfamilias *l. 6. §. filiusfamilias h. t.* Datur etiam in pupillum, qui tutore auctore vendidit, vel cujus tutor vendidit, *l. 7 §. 1. sup. de rescind. vendit.* Sine auctoritate tutoris Vendens non tenetur, licet alium sibi obliget, *l. 7. §. 1. inf. De auctorit. tutor.* Quod ista statutum ne fragilitate judicii pupillus sibi præjudicet.

4 Deducitur in hoc Judicium, quidquid præstare bonæ fidei convenit; est enim hæc actio bonæ fidei. Ut inprimis præstandum veniat quod actum, *l. Ex empto 11. §. 1. h. t.* Si nihil convenit, ea præstanda, quæ naturaliter insunt hujus Judicii potestate, *d. §. 1.* Ut ante omnia veniat præstanda res ipsa, quæ venit, *d. l. 11. §. 2.* Qui textus verbum, *Præstare*, explicat idem esse, quod tradere: ut indicet per hunc contractum non agi de dominio acquirendo, cùm possit aliena res vendi; sed tantùm de tradenda vacua rei possessione, *l. 1. in fine Cod. h. t.* Operabitur tamen res ista, ut, si tradens sit dominus, emptor dominium rei continuò adsequatur, *d. §. 2.* Aliàs tantùm consequetur usucapiendi conditionem, modò fuerit bonæ fidei, manente obligato Venditore ad evictionem. Ante rem traditam nihil juris in illam est Emptori; ita ut Venditor eam secundò vendere de jure possit, utpote per emptionem quæsitâ tantum actione personali in venditorem, non etiam in rem; ut Venditor posteriori tradens faciat eum potiorem *l. Quoties 15. C. De rei vindic.*

5 Ita tamen traditio operatur prædictos effectus, si ab emptore pretium numeratum fuerit, cujusmodi tacita conditio, *si pretium numeretur*, subest tali traditione, *§. Vendita Instit. De rer. divis. & l. Quod vendidi 19. sup. de De contrah. empt.* ante cujus numerationem venditori est integrum rem vindicare, ut cui defuerit animus transferendi dominii, *d. §. vendita.*

6 * Nisi tamen illi aliter satisfactum fuerit, dato pignore, fidejussore vel expromissore, *l. Vt res 53. sup. de contrah. empt.* vel de pretio fidem habuerit, *d. l. 19.*

7 * Censetur autem habita fides, quando emptori est indulta dilatio solvendi, sive longa sive brevis, etiam unius diei; temporis enim ratio nihil in hoc variat. Cujus rei ea vis est, ut Venditori eam vindicandi non sit amplius facultas, nec potior sit ejus quoad istam rem conditio, quæ reliquis creditoribus; quod habendo fidem de pretio in creditum iverit, *l. 5. §. sed si dedit sup. De tribut. act.* Quod tamen quibusdam ex æquitate videtur moderandum, ut non transeat possessio, & salvum sit suum jus Venditori ante alios creditores, si statim post Venditionem emergat inopia. Emptoris, qui fraudulenter videtur extorsisse, ut fides sibi de pretio haberetur, quæ idcirco censenda non habita, ne dolus suus alicui prosit, alteri obsit, *arg. l. 3. sup. De pign. act.*

8 Quæritur hic, An censeantur habita fides de pretio hoc ipso, quo traditur? Vult id Glos. *ad d. §. vendita, & ad d. l. 19.* & communiter ita receptum, secundum Tiraq. *de retractu p. 1 in fin. n. 77.* Ubi citat Fabrum, qui in *d. §. vendita. n. 1.* contrarium potius tenet. Allegat etiam textum in *l. Apud Iulianum 40. §. si Titius inf. De leg. 1.* verùm neque iste textus aliquid confert ad hujus rei confirmationem. Ut rectè contrarium censeat Donellus, *lib. 4. Comment. cap. 16.* & dicetur latiùs infrà *tit. de acq. rer. dom.* & hoc ita in Emptione-Venditione. Aliter se res habet in permutatione, & simili contractu, in quo traditio ab una parte facit transire dominium, *Gloss. in l. 2. C. de rer. permutat.* quia actio aliqua est ponenda in permutatione, quæ anteponi nequit, quàm ab altera parte quid sit factum; *l. 3. C. de tit.* quâ re non est opus in contractu emptionis, in quo continuò ponitur obligatio, & actio ultimque ex mutuo consensu. Mudæus *ad d. l. 19. n. 10. & 11.*

9 Pretium autem offerendum ab Emptore Venditori, ut cum effectu ad rem agat; cùm enim ab Emptore incipiat contractus, debet etiam ab eo primò impleri, ne iniquè petat sibi satisfieri, ipse existens in mora, *l. Si solutionis inf. De solution.* Non impeditur tamen Emptor rem petere, si oblatum à se pretium Venditor accipere recusaverit, saltem in judicio, *l. Si rem 9. §. fin. De pignor. act.* Extra judiciũ videtur requisita obsignatio, & depositio, *l. Obsignatione Cod. de solution. & d. l. 13. §. offerri h. t. ubi* Castrens. *n. 9.* Cùm enim liberari volens ab obligatione, debeat offerre, & consignatam pecuniam deponere, quid ni & is, qui intendit alium efficaci actione teneri? Bart. *ad d. l. 3. inf. de condition. Instit.*

10 * Offerendum præterea est totum pretium, *d. §. offerri*, quia partem offerendo non potest videri ne quidem pro parte satisfecisse, cum non rectè partis solutio fiat invito, nec liberet, licebitque Venditori interea rem quasi pignoris loco retinere. Dico, quasi pignoris loco; quia res, cum sit adhuc in dominio Venditoris, non potest illi circa rem istam esse verum jus pignoris.

11 Ubi emptor ex sua parte satisfecit, solvendo pretium conventum vel aliàs præstando id, quod est loco solutionis, tenetur etiam Venditor rem tradere, inducendo emptorem in vacuam rei pos-

sessio-

sessionem, quæ ab eo avocari non possit. Super qua si actio moveatur, defendere emptorem Venditor debet, cujus periculo cedet evictio ipsius rei. Non requiritur autem, ut propriè rem tradat Venditor; cum sufficiat, sciat, & patiatur emptorem possidere: est enim patientia loco traditionis. Quo casu & emptor apprehendere possessionem debet, sciente & volente Venditore: nam aliàs propriâ auctoritate eam apprehendens posset videri improbè possidere, *l. Nec ex vero C. de acquir. possess.*

12 Controversa admodum est quæstio, An teneatur Venditor præcisè tradere? Sunt qui mordicùs negent, quod ad factum nemo præcisè compelli possit, agentes de præcisâ, & inevitabili tradendi necessitate: quorum sententia vera est, ut, si præfracto, & procaci animo Venditor rem tradere nolit, cogi directè, & præcisè nequeat: Verùm hæc quæstio ut sit utilis, videndum, an Venditor liberetur à rei traditione, dando interesse. Quod ipsum volunt non pauci, inter quos est Alciatus *ad l. 1. in V. certam quantitatem C. De sent. quæ pro eo quod interest profer.* qui putat Venditorem non posse compelli præcisè, ut rem tradat; sed præstando æstimationem, vel id quod interest, prout ipse elegerit, liberari. Idem tradit Donellus, *ad l. 4. C. h. t.* & ante eos Bulgarus, quem Joannes, & Azo secuti. Moventur, quod *tradere*, sit facti, *l. Ubi 72. inf. De V. O.* ad factum autem nemo præcisè compelli possit; sed offerendo interesse, liberetur, *l. Si quis 13. §. 1. inf. De re judic.* ubi qui non facit, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus facti obligationibus. Facit in eam sententiam, *l 4. Cod. h. t.* ubi Venditor non cogitur implere contractum; sed liberatur præstando interesse: & in *l. Si jactum 12. h. t.* ubi, si piscator, qui jactum retis vendidit, rete jactare noluerit, incertum ejus æstimandum dicitur; quo responso putat omnino probari istam opinionem Alciatus.

13 Contra tradidit Martinus, non liberari venditorem eligendo suo arbitrio præstare interesse, vel æstimationem; sed teneri ad rem, ad quam se obligavit. Eum sequitur Bart. *in l. n. 12. h. t.* Castren. *ad d. l. 4. C. eod.* & alii ut veriorem, & æquiorem istam sententiam amplectuntur. Pro qua faciunt varia Juris loca, quæ volunt impleri contractum, & rem tradi, *Inst. de empt. & vend. §. 1. & de donat. §. alia autem in V. ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit*: & *l. Ex empto 11. §. 2. h. t.* Ubi oportet vendentem in primis rem ipsam præstare, id est tradere. Et expressè Paulus, *1. Sent. c. 13.* vult, si quod Emptum est, & non traditur. Venditorem cogi posse, ut tradat. Ex quibus patet, leges non relinquere arbitrio venditoris, rem tradat, an interesse eligat, cum illi imponant necessitatem tradendi rem, ita postulante bonâ fide, quæ vult fieri id quod conventum. Et facit textus *Instit. de empt. & vendit. in princ.* ubi datur locus pœnitentiæ ante perfectum contractum; ut è contra denegetur, eo perfecto, cum nomina contractus perfecti non admittant pœnitentiam. Quò facit, quod continuò quæratur jus ad rem parti, cui non fit satis, dando interesse; quia aliud est à re debita: aliud autē pro debito nō obtruditur, nisi volenti. Deinde si penderet ex arbitrio Venditoris eligere, rem, aut æstimationem tradat, deberet esse immunis ab omni pœna, *l. Gracchus Cod. de adulter.* non est autem immunis, cùm secundò Vendens rem semel venditam notetur crimine falsi, *l. Qui duobus 21. inf. l. Ad l. Corn. de falsis.*

14 Non multum movent argumenta in contrarium. Nam quoad primum quod habet, tradere, esse facti; ad factum autem neminem præcisè cogi posse, non debet capi in hoc sensu, in quo secundū Bart. *d. loco*, tradere, est merè facti; sed quod habet naturam mixtam, & quodammodò mediam inter obligationes dandi, & faciendi; ut licet generaliter sub verbo, *Facere*, comprehendatur etiam, *dare l. Verbum. 114. inf. de V. S.* non tamen strictè; cùm aliud sit *Facere*, aliud *Dare* vel *Tradere*. Deinde posito, quod *tradere*, sit facti, accipiendum dictum istud de præcisa, & inevitabili tradendi necessitate, ad quam nemo cogi potest; non etiam ita largè, ut obligato tradere, vel facere, ex suo arbitrio sit liberum eligere, faciat ne, vel interesse præstet: sed tum demum, ubi rem tradere non potest, vel Emptor propter moram aut aliàs elegit æstimationem, vel interesse.

15 Nihil etiam faciunt loca Juris adducta pro altera opinione. Non in primis *d. l. 12.* Quia in ea non quærit Celsus, an sit in arbitrio Venditoris, rem tradere, aut interesse præstare: sed hoc, an venditore rem non tradente, sive quia non potest, sive quia non vult, nec tamen instante Emptore, & urgente, ut omnino tradat: sed æstimatione contento, quid in æstimationem veniat? ut rectè tradit D. Mudæus, *ad hunc tit. cap. ult. n. 18.* Quod & respondendum ad *d. l. 4. & d. l. 13. §. 1.* cum jura non ferant, ut obligatus ad quid certum præstandum, etiam quod facti est, liberetur suo arbitrio, dando interesse invito creditori, quia aliud pro alio solveret.

16 Tenetur & Venditor restituere Emptori fructus, continuò post contractum perfectum à se perceptos, etiam ante pretium numeratũ, *l. Fructus C. h. t.* cum enim interitus, & periculum rei maneat Emptorem, *l. 7. De peric. & com. rei vend.* ut onera eum sequuntur, ita & commoda eumdem sequi par est. Et hoc non tantùm si fructus erant pendentes tempore contractus, qui tamquam pars fundi censentur cum eo venditi, *l. Iulianus 13. §. si fructibus h. t.* sed & si postea sint sati, & Emptor fuerit in mora petendi rem, & pretium, ex dicta ratione. Sumptus tamen Venditori refundi ratio postulat, *l. penult. Cod. hoc tit.* Et hoc ita in fructibus naturalibus.

17 Quæritur de civilibus, veluti pensionibus debitis ex locatione rei venditæ, an Emptor eos exigat? Ubi, vel quæritur, cui mero jure actio competat ad pensionem, vel cui, attento effectu, pensio cedere debeat. Primo casu indistinctè Venditori actio competit, *d. l. 3. §. si in locatis 11.* quia jus ad pensionem ex contractu quęsitum locatori, à cujus persona non speratur, nec transit in Emptorem, nisi mediante cessione. Neque enim censetur actio ex locata re esse vendita; ut Emptori nulla sit actio in conductorem ad pensionem, debitam tantùm ei: cum quo contraxit. Quò facit, quòd emptor non teneatur de jure stare locationi factæ per Venditorem, *l. Emptorem Cod. Locati.* Secundo casu dicendum, quòd, ut fructus ad Emptorem pertinent, ita & pensio ei cedere debeat; aut cedenda saltem à Venditore actio locati ex æquo, & bono; est enim pensio fructus civilis. Pro quo facit textus in *l. Eum qui 14. in princ. inf. De furtis.* Ubi ante rem traditam non est Emptori actio furti; sed Venditori, quæ tamen ab ea cedenda.

18 Facienda autem hic distinctio inter pensionem prædii rustici, & urbani: nam ad illam in totum actio est cedenda, cùm ut fructus omnes Emptori cedunt, ita & actio eidem ad totam pensionem cedenda, ex natura surrogatorum: hæc verò dividenda inter Emptorem, & Venditorem, pro rata temporis. Nam cum quotidie fructus tales percipi videantur, tempus, quod præcessit Venditionem, cedet in utilitatem Venditoris; quod verò subsequitur, in utilitatem Emptoris: licet pensionarius toti⁹ temporis soluta fuerit ipsi Venditori. Neque enim anticipata solutio debet operari præjudiciũ Emptori, cum sit inspiciendũ tempus perceptionis fructuum, quorum nomine pensio debetur, si nihil aliud actum fuerit. Covarr. 3. *Var. Resol. cap. 15. Costal. ad d. §. si fructibus,* Peregrin. *De jure fisci lib. 6. tit. 4. num. 34. & seq.*

19 Quod dictum, teneri Venditorem ad fructus, etiam obtinet in casu, quo Emptor recusavit fundum oblatum recipere, ex natura contractus, quam non immutat Emptoris mora, *l. Videamus 18. §. item si inf. De usuris & fructibus.* Barbosa *ad l. 5. n. 66. inf. Soluto matrim.*

20 Quid si aliquis promiserit rem vendere, & sine alio tractatu eam tradiderit, pretio accepto, an fructus fient Emptoris? Negant hoc aliqui ex ratione, quod qui vendere promisit, vendidisse dici nequeat, cùm aliud sit vendere, aliud pactum de vendendo facere. Nihil faciente traditione, quæ nuda hoc in casu non sufficit ad dominii translationem, & fructuum acquisitionem. Jason. *ad l. 6. n. 4 inf. Soluto matrim.* Veriùs tamen, fructus Emptorem sequi, quia qui vendere promisit, & accepto pretio tradidit rem, ostendit se voluisse promissionem adimplere, cùm agens aliquid videatur hoc ipsum agere ad destinatum finem, & ad implendam promissionem præcedentem, *arg. c. Veniens 15. & c. Sicut 22. De sponsalib.* Covarr. 3. *Var. Resol. c. 4. in fine.* Fachin. 2. c. 5. Barbosa *ad d. l. 5. n. 42. Soluto matrim.* Tiraq. *De retractu p. 2. in fine. n. 64. & seq.*

21 Tenetur & Venditor restituere quidquid ex re, vel ejus occasione commodi percepit, post contractum initum: ut etiam hæreditatem per servum post Venditionem acquisitam, legata, & similia Emptori debeat, *d. l. 13. § si quid servum.* Cavet quoque restitutum iri à se quidquid ex re vendita ad se pervenerit, *l. Si quis servum 23. h. tit.* Præstat etiam, quæ suâ culpa, etiam Je vi circa rem absunt, vel absutura sunt, ne factum ejus sit Emptori damnosum. Modum quoque rei, quem dixit, præstat; qui si minor inveniatur, pro bonitate loci fiat æstimatio, *l. 4 § 1 h. t.* Damna insuper, quæ ex vitiosa re Emptori acciderunt, resarcit, & quidem omnia, si sciens vitium rei reticuit, Emptorem decipiendo: si verò ignoraverit, id tantum præstabit Actione ex Empto, quantò minoris Emptor, si scivisset rei pretium, empturus fuisset, *d. l. 13. in princ.*

22 Hac in re distinctio aliqua tradita per leges inter eum, qui ignorãs vendidit fugitivum & qui furem, quòd ille teneatur quanti Emptoris interest non decipi, hic verò non teneatur, *d. l. 13. §. 1.* Ubi subjungitur differentiæ ratio, quod fugitivum habere non liceat: quia libertatis species quædam est fugisse, *l. Quid sit 14. §. idem rectè inf. de ædilit. edicto*; ut tamquam de aliena re vendita tenea-

teneatur Venditor de evictione, *l. Ex empto 11. §. venditorem hoc tit.* Furem autem habere possumus, quod vitium furandi tale non sit, ut ob id servus abesse debeat, vel usum ministeriumque ejus impediat, cùm Emptori liceat eum corrigere. Non excusabit tamen adseverantem frugi esse, & fidum etiam ignorantiâ, cum carius ideo vendiderit, per affirmationem talem pellicendo Emptorem ad emendum, non sine deceptione: ut meritò Emptori teneatur ex empto Venditor præstare eum frugi, & fidum, & teneatur eidem quanti minoris, *l. si quid 18. in princ. inf. de ædil. edicto*, ne temeraria ejus affirmatio illi obsit, *d. §. 1.* Aliud est, si commendandi caussâ quid dictum, quia non pertinet ad speciem deceptionis, uti adseveratio, indicatio, affirmatio bonitatis, *l. sciendum 19. inf. de ædil. edicto*; quia commendandi caussâ dictum promissum, habetur quasi non dictum, non promissum, *l. Quod venditor 37. sup. De dolo.* Scienter facta ejusmodi adseveratio faciet teneri Venditorem de dolo *d. l. 37.* Affirmatio itaque facit teneri ex empto Venditorem ad præstandum id, quod dixit: quod & in vase vendito obtinet, *l. Tenetur §. si vas h. t. quâ de re infra t. seq.*

22 Actio Venditi, vel ex Vendito, est Venditori: qui primum agit ad pretium conventum consequendum, *d. l. Julianus 13. § veniunt h. tit.* nisi Emptor compensare possit, & velit: cessante tamen errore, qui faceret compensationem inutilem, *leg. 2. Cod. hoc tit.* Est autem Emptoris facere ut pretium sit Venditoris, *d. l. Ex empto 11. §. 2 hoc tit.* neque enim alienos nummos dando potest dici liberatus, cùm eos non fecerit accipientis, præcipuè si fuerint nummi Venditoris, *l. 7. C. h. t.* ut ex vendito teneatur Emptor Venditori ad pretium, *l. 1. inf. de rer. permutat.*

23 Agit etiam ad usuras pretii non soluti, saltem post rei traditionem, *l. curabit 5. Cod. hoc tit. & d. §. veniunt*: Ubi subjungitur ratio, quòd cum re fruatur Emptor, æquissimum sit, eum usuras pretii pendere, ne aliàs, & fructus ex re perceptos Emptor lucretur & pretium retineat; Venditor verò utroque careat. Et hoc citra labem usurariam; cùm tantùm exigantur in compensationem fructuum, quos percepit Emptor, quâ de re latè Covarr. *3. Var. Resol. cap. 11.* Non rectè objicitur, in *d. l. 5.* poni duplicem caussam petendi usuras, & quia Emptor perceperit fructus, & quia Venditor minor: Neque enim hoc ideo, quòd utrumq; hoc copulativè requiratur, cùm sufficiat alterum; atque ita disjunctivè illud accipiendum, hoc sensu: Tenetur Emptor ad usuras, ratione perceptorum fructuum, &, si non teneretur eorum nomine; tamen & ratione minoris ætatis teneretur.

Quæstio autem est, An rectè usuræ petantur à Venditore ante rei traditionem? Posset videri non rectè peti, ex eo, quod in *d. l. 5.* fiat mentio perceptorum fructuum per Emptorem, ex possessione rei, quam nactus. Similiter & in *d. §. veniunt* traditur venire usuras pretii post diem traditionis. Veriùs tamen, peti eas posse, etiam ante rei traditionem, cùm earum præstandarum caussa non tam procedat ex mora Emptoris, quam ratione fructuum, qui etiam ante traditionem per Venditorem percepti debentur Emptori, eique restituendi. Ut & debeantur usuræ hac in parte compensatoriæ, etiam jure Canonico licitæ, Covarr. *d. loco.* Nihil faciunt loca supra allata: Nam licet faciant mentionem traditionis; præcipuè tamen se fundant in fructuum perceptione, qui etiam ante percepti sunt restituendi Emptori: ut & hic dicendus sit teneri ad usuras; cùm positâ caussâ ponatur effectus. Et hoc apertè videre est in *l. Libertatis 16. inf. De usuris.* Ubi Imp. negat Emptorem debere pretii usuras, qui fructus non perceperit; ut si eos perceperit, ad usuras teneatur. Huic consequens est, nullis fructibus perceptis per Emptorem, eum non teneri ad usuras pretii non soluti, cum usuræ hæ sint compensatoriæ, fructibus autem nullis perceptis cesset caussa compensationis; cùm nihil absit Venditori. Posset tamen Venditor ratione moræ exigere usuras, jure saltem civili, quo ex mora debentur usuræ in bonæ fidei judiciis, qua de re infra de usuris. Vide Barbos. *ad l. num. 58. soluto matrim.* Fachin. *lib. 2. c. 32. vers. Altera est controversia*, Binsfeld. *ad c. in civitate qu. 6. concl. 5. & De usuris.*

24

25 Alia est Quæstio, An dicta de usuris locum habeant, si res tradita sit, habitâ fide de pretio, vel datâ dilatione solvendi? Veriùs videtur, quòd, ut non competit actio ad pretium participandum, ratione pacti; ita nec ad usuras competat, ratione sive perceptorum fructuum, sive interesse, eò quòd Venditor in dilationem pretii consenserit, & renuntiaverit constitutioni Cæsareæ in *l. 5. C. hoc tit.* Potest tamen eo casu pactum valere de eo solvendo, quod interest Venditoris, vel ratione damni accepti, vel lucri cessantis ut bene tradit Covarr, *d. c. 4. num. 5.* Binsfeld. *dicto loco concl. 8.*

98. Com-

Contractibus nominatis bonæ fidei adscribitur Locatio-Conductio. Proxima est emptioni-venditioni, ut meritò post explicatas empti, & venditi actiones subjiciatur de actione 1 Locati Conducti. * Verbi, *Locare, Conducere*, variæ sunt significationes. Hoc loco, *Locare*, nihil aliud est, quàm alteri sub certâ mercede utendum, vel faciendum offerre: *Conducere* verò, sub certâ mercede utendum vel faciendum quid accipere. Hic *Conductor*, ille *Locator* 2 dicitur. * Dicuntur autem veteres emptionis, venditionisque, Locationis, Conductionisque vocabulis promiscuè usi, *l. Veteres 19. & 20. sup. tit. 1.* Quod non accipiendum, quasi emptionem pro venditione, & contra, Locationem pro Conductione, & contra, dixissent; ita enim nusquam inveniuntur usurpasse istas appellationes: sed quòd emptionem aliquando vocaverint conductionem, & contra. Ut in *d. l. 20. sup. tit. 1.* non sit legendum, *Idemq; est*, sed, *id est*, ut rectè tradit Cujac. *in d. l. 19. & 9. Observ. cap. 21.*

3 Locatio Conductio est contractus nominatus, bonæ fidei, consensu initus, quo usus rei cum mercede commutatur. Ubi Rei nomine etiam factum personæ venit; nam & hoc locari patet ex *l. 2. §. 1. h. t.* Proxim°, & similis rectè dicitur hic contractus emptioni-venditioni; nam ut in illa solo consensu commutantur res & pretium, dantque contractui substantiam, ita & hic consensus in usum rei & mercedem, contractum perficit. Quam & certam hic esse oportet, vel ex conventione partium, vel saltem eò relatam, unde certa fieri potest, in arbitrium scilicet tertii: quo definiente mercedem, consistet contractus; nolente, aut non valente definire, contractus pro nihilo erit, *l. si merces 25. in princ. h. t.*

Ubi in dubium vocatur, An uti in emptione- 4 venditione pretium consistere debet in pecunia numerata, ita & hic merces? Volunt hoc varii textus: ut in *leg. 1. §. si servum sup. De positi.* Ubi, quia pecunia non intervenit, non locati; sed præscriptis verbis dicitur agi: & in *l. 5. §. at cum de inf. de præscript. verb.* Ubi si tale factum fuerit, quod locari solet, pecuniâ datâ Locatio erit. Ad idem facit *d l. 25. §. vis major. h. t.* Ubi etiam fit mentio pecuniæ. Et communiter ita receptum tradit Glossa *Instit. eod. in princ.* Gomez. 2. *Var. cap. 3. num. 3.* Donel. 13. *Comment. cap. 3.* * Sed con- 5 tradicere videtur textus in *l. si olei 21. Cod. hoc tit.* Ubi Locatio agri certa olei ponderatione dicitur ficti. Nec evaseris difficultatem, dicendo cum quibusdam, ibi non esse veram Locationis speciem; sed verbum, *locasti*, latiùs, & impropriè sumi. Ut velint per istam legem non requiri, ut merces in pecunia numerata consistat: nihil obstantibus, secundùm illos, locis in contrarium allegatis, quibus sufficienter indicatur, requiri, ut merces consistat in pecunia numerata: cùm dicant istis in locis pecuniæ vocabulum latiùs sumi, ut etiam res comprehendat fungibiles, *l. fin. Cod. De constit. pecun. l. 1. §. creditum sup. de reb. cred.* Sed errant, cùm nomen pecuniæ ibi propriè accipi satis ex textibus istis colligatur: & in *d. l. si olei* agatur de vera Locationis specie: cum sit posita sub Rubr. Locati: ut procedat argumentum à rubro ad nigrum, in Jure frequens, de quo Everardus Præses, *in suis Topicis.* Deinde in ista lege exprimitur agi de contractu bonæ fidei, ergo de Locato: nam do, ut facias, similis contractui Locati, non est bonæ fidei. Alii volunt in *d. l. si olei* conventum fuisse de oleo solvendo, loco certi pretii: verùm nihil ibi positum, ex quo colligi possit de mercede certa antea conventum fuisse. Ut dicendum sit, regulariter quidem desiderari mercedem in pecunia numerata: excipi tamen Locationem fruendi, quæ mercedis loco fructuum partem rectè admittit. Cujac. 8. *ad African. ad d. leg. Et hac 35. §. eum fundum hoc tit.* Quod facit, quod & cum Colono Partiario, qualis est, qui par-

partem fructuum infert loco mercedis, fit Locatio, *d.l.25.§.vis major hoc tit.*

Est & in eo similis hic contractus emptioni, quòd ut ista non admittit emptori invito obtrudi æstimationem, vel interesse: ita nec in hac contingat liberatio Locatoris ab usu præstando oblatione æstimationis, ex eadem ratione: ne aliud pro alio solvatur invito. Habet & hic locum, si læsio contingat ultra dimidium justæ mercedis, cum eadem subsit ratio, secundùm dicta supra, *ad tit. de rescind. venditione.*

6 Disputatur, an & in eo sit similis, quod ut in emptione, quoad rem venditam duobus, potior est is, cui primò tradita res, & hic, cui primò traditus usus? Negat Jason, *ad l. Quoties 15.n.32.C.de rei vindicat.* eâ ratione, quod ista lex agat de casu, quo transfertur dominium, vel aliquod jus reale quæritur, quod neuriquam quæritur per hunc contractum. Facit *l.in operis 26.h.t.* quæ vult pri' satisfieri ei, qui primò conduxit. Veriùs tamen est, etiam hoc in contractu, obtinere decisionem *d.l. Quoties*, in qua licet non agatur de casu, quo aliquod jus reale quæri potest: non tamen in eo consistit ratio decisionis dictæ legis, sed in consumatione contractûs, qui ut in emptione consumatur, tradendo vacuam rei possessionem, ita & hoc in contractu, tradendo usum rei: quem consecutus bonâ fide Conductor, potentiùs jus habet eo, cui res quidem prius locata, non tamen traditus usus. Non obstat *d.l.in operis 29.* Quia loquitur in casu, quo necdum posteriori Conductori traditus est rei usus: nam eo casu tenetur Locatori satisfacere ei, cui prius est jus quæsitum. Covarr.2.*Var.Resol.cap.19.num.8.* Gomez.2.*Var. cap.2.n.20.*

7 Locare possunt omnes, qui contrahere, iidemque & conducere. Ut mutus, surdus non impediatur, nec Absens: quia solo consensu constat hic contractus, qui consensus inter absentes per nuntium, aut epistolam exprimi potest. Excipiuntur Tutores, Curatores, quia ante redditas rationes impediuntur conducere prædia de patrimonio Cæsaris, *l. Tutores 49. hoc tit.* Milites quoque ne avocentur à militia, *l. Si ignorans 50. hoc tit. & l. Milites 31. Cod. eod.*

8 Materiam ponunt res omnes, sive mobiles, sive immobiles, tum propriæ, tum alienæ, *l.7.h.tit.* cùm ad instar emptionis hic contractus non det jus in rem; quia persona tantùm obligata Unde res uni locata, alteri locari potest; quamvis non sine crimine stellionatûs. Usufructuarium non impediri rem fructuariam alteri elocare, dictum supra de usufructu, etsi contra sit in usuario.

9 Veniunt & in hunc contractum Decimæ, *cap. 2.* ⁑ *hoc tit.* Feudum, Jus exigendi censum, Res Ecclesiæ; non tamen ultra triennium, qua de re ⁑ *de reb. Eccles. non alienan.* Impediuntur tamen Prælati, vices suas & Ecclesias sub annuo censu concedere, ⁑ *Ne Prælati vices suas &c.* ex ratione, quòd dum sacerdotium sub hujusmodi mercede venale ex ponitur, ad æternæ retributionis præmium consideratio non habeatur. * Ponunt & 10 materiam operæ, non tantùm servorum, sed & liberorum, quia & liber homo potest se obligare ad quid faciendum; non tamen in perpetuū, quia ea res tenderet ad diminutionem libertatis, *arg. l. Titio 71.§.2. inf. de condit. & demonst.*

11 Res propria est extra hunc contractum, *l. Neque pignus 45. inf. de R.I.* Nam ut rem nostram nobis dari frustra stipulamur, quia quod nostrum est, amplius nostrum fieri nequit; ita & rei usum, quem habemus, frustra petimus, quia jam noster est. Et hoc ita, si purè rem suam quis conducat: nam sub conditione conduci res nostra à nobis potest, effectumque conductio est habitura, si res interim nostra esse desierit, *arg. leg. Si rem meā 31. inf. de V.O.* Ubi stipulatio rei propriè sub conditione valet & *arg. l. Cætera §. 1. in fine inf. de legat.1.* Ubi idem de legatis dispositum.

12 Earum rerum, quarum usus in abusu est, Locationem esse non posse, natura ejus ostendit, quæ vult rem salvam domino suo restitui. Ut rerum fungibilium non sit Locatio, nisi fortè ad ostentationem, *arg. l.3.§.fin. sup. commodati.*

13 Effectus hujus contractûs est obligatio ad præstandum usum rei, & mercedem eo nomine conventam, datâ ad hoc actione Locati-Conducti. De dominio, transferendo hoc in contractu non agitur, si utique Locatio sit ad modicum tempus, & finiatur intra decennium, *l. Non solet 39. h.t.*

14 Sed dubium est de ea, quæ facta ad longum tempus, ad decennium scilicet, vel ultra (hoc enim ponit longum tempus *tit. Cod. de longi temp. præscript.*) An per illam aliquod dominium, vel jus reale transeat? Et possessionem per eam transferri, ac dominium utile plerique volunt, quos citat, & sequitur Tiraq. *de re tract. p.1.§.1. Gloss. 14. num.79.* Fundant se in *l.1.§. quod ait Prætor inf. de superficieb.* Ubi distinguitur inter modicum, & longum tempus, ut per hoc superficiario sit actio in rem, non item per illud. Nituntur & *leg. 1. in fine sup. Si ager vectig. vel emphyt. pet.* Ubi qui in perpetuum fundum conduxerunt, licet non

Nnn fiat

sint domini, placuit tamen eis competere jus, & actionem in rem adversus quemvis possessorem. Rectiùs tamen dicetur, nullum transire dominiū propterea, quòd isto contract⁹ genere tantùm agatur de translatione usus, neutiquam autem dominii, *d l. Non solet 39. h. tit.* Facit eodem *leg. 2. C. De præscript. 30. annor.* Ubi ne quidem possessores convenit appellare illos, qui mercedem præstant. Ut diu res conductas possidendo, usurpare ejus dominium quis nequeat: ac multò minùs hoc ipso, quo conductas habet ad longum tempus, dominium aliquod acquirere poterit, propter deficientem titulum. Facit & textus in *l. Qui fundum 35. h. t.* Ubi Locatio facta in plures annos censetur simplex, non factâ mentione alicujus juris realis, quod per eam acquiratur. Facit præterea, quod Jurisconsulti nullibi hac in re distinctionem faciant inter modicum & longum tempus, idque ideo quod longum tempus non sit magis modus transferendæ obligationis de una specie in aliam, quàm inducendæ, aut tollendæ, si aliud nihil accedat; ut si perpetua fuerit Locatio, quæ est ad instar emphyteusios, & facit transire dominium utile.

Nihil obstat *d. §. quod ait Prætor.* Nam ibi ideo distinguitur inter modicum & longum tempus: quia agitur de conducta superficie, in qua longum tempus hoc operatur, ut competat in rem actio; adhibitâ tamen caussæ cognitione per prætorem, qui cognoscat de modo, & conditione conductæ superficiei. Nihil etiam obstat *d l. 1. in fine*; Nam in ea agitur de conducto agro vectigali, & sic publico, cujus alia est caussa, quàm agri privati conducti: nec ibi datur hoc longo tempori; cùm etiam ad modicum tempus habenti agrum vectigalem conductum idem competat, *l. 3. sup. Si ager. vectig.* Videatur Franc. Connanus *lib. 7. Commentar. c. 12. n. 4.* Pinel. *ad l. 1. p. 3. n. 16. C. de bonis mater.* Wesenb. *hic n. 8.*

15 Ad effectum hujus contractûs spectat, quòd ex eo Actio detur utrimque Directa, quia utriusque negotium agitur principaliter, Locati scilicet, & Conducti. Illa competit Locatori, ejusque hæredi, contra conductorem: per quam finitâ Locatione, Locator persequitur rem, & mercedem conventam, ejusque usuras post moram, quia contractus est bonæ fidei, in quo usuræ præstantur ex mora, *l. 2. & l. Prædes 17. Cod. hoc tit.*

16 * Item refusionem damni, dolo culpave Conductoris circa rem dati, & quidem levi, secundùm regulam traditam in *l. 5. §. nunc videndum sup. Commodati.* Agitur enim utriusque commodum & Locatoris, ut pro usu rei habeat mercedem, & conductoris, ut pro mercede consequatur usum rei. Idem etiam habet *l. Contractus 23. inf. de R. I.* in locato dolum, & culpam præstari, scilicet levem: nam ea culpæ nomine passim venit, non etiam levissima, quæ potius casui vicina, sub eoque comprehenditur, & non præstatur. Quo modo non obstat, quod habetur in *l. In judicio 28. hoc tit.* in Judicio Locati-Conducti venire dolum, & custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest: Nam ibi sub casu comprehenditur culpa etiam levissima, ad quam non tenetur Conductor, juxta aliàs Juris decisiones * Difficultatem facit, quod habet textus in *§. qui pro usu Instit. hoc tit.* Ubi Imp. videtur requirere talem diligentiam, qualem diligentissimus paterfam. rebus suis adhibet; ut possit videri etiam ad levissimam culpam teneri Conductor. Verùm dicendum, verba, sive in positivo, sive in comparativo, sive in superlativo efferantur, semper esse capienda juxta materiam subjectam, & pro cujusque contractûs natura: nisi tamen ejus hominis operæ sint locatæ, qui industriam singularem certæ rei, & artificem se profitebatur, ut in *d. l. Si merces 25. §. 2. h. t.* 17

18 Quæri hic posset, An damnum datum per tertium imputetur Conductori? Non videtur; quia non potest alterius conditio per alterum fieri pejor: ut censeatur tale damnum per casum contigisse, atque ita domino rei imputandum. Quò facit, quod habet textus in *l. Ad eos 19. sup. Commodati*, nullâ nos diligentiâ præcavere posse, ne nobis damnum ab aliis detur. Nisi tamen subsit aliqua conductoris culpa, aut negligentia; *l. Sed de damno 41. h. tit.* vel caussam culpæ dederit, *leg. Si is 20. sup. Communi divid. d. l. Si merces*, Ubi damnum datum excisarum arborum, propter inimicitias Conductoris, ipsi imputatur. Si tamen diligentiam præstiterit Conductor ad avertendā injuriam, non est, quod ei damnum imputetur, cum illud casui potius sit acceptum ferendū. Castren. in *l. 2. § si in facto n. 4. inf. De verborum oblig.*

19 Casum itaque non præstat conductor. Unde si usus rei casu impediatur, ut per nimiam sterilitatem; habitatio ædium per pestem, hostes, spectra, res ea locatori cedet damno, qui diminutionem pensionis facere cogitur, eò quòd rei usum, cujus nomine merces debetur, non præstiterit.

20 Quando autem sterilitas fructuum dicenda sit tanta, ut pensio diminuenda veniat, controvertitur inter Doctores. Aliqui asserunt, si sterilitas tanta sit, ut nulli fructus fuerint collecti, liberari colonum a tota pensione: aliàs teneri pro rata.

Alii

Alii etiam tum liberati, si deductis expensis parum superfit, eò quòd id fructuum nomine veniat, quod deductis expensis supereft, ut, si nihil superfit, fructus non fint, quod habet rationem. Dici tamen poteft hæc res dijudicanda secundũ vulgi opinionem, non tamen secluso arbitrio boni viri, qui habebit rationem ejus, quod deductis expensis fructuum remanebit. Videatur Covarr. *Pract. cap.* 30. Gomez. 2. *Var. cap.* 5. *n.* 18. Pinel. *ad l* 2. *p.* 1. *cap* 3 *n.* 21. *C. de rescind. vendit.*

21 Et hæc ita, Primò, Nisi fterilitatem in fe fuceperit Conductor: neque enim tum liberabitur ab integræ penfionis præftatione, propter pactum, cui ftandum, *l. Si quis fundum* 9. *in pr. h. t.* & *l Licet C. eod.* Secundò, Nisi magna ubertas subfequatur fterilitatem præcedentem: faciet enim remiffam ante penfionem exigi poffe *l. Ex conducto* 15. § *si uno h. t.* Ubertas quoque annorum præcedentium faciet non diminui pen fionem propter fterilitatem fubfequentem: nisi Dominus confcius ubertatis priorum annorum propter fterilitatem ultimi anni penfionem remiferit; neque enim veniet in computationem ubertas prior, quod videatur dominus penfionem ultimi anni donaffe, *d. l.* 15. §. *si uno.* Ubertas colligenda ex fructuum copia, quæ abundè compenfet fterilitatem fequentem, aut præcedentem.

22 Commodè hic quæritur, An propter infolitum augmentum unius anni, nullâ nec præcedente, nec fubfeqnente fterilitate, poffit exigi major penfio? Vult id Gloff. in *d. l. Merces* 25. §. *vis major hoc tit.* ex ratione, quod eadem fit difciplina contrariorum, & quòd ubi eft emolumentum, ibi & onus effe debeat. Gom. 2. *Var. cap.* 3. *n.* 18. Verior tamen eft contraria fententia, fcil. non effe augendam penfionem. Pro qua eft textus in *d* §. *vis major.* ubi dicitur immodicum, h. e. magnum, & exceffivum lucrum non auferri Conductori. Ita Salic & Fulgof. *ad d.* §. *vis major.* Pinell. *d. parte* 2. *cap.* 3. *n.* 34. Facit, quod non aliàs augmenti habeatur ratio, quàm fi propter fterilitatem præcedentem facta fit remiffio penfionis, vel facienda propter fequentem, *d l.* 15. §. *si uno:* ut fuccedat regula, qnæ habet, unius inclufionem effe alterius exclufionem. Facit etiam, quòd in fterilitate magis oneretur Conductor, qui femen jactum, & alia damna fibi, non Locatori imputat: neque enim quod ulteriùs fua intereft confequitur. præter penfionis exonerationem pro rata, *d. l.* 15. §. 2. *&* §. *ubicumque.* Unde in eo fublevandus, quòd immodicum augmentum ei non fit aufcrendum ad quod concurrit ejus induftria & labor, Barbofa *ad l.* 8. §. *fin. p.* 1. *n.* 1. *Soluto matrim.*

Confequitur itaqne Conductor ex cauffa fterilitatis, mercedis quidem exonerationem pro rata, non etiam quod ultra fua intereft; quia cætera cafuum loco funt, & illi cedunt, *d l.* 5. § *ubicumque.* Cùm hoc tamen moderamine, fi damnum contigerit fructibus pendentibus; funt enim pars fundi, ut damnum domino cedat: quod enim jam perceptis fructibus per Conductorem accidit, cùm Locator rei fuæ ufum præftiterit, & perceptione fit dominus factus, hoc ipfi nocebit, quia res domino perit.

24 Ubi quæritur, Quando hoc cafu cenfeantur percepti fructus? Dicendum, non aliàs videri plenè perceptos hac in materia, quàm fi in horreum, vel alium in locum fuerint conjecti: tum enim demum plenus ufus rei contingit Conductori; ut ei nocere debeat damnum fuperveniens, tamquam quod accidit rei fuæ. Aliud dicendum, ubi de dominio quærendo agitur: tunc enim fat eft à folo feparatos effe, cujus hoc modo definunt effe pars, ut fiant percipientis, uti in poffeffore bonæ fidei, & fructuario.

25 Quæftio item eft de incendio in re conducta contingente, An cafui fit imputandam? Et quidem fi appareat levi culpâ Conductoris caufatum, quidni tenebitur? Si vero cafu, vel leviffima culpa, res ea domino nocebit, ex natura contractûs, quod exprefsè habet, *l. penult. inf. De incendio.* Tantùm eft difficultas, in dubio cui fit imputandum? Et cùm non fine culpa fiat incendium. *l. Si vendita sup. De peric. & commodo rei vend.* & quidem plerumque inhabitantium, *l.* 3. §. 1 *sup. de officio Praef. vigil.* videtur inhabitantibus imputandum effe, ut patet ex eo, quòd ex dictione, *plerumque*, regulam conftitui communiter fit receptum, ut tradit Menoch. 2. *Arbitr. casu* 390. *n.* 3. Verùm in eo diffident Doctores, an ifta præfumpta culpa faciat omnino fundatam intentionem locantis, ad repetitionem damni dati ab Inquilino, aut inhabitantibus, nifi culpam à fe abfuiffe, & ab extraneo, vel fortuitò contigiffe incendiũ probaverit conductor. Volunt fic aliqui, onerantes ipfum Inquilinũ, & in habitantes probatione in contrariũ, propter præfumptionẽ legis contra eos facientẽ. Contra tamen rectiùs alii voluère, non fufficere iftam præfumptionẽ, ad gravandum Inquilinũ, aut inhabitantes, quia leviffima tantùm culpâ præfumatur incendiũ contigiffe, *Gl. recepta in* §. *praeterea Inst. Quib. modis re contrah. obl.* tum quod ut præfumptio faciat fundatam actoris intentionem, debeat verfari circa certam, & determinatam perfonam, ne innocens

Nnn 2 punia-

Puniatur. Hic autē nō pro ponitur certa persona; nec enim argui potest paterfam. cùm licet culpâ inhabitantium incendium præsumatur causatum, non tamen patrisfam. Jason. *in l. Si quis 6. Prætor ait n. 31. sup. de edendo*, Anchoran. *cons.* 348. & alii, quos citat additio ad Alexan. *Cons. 99. vol.* 2. Quod si culpa levis probetur, Inquilinus non tantùm de sua, sed & eorum, quorum operâ utitur, tenebitur; quia eos suo periculo adhibuerit, *l. fin. in princ. sup. Nautæ caup. stabul.* Negligentia enim in iis eligendis ipsi, non aliis debet esse damnosa. Factum hospitum, vel viatorum non præstat, quod circa eos recipiendos nulla ejus veniat culpanda negligentia, qui viatores sibi eligere non videtur, *l. 1. §. fin. inf. Furti advers. naut.*

26 Ulteriùs hic quæritur, An cùm locati ex levissima culpa agi nequeat, saltem possit agi Lege Aquilia? Hoc videri posset, quod Aquilia agatur etiam ex levissima culpa. Si tamen de certa persona constet, aliàs secutura absolutio, *l. Absentem inf. de pœnis*. Menoch. *d. l. n.* 12. Gail. 2. *Observ. cap.* 21. Et hoc si culpa consistat in committendo, & non, ut aliquibus videtur, in omittendo, quæ levior est, quàm ut Legi Aquiliæ locum faciat, ut tradit Barbosa, *ad l. Mora 34. inf. Soluto matrimon.* & diximus supra, *t. ad L. Aquil.*

27 Conducti sive ex conducto agit conductor, ad hoc, ut rei usum habeat non impeditum: aliàs tenebitur ei Locator ex Conducto, licet non stet per locatorem; ut si res locata sit evicta sine culpa locantis, qui absolvetur, si præstiterit aliam æquè commodam habitationem *l. Si quis 9. in princ. h. tit.* Preterea præstet locator, quidquid ex pacto, vel natura actus æquum præstari, *l. 2. §. 1. h. tit.*

28 * Impensas in rem factas refundat, quatenus utiles, aut necessariæ, aut saltem Conductori eas tollere liceat: sic tamen ut damni infecti caveat, ne dum aufert, in aliquo causam ædium deteriorem

29 reddat, *l. Sed addes 19. §. si inquilinus h. tit.* * Damnum quoque ex re vitiosa locata æquum est reparet, quia ejus culpâ contigit: & hoc si sciverit rem vitiosam, *d. l. 19. §. 1.* nam ignorantia excusabit, & faciet eum non teneri ad damna extrinsecùs advenientia, sufficietque remitti pensionem, quod in vase vitioso locato videtur pati exceptionem, *d. l. 10. §. 1. in princ.* ubi ignorantia Locantis vasa dicitur non excusata. Qua in re aliqui distinguunt inter venditorem & locatorem; quod hic quoque ignorans teneatur de vitio, non etiam ille. Rationem dant minùs convenientem, ut apud D. Mudæum videre est, *ad l. Tenetur §. sed si vas sup. de actionib. empti*. Rectiùs dicitur, nihil interesse inter venditionem vasis vitiosi, & Locationem; quia non detur commoda diversitatis ratio. Nihil etiam interest inter vas locatum, & & alias res, quarum vitia ignorari, & tegi possunt, quamvis hoc insinuetur *in d. §. 1.* sed potius facienda distinctio inter vas, cæterasque res artificiales, quæ à professore alicujus artis locantur, & alias, quæ ex simplici patrimonii administratione venduntur, aut locantur, secundùm optimam distinctionem Ulpiani *in d. §. 1.* in quo non excusatur ignorantia Locantis vasa vitiosa, artem scilicet profitentis: ignorantia autem Locantis saltuosū pascuum excusatur, in quo nascebantur herbæ malæ, & pestiferæ, ex quibus pecora, vel demortua sunt, vel deteriora facta. Ratio diversitatis est, quod in priori insit error circa professionem artis, involventem tacitam susceptionem damni ex vitio rei, qui improbabilis; in posteriori verò non spectetur professio alicujus artis, vel negotiationis, sed ea Locatio pertineat ad simplicem patrimonii administrationem, non involventem aliquam damni, vel periculi susceptionem; quia videri vitium non magis potuit à Locante, quàm Conducente, ut ideo ignorantia sit probabilis, & sufficiat remissio pensionis. Quod idem dicendum de vendente, ex paritatis ratione.

30 Tenetur etiam Locator ad damnum, quod extrinsecus advenit, si mercedem accepit pro custodia, *l. Qui mercedem 40. h. t.* nisi vi majore occiderit, *l. 1. h. t.* Contra non tenebitur, si Conductor in se casus fortuitos susceperit, *l. Item quæritur 15. §. si gemma hoc tit. & l. Licet 8. C. eod.* nam cum contractus ex conventione legem accipiant, eis standum est.

31 Ubi controversum, An isto casu Conductorem etiam casus insoliti onerabunt? Videntur aliqui velle, non aliàs suscipienti casum fortuitum imputari insolitum, quàm si solitum, & in solitum susceperit, non etiam, si in genere casum fortuitū tantùm; propterea quòd intentio contrahentium sub verbis generalibus, non videatur se extendere nisi ad casus consuetos, & solitos, de quibus cogitatum. Gomez. 2. *Var. c. 3. n.* 19. cum generale sit, quod renuntiatio generalis non contineat insolita, & non cogitata, Men. 2. *Arbitr. casu 80. num. 2. seqq.* Pro qua sententia adducitur *l. Sed et si quis 4. §. quæsitum sup. Si quis cautionib. l. 78. §. si frumenta sup. de contrah. empt.* Gail. 2. *Observ. cap. 23. num.* 18. Quæ opinio ut non sit improbabilis, probabilior tamen videtur contraria, scili-

cet

et Colonum, qui fortuitos casus in se suscepit, aut iis renuntiavit, teneri non tantùm ad eos, qui soliti, sed & qui insoliti, etsi inde intolerabile damnum acceperit. Cujus ratio est; quia alias frustra inita foret conventio; cum soliti casus, quia provisi, noceant Conductori citra conventionem, ut colligitur ex *d. l. si merces 15. §. vis majorib. tit.* Deinde appellatio casus fortuiti propriè convenit casui insolito; ut sub nomine casus in genere veniat, & sub conventione ista indefinita, quæ æquipollet universali, contineatur. quis verò casus solitus, sit dicendus, arbitrabitur judex, secundùm Menoch. *d. l. num.* 8. & Sebast. Medicem *de casibus fortuitis p. 1. quæst. 10. num. 12.* Nihil facit *d. §. quæsitum*, quia, ut rectè Jason *ibid. nu. 14.* agitur ibi de stipulatione judiciali interposita ex auctoritate Prætoris, qui non patitur aliquem decipi sub generalitate, & sic sub involucris verborum. Nihil etiam facit *d. l. 78. §. fin.* cùm potiùs posteriorem sententiam videatur adstruere: nam ibi venditor, qui casum tempestatis in se susceperat, tenetur etiam ad immoderatam vim, aut tempestatem, & quæ citra consuetudinem accidit. Pinell. *d. p. 2. cap. 5. num. 29. seq.* Valasc. *de jure Emphyt. quæst. 27. num. 3.* Fachin. *lib. 1. cap. 86.*

32 Itaque in summa, ubi facto Locatoris non præstatur rei usus, quod interest Conductoris præstandum: ubi autem vis major causat impedimentum, vel tertius, sine culpa ipsius Locatoris, sufficit remittere pensionem. Exemplum est in *l. si fundus 33. & 34. hoc tit.* Præcipuè autem tenetur Locator, si ante tempus cogat excedere conductorem, propterea quod non præstet conventum usum. Quomodo & ante tempus locando alteri, tenetur, ex eadem ratione.

33 Sunt tamen causæ, quæ justam ante tempus faciunt expulsionem, vel Locationem alteri factam. Prima, si ex causa supervenienté, non prævisâ tempore contractus, propriis usibus probaverit necessarias sibi ædes locator, *l. 3. C. h. t.* vult enim ratio, ut ipse præferatur, cùm propria commoda sint alienis anteponenda. Quo casu non est actio ad interesse; eò quòd necessitas excuset locatorem: pro rata tamen temporis deducenda merces. Vide Covarr. *lib. 2. Var. Res. c. 15. n. 4.* Gomez, 2. *Var. c. 3. num. 6. &* Greg. Thol. *Syntag. juris univers. lib. 27. c. 1. n. 34.*

34 Secunda si domus egeat necessaria refectione, *d. l. 3.* Injuriam enim, quam posset videri pati conductor, non potest prohibere locator; qui proinde eam non luit, sed satisfacit remittendo pensionem pro rata. *l. Qui insulam 30. & l. Et hac 35. hoc tit.* Quibus locis hoc ita dicitur obtinere in refectione necessariâ: nam si talis non fuerit, locator conductori condemnandus, quanti ejus interest. Pet. Greg. Tolos. *d. l. n. 24.*

35 Ubi quæri posset, An refectâ domo inquilinus se in veterem Locationem jure petat restitui. Adserit hoc Bart. *in l. 3. §. cum inquilinus inf. Ut possidetis*; & quidem ad tempus ante conventum, cum cessante jam causa expulsionis, quæ erat temporaria, pristinum jus habitandi reviviscat Inquilino. Quo casu merces videtur deducenda, si domus usus redditus sit minus commodus, *l. Habitatores 27. h. tit.* ut & contra, si ususfructus sit commodior, pensio est augenda.

36 Tertia, si malè versetur in re conducta, *d. l. 3.* Subest enim conditio, *ita colat, ita inhabitet, ut oportet*; quâ non servatâ, non est, quod quæratur se expelli, *l. Quaro 54. h. t.* Quæ conditio interdum exprimitur, scilicet ut *si non ex lege colat, liceat locatori alteri rem elocare*: hoc interdum additò, *& quò minoris locasset, hoc ei præstaretur.* Quo casu si minoris elocaverit, secundùm conventionem rectè hoc sibi suppleri postulat: licet è contra, si ampliore pecuniâ elocaverit, non teneatur conductori præstare; quia conventio tantùm pro locatore interposita, & conductor sibi imputet, quod ex lege non coluerit, *l. Ea lege 51. h. t.* Pet. Gregor. *d. loco num. 34.* Menoch. 2. *arbitr. casu 78. n. 1.* & Ant. Faber. *in Cod. suo h. t. defin. 11.*

37 Quarta, si fuerit in mora solvendi pensionem intra tempus debitum, id est biennium; licet in contractu nulla de eo fuerit facta mentio, *l. Quaro 54. §. inter locatorem & l. Cùm domini 56. h. tit.* nihil obstante pacto, etiam cum pœna de non expellendo conductore: nam tali pacto subest conditio, *si pensionibus tempori paruerit*; ut pœnæ metus non constringat Locatorem, quem non aliàs conventio tenet, quàm si sine causa expulerit Conductorem, *d. §. inter locatorem* Coras. *ad l. 2. num. 21. Cod. de jure emphyt.* * Solvenda autem 38 pensio regulariter in fine anni; nisi aliter conventum fuerit, vel aliud habeat regionis mos, *Gloss. in d. l. 3. V. versata*, quia ut emptorem non potest cogere venditor ad solvendum pretium; nisi ex parte sua adimpleverit contractum: ita nec Locator exigere mercedem ante plenum usum concessum: non censetur autem plenè concessus, nisi tempore completo. Gomez *d. c. 3. n. 13.*

39 Non tantùm ipse Locator tenetur; sed & ejus successor, qui cum defuncto est eadem persona, ejusdemque potestatis, & juris. Quod de universali accipe, *l. Hæredem 59. de R. I.* qui factum,

& jus defuncti repræsentat, ut ex ejus contractibus eodem modo; quo & ipse, obligetur, *l. ex contractibus 49. inf. De oblig. & act.* • Aliud juris est in singulari successore, quem auctoris sui factum non stringit, cùm non repræsentet ejus personam, aut jus. Ut neque de jure teneatur stare Locationi factæ per suum auctorem: sed expellere possit Conductorem, uti rescriptum in emptore, *l. Emptorem 9. C. hoc tit.* quia potentius jus habet Conductor, in rem scilicet, cum Conductori sit tantum jus ad usum rei. Ut idem obtineat in fructuario, & similibus, quibus est jus potentius Conductore. • Tenebitur tamen in casum expulsionis Locator conductori quanti suâ interest, *d. l. si merces 25. §. 1. h. t.* quia damnum ejus facto est passus. Et hoc ita: nisi eâ conditione res vendita sit, ut in Conductionis commoditate permaneret Conductor, & habitare, frui, inquilino, Colono liceret, tunc enim eum frustra expellet emptor, *d. l. 9. & d. §. 1.* Quæ conditio communiter exprimenda: nisi quod habeatur pro expressa, in Locatione facta per Fiscum, ad hoc, ut exoneretur à præstando interesse Conductori expulso, *l. fin. de jure fisci.* Dixi, de jure: nam aliud habent mores quorundam, locorum, quibus potior est Conductoris quàm emptoris causa. Gomezius *d. c. 3. n. 9.*

40

41

Quod autem dictum est, non teneri stare locationi Emptorem, limitatur variis casibus, quos refert Mantica, *De tacitis conventionibus lib. 6. c. 10.* non tamen omnes respondentes juris rationibus. • Primò, si juraverit locans conductorem à se expulsum non iri; cujus rationem ponunt in vi juramenti, quod servandum in forma. Verùm erronea est ista opinio; cum juramentum sit personale, obligans jurantis personam, non etiam successorem, præcipuè singularem.

42

43 Secundò, si conductor habeat jus in re, veluti hypothecæ. Vim ponunt in jure reali. Cujac. *in Recit. C. h. t.* Verùm cum Locator, non obstante Hypothecâ, manserit domin9, & jus suum transtulerit in emptorem, quod etsi afficiat rem, non tamen impedit ejus alienationem: veriùs est, non impediri emptorem expellere conductorem, soluto eo, quod illi9 interest, cujus solutio facit teneri conductorem relaxare pignus, *l. Paulus inf. Quib. mod. pig. vel hypoth. sol.* Covarr. 2. *Var. cap. 15. num. 3. vers. secundum.* Nisi tamen conventum fuerit, ne liceat debitori rem alteri locare, *arg. l. Si creditor 7. §. fin. inf. de distract. pig.* Ubi hypotheca cum tali pacto de non vendendo impedit venditionem; ut etiam impedire debeat locationem, ex eadem ratione, quia scilicet aliàs pactum inutile foret, nisi operaretur istum effectum. Barbosa *d. loc. n. 33.* Gomez. *d. loc. vers. Quarto.*

44 Tertiò, Si quis conductam rem habeat ad longum tempus, *Gloss. 2 in d. l. Emptorem 9. C. h. tit.* quia tali fit quasi jus in rem, cujus contrarium supra hoc Tit. probavimus. Ut nihil sit quare mutetur jus emptoris, aut ei prævaleat conductor.

45 Quartò, si successor necessarius, *l. In venditionem § 14. inf. De reb. auctoritate jud. possid.* Ubi creditur missus in possessionem bonorum debitoris Locationem à debitore factam servare tenetur, Glossa *in l. Divortio V. tertia portio inf. soluto matrim.* Quæ limitatio communiter recepta, eâ ratione; quia imputandum sit venditori voluntario, quod non sit pactus, ne Colonus expelleretur, prout potuit *d. l. 9.* Quæ ratio cessat, quando quis succedit ex necessitate, & invito debitore. Verùm nec videtur ista limitatio procedere; cum dentur etiam successores necessarii, qui non impediuntur expellere Conductorem. Sic fiscus est successor necessarius in bona publicata, qui repellere potest conductorem, *l. Si fundum 33. h. t.* Jason *ad d. l. Divortio in pr. n. 36.* Sic & proprietarius respectu fructuarii est necessarius successor, & tamen non tenetur stare Locationi factæ per fructuariũ, *l. si quis domum 9. §. 1. h. t.* Successori etiam in majoratum, qui & necessarius, idem datum, *l. Unum 67. §. 1. inf. De leg. 2.* Pinel. *ad l. 1. p. 3. n. 65. C. De bonis mater.* Molina *de primogen. lib. 1. c. 21. n. 2. & 3.* Nihil urget in contrarium *d. §. 1.* Nam loquitur de eo, in quem non fuit plenum jus in rem debitoris translatum, cùm tantùm missus fuerit ex primo decreto in possessionem bonorum debitoris, quali non est nisi jus detinendi, *l. 3 § fin inf. de acquir. poss.* vero dominio adhuc permanente penes debitorem. Ut non sit mirum, talem missum non posse recedere à Locatione facta per debitorẽ. Aliud dicendũ foret, si plenum, & verùm jus dominii fuisset consecutus, licet necessarius successor; cum non detur ratio diversitatis, quare potiùs voluntarius successor, ex eo, quòd potentius jus habeat Conductore, eum expellere possit, quàm necessarius, si similiter potius jus habeat, Barbosa *ad l. si filiofam. 66. §. fin. n. 2 & l q. inf. soluto matrim.* Gutierrez. *De tutel. p. 2. c. 20. n. 3. & 6.*

46 Quintò, si consenserit emptor pacto etiam non scripto, ut Conductor maneat in Conductione, *d. l. Emptor C. h. t.* Parere enim cogitur, cum pacta dent legem contractui.

47 Sexto, Non potestis, cujus negotia sunt administra-

nistrata per tertium, repellere habentem ab eodem rem conductam, *arg. l. Si tutela inf. de administ. tutor.* Ubi à tutore creditas pupilli pecunias in diem non potest pupillus ante tempus repetere; propterea quòd, cum cum tutor sit legitimus bonorum pupilli administrator, factum ab eo validum, & ratum sit habendum, Covarr. 2. *Var. Resol. c. 15. n. 10.* latè Gutierrez. *d. c. 20.*

48 Hinc patet, quid dicendum in hac quæstione, An mulier soluto matrimonio præcisè teneatur stare Locationi rerum suarum per maritum factæ? Dicendum, ita obtinere in rebus paraphernalibus, quarum maritus est administrator, *l. hac lege Cod. de pact. convent.* Facit enim legitim9 administrator teneri eum; cujus nomine administrat, modò fraus cesset, *d. l. si tutela.* Gomez 2. *Var. cap. 3. n. 8.* Gutierrez. *d. c. 20. n. 9.*

49 Quantùm ad res dotales, dubium est, Et licet videri possit teneri mulierem; Primò, quia fundum in dotem dederit nomine fructuum, atque ita videatur permisisse Locationem. Secundò; quia videatur mariti successor universalis mulier quoad dotem, quæ jus continet universale. Tertiò, quod maritus habeat administrationem rerũ dotalium, ac proinde potiùs obliget eam, cujus nomine administrat. Veriùs tamen, eam non teneri, ut traditur communiter cum Bartolo, *ad d. l. Divortio, & l. Filiusfam. 26. §. fin. inf. soluto matrim.* Ubi textus præsupponit teneri maritum in prædicto casu ad omne interesse, expulso Colono per mulierem: quòd non foret, si mulier præcisè tenetur servare Locationem; cum administratorem, defunctum officio suo, non sequatur obligatio, officii nomine contracta. Facit, quòd fructuarius possit expellere Colonum positum à proprietario: *l. Arbores 59. §. 1. sup. de usuf.* cum habeat jus potentius ipso Colono. Multò magis proprietarius, reverso ad se usufructu, expellet Colonum positum à fructuario, *l. si quis 9. §. 1. h. t.* Quidni & mulier, recepta dote, cujus plenum jus habet, & cum Colono contraxit? Facit, quod maritus non tam administratorio, quàm proprio nomine locaverit fundum dotalem, ut habens jus in dotem, ejusque fructus sibi colligens. Quâ ratione cessat argumentum primum, & tertium. Non obstat etiam secundum, quia mulier non succedit in dotem universaliter, vel ut hæres mariti, cum eam potiùs recipiat, tanquã causa cessante, propter quam fuit penes maritũ. Quod dicitur *d. l. 26. in fine*, mulierem debere cavere marito super indemnitate in casu, quo Colonum expulerit, nihil potest juvare alteram partem: hoc enim ex æquitate ita dispositum, quæ vel maximè servanda inter conjuges, quando subest unius comodum citra detrimentum gravè alterius, *l. 2. inf. so'uto matrim.* Nullum autem, vel exiguum est mulieri nocumentum, si patiatur colonum in conductione ad tempus conventum, cujus expulsio noceret marito, propter interesse, ad quod teneretur expulso; Gomez *d. n. 8.* Gutierrez *d. loc. n. 2.*

50 Quæri hic posset, An successor in beneficio teneatur stare Locationi factæ per prædecessorem? Vult hoc Angl. *Cons. 524. n. 6.* eò quòd in beneficiis consideretur tanquam successor universalis. Cujus opinio vera erit, si facta fuerit Locatio à Prælato tanquam administratore in utilitatem Ecclesię, *arg. d. l. si tutela*, ubi in tutore hoc ita statutum: quidni & in Prelato statuendum, qui non minorem habet auctoritatem in administrandis reb9 Ecclesiæ, quam tutor pupilli, imò majorem, *Gl. in can. fin. V. q. 3.* Aliud est, si à possessore beneficii proprio nomine Locatio facta fuerit, qui cùm jus restrictum ad vitam tantùm habuerit ultrà non potuit elocasse, secundùm regulam in *l. fin. in fine sup. De contrah. empt.* Nec potest tanquam successor videri repræsentare factũ defuncti; cum in ejus jus non succedat, quod extinguitur morte ipsius, & per legitimum collatorem creatur novum in novo possessore, *c. Vestras ii h. t. Gl. in cap. fin. V. terminum ii Ne Prælati vices suas alt. ced.* Facit argumentum *d. l. si quis domum 9. §. 1. h. t.* Ubi conducens à fructuario fundum ad certum tempus, eo mortuo intra temp9 conventum, cedere cogitur, nec habet actionem ad interesse contra ejus hæredem, quod debuerit casum ejusmodi prospexisse. Quod & dicendum præsenti in casu; cum beneficiatus sit quodamodo instar fructuarii respectu sui beneficii. Limitant hoc quidam; nisi superior approbaverit ej9modi locationem; sed minùs benè, quia ne quidem potest superior futuri Prælati, aut beneficiati jus diminuere, nisi ex causa. Unde rectiùs dicetur, si superior pro lubitu suo super certa re stipendium constituit; quod ut potest rem istam mutare, & aliam dare, ita & elocando successori præjudicare; cui enim quod plus est conceditur, ei quod minus est, non denegandum. Covarr. 2. *Var. Resol. cap. 15. n. 6.* Barbosa *d. l. n. 15. & seqq.*

51 Impleto Conductionis tempore, ut conductor hęresve ejus non detinetur invit9 in Conductione, *l. Invitos 11. C. h. t.* ita & contra non impeditur dominus locare, cui velit, nec cogitur pristinum Conductorem novo præferre, *l. Ne cui 32. C. h. tit.* cùm cuilibet sit licentia utendi re sua pro arbi-

arbitrio. Nec obstat *c.1. ꝟ. hoc tit.* Nam loquitur de scholaribus, atque ita est speciale. Non obstat etiam textus in *l. congruit Cod. de locatione prædior. civil. lib.* 11. quia loquitur in locatione prædiorum fiscalium, quæ res etiam est specialis. Contra vult Lucas de Penna, *ad d. l. congruit*, quem sequitur de Afflictis, *decis.* 239.

52 Quæritur, An lapso tempore Conductionis Conductor in re conducta permanens censeatur iteratò conduxisse? Ita rescriptum est in *l. Legem* 17. *C. h. t. & in l. Item* 13. *§. fin. h. t.* ita ut etiam pignora durent: tacitus enim consensus refertur ad omnia anteriora. Nisi tamen in scriptis placuerit conventionem fieri, *d. l.* 13. *in fine*, secundum *l. contractus* 16. *C. h. tit.* tunc enim taciturnitas non facit videri novam conventionem initam, cùm non ut consensus nudus, ita etiam scriptura, quam partes adhiberi voluerunt in primo contractu suppleatur tacito isto facto. Durat autem hæc conventio tantùm usque ad annum in rustico prædio; in urbano autem, quatenus quisque habitat, eatenus obligatur, *d. l.* 13. *in fine*, si aliud non habeat consuetudo. Ratio differentiæ est, quia in rusticis prædiis semel in anno fructꝰ colliguntur; unde quoad sunt collecti censetur tacitè renovata Conductio usque ad id tempus: in urbanis verò quâlibet anni parte fructus cedunt, ut non amplius duret tacita conventio, & liceat Locatori jubere cedere Conductorem, Gomez. 2. *Var. Res. c.* 3. *n.* 15. *& seq.*

De jure Emphyteutico.

53 HAc de re dictum obiter supra *ad tit. si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur*; quia tamen materia ista est vicina emptioni-venditioni, locationi-conductioni, *§. adeò Instit. de locat. & conduct.* ideo ejus tractatum in hunc locum reservavi. Ad locationem videbatur pertinere Emphyteusis, propter pensionem annuè præstandam, & dominium, quod manet penes concedentem: ad venditionem verò, si finem, & caussam ejus inspicias, quæ est, ut rem accipiens, quodammodò eam ut suam habeat. Verùm ab utraque diversam sortita est naturam ex Constitutione Zenonis, *l.* 1. *Cod. hoc tit.* *

54 Nominis derivatio à Græco verbo ἐμφύτευω, id est *Implanto, Insero*, & breviter *Melioro*, desumpta. Solebant enim olim domini agros steriles aliis colendos dare, vel in perpetuum, vel ad longum tempus in finem illos meliorandi, tum plantando, tum colendo. Alciat. 1. *Parerg. c.* 63. Ut Emphyteusis sit contractus, quo res soli possidenda traditur, quasi dominii jure, sub lege annuæ pensionis, & meliorationis.

55 Scripturam ad ejus substantiam sunt qui desiderent, propter *d. l.* 1. in qua fit mentio scripturæ, sed magis est, non alia caussa scripturam desiderari, quam ut pactorum, quæ addi solent, probatio sit facilior, propter temporis diuturnitatem, in quod Emphyteusis extendi solet, & ut evitetur falsitas, Bald. *in Auth. sed novo n.* 11. *C. si certum pet.* Accurs. *ad d. l.* 1. Quod regulare est, & in aliis contractibus, & actibus, ut scriptura requiratur probationis caussa, non etiam ut sit de substantia, nisi lex exprimat, aut etiam contrahentes nolint aliàs contractui se obstringere, nisi in scripturam redacto; quo tamen casu needum esse de substantia dictum supra, *ad t. De contr. empt.* propterea quod non sit privatorum, substantiam novam alicui contractui dare. Nihil officit, quod in *d. l.* 1. videatur requiri scriptura per modum conditionis, scilicet *Scriptura interveniente*, quia non ponitur per modum conditionis necessariæ, deinde dici potest in contractibus ablativos absolutè positos non semper inducere dispositionem. Bartol. in *l. Ab Emptore numero primo sup. de pactis.*

56 Per verba *quasi dominii jure* differt à locatione in longum tempus; per quam dictum supra ne quidem utile transire dominium. A qua in eo differt, quòd in locatione non veniat certũ pretium ab initio dandum, ut in hoc contractu. Non est tamen necessarium, pro ingressu aliquid dari, etsi in quibusdam locis ita usus obtineat: ut ejus omissio non vitiet substantiam, cùm nullo textu id cautum reperiatur. Ab emptione differt; quod contineat obligationem ad annuam pensionem præstandam. Qua ex parte etiam à Feudo distinguitur, quod servitiũ exigit personale, cum quo tamen multa habet communia, cum pleraque in feudis disposita etiam ad hunc contractum trahantur, qua de re latè Franc. Hotom. *in Disputat. Feudali c.* 35. Similiter & à precario, quod non datur ad certum tempus, sed revocabile ad nutum concedentis, & nec pretium, aut pensio hic ulla intervenit. Distinguitur etiam eâdem ratione à precaria, quâ absque interventu pretii conceditur alicui usus rei, de quinquennio in quinquennium renovandus, *cap.* 1. ꝟ. *de precar.* Libellarius contractus ei est vicinus, cum & in hoc annua pensio sit danda, sed certo tempore renovandꝰ pretio adnumerato. In quo differt ab Emphyteusi, in qua non necessariò datur pretiũ

ab

ab initio, nec renovatur; sed, vel in perpetuum, vel ad certum tempus conceditur.

57 Quæritur hic, An Emphyteusis referenda inter contractus nominatos, bonæ fidei, juris gentium? Nominatis communiter adnumeratur secundùm tradita ad *d.l.1.* cùm certum, & definitum nomen habeat, quod est nominatorum contractuum, & certam actionem producat; licet non secundum nomen, scilicet ex Emphyteusi; licet hoc quidam velint, quos refutat Jason. *in d.l.1. n.68.* adserens, dari condictionem ex lege Zenonis: quod est veriùs; cum quando lex obligationem inducit non addito, quo actionis genere sit experiundum, ex lege agendum sit, *l.1. sup. De condict ex lege.* Bonæ fidei autem esse non videtur, cùm, liceat contractib⁹ bonæ fidei sit vicina, non fiat tamen ejus mentio *in §. actionum instit De actionibus.* Ubi volunt communiter perfectam contineri actionum bonæ fidei enumerationem. Civili potius juri, quàm gentium adscribenda videtur; cum formam, quæ dat esse rei, à constitutione Zenonis, & sic à jure civili habeat; licet contrarium velit Joan. Coras. 1. *Miscell c. 21.* & Franz Connan. 1. *Comment. c. 6. n. 11. & lib. 7. c. 12. num 6.*

58 In Emphyteusim dat quilibet habens rei suæ dispositionem liberam. Unde Pupilli, & similes non dant, ne quidem tutotum, aut curatorum auctoritate; ex ratione, quod in emphyteusim non dentur, nisi res immobiles, quorum alienatio inhibita, nisi causa subsit, & accesserit decretum. Quod & in minoribus obtinet, secundùm ea, quæ traduntur inferiùs; *tit. De rebus eorum qui sub tut. &c.* Renovant tamen rectè Emphytesium pupilli tutorum auctoritate, ne fragilitate peccent: minores verò etiam per se. Cujus ratio est quod hæc renovatio sit necessaria: ut non contineat læsionem minorum. Prælatus Ecclesiæ rectè quoque renovat Emphyteusim; non etiam de novo constituit aliter, quàm quatenus rei Ecclesiæ alienatio procedit ;; *De reb. Eccles non alienan.* Covarr. 2. *Variar. Resol. cap. 17. n. 5.*

59 Datur quibuslibet, etiam fœminis; cùm & ea quæ Emphyteusis requirit, præstare fœmina possit: etiam minoribus; imò & pupillus, in quibus videtur opus auctoritate tutoris, ne temerè se obstringant conditionibus, & pactionibus hac in materia addi solitis. Sed & Ecclesiæ quin dari possit, dubitandum non est. Prævidendum tamen, ne pactiones illi sint onerosæ.

60 Consistit Emphyteusis in rebus Immobilibus, aut solo cohærentibus, ut pro in dubitato ponit Imper. *in l.1. 2. & 3. Codic. de jure emphyteutic.* Et quidem prima constitutio fuit super prædiis, iisque sterilibus, & incultis, colendis, ac meliorandis: non implicat tamen ad propriam Emphyteusim super cultis agris constitui. Valas. *de jure emphyt q 1. n. 4.* Habet & locū in superficie; quia solo cohæret, aliisq; ædificiis; quia inter imobilia ponuntur, & meliorationis sunt capacia. Reditus annui, etiā perpetui, census, tributa & alia id genus, licet imobilib⁹ quadantenus adnumerentur, sunt tamen in corporalia; ut nō constituant Emphyteusim, nec meliorari possint. Et hoc quoad propriam Emphyteusim Valascus *quæst. 1. 2. n. 6.* Mantica *de tacitis convention lib. 22. cap. 6. n. 8.*

Non obstat, quod feudum etiam consistat in rebus in corporalibus: nam feudi alia est natura: cū in servitio consistat, ad quod etiam quis potest se obligare ratione rei incorporalis. Valasc. *d. loco.*

61 Constituitur tum ultimâ voluntate, tum etiam actu inter vivos, titulo, sive oneroso, ut venditione, permutatione, sive etiam lucrativo. Nam & sine pretii interventu constitui potest; ita tamen, ut annua pensio veniat præstanda, quam omitti non posse volunt.

62 Q. An etiam acquiratur præscriptione triginta annorum, quibus quis pensionem nomine fundi tanquam emphyteuticarii solvit? Ita videtur, vetustate corrigente vitium possessionis, quæ fuit sine titulo, modo adsit bona fides. Facit in simili argumentum à feudo, quod triginta annorum servitio, & homagio exhibito, quasi à vasallo, facit quem pro vasallo haberi, *§. si quis titulo 26. lib. 2. Feud.*

Posset etiam dici longo tempore hoc jus acquiri per bonam fidem; cum tanto tempore juta etiam incorporalia acquirantur, *l. fin. in fine Codic. de præscription. longi tempor.* Bartol. ad *leg. Competit. Codic. de præscription. triginta annorum.* Cujac. *d. l. 1. in fine C. de jure emphyteutic.* Covarr. *ad cap. Malæ fidei part 2. in princ. n. 7. de R. I. in 6.*

Non obstat, quod Emphyteusis probetur per scripturam, *l. 1. Cod. d. t.* ut non videatur sufficere præstatio canonis: Nam respondetur, tali præstatione induci conjecturám, quod omnia solenniter facta fuerint, *arg. l 6. inf. de usuris* & ita in terminis tenet Gravetta *de antiq tempor. p. 3 n 40. & p 5. n 13.* Ubi tradit titulum Emphyteusios præsumi ex solutione pensionis per longissimum tempus. Adde Mantic. *de tacitis convent. lib. 22. tit. 9. n 28.*

63 Constituitur & Emphyteusis, vel super bonis privatorum, sive etiam Principis, vel super re, cu-

jus directum dominium pertinet ad Ecclesiam. Unde alia est Civilis, alia Ecclesiastica. Alia item est perpetua, alia ad vitam ejus, cui concessa, vel ad aliud certum tempus generationemve. Qua in re si partes expresserint qualitatem in constituendo, ea servanda, quia pacta dant legem contractui.* Tantum est quæstio in casu quo simpliciter constituta, qualis sit judicanda. Et Civilem quidem volunt perpetuam esse; quod judicetur secundum alia bona, quæ privata sunt, alienari in perpetuum. Facit, quod simpliciter concessa simpliciter sint accipienda, & interpretanda, contra eum scilicet, qui dat in Emphyteusim; quia in ejus fuerit potestate legem apertiùs concipere, *l. Labeo 21 sup. De contrah. empt.*

64

65 Quantùm ad Ecclesiasticam, volunt communiter eam simpliciter acceptam non quidem esse perpetuam, neque personalem, hoc est cum vita accipientis finiri; sed ad tertiam generationem durare, *Novel. 7. §. Emphyteusin.* Covarr. 1. *Var. Resol. c. 18. n. 1.* Verùm constitutio illa est Principis laici, non ligans Ecclesiam. Deinde loquitur in concessione expressa, quam non vult excedere tertiam generationem: & hoc quidem in Ecclesia majori Constantinopolitana, de qua expressim agitur in *d. §. Emphyteusim & Nov. 120. De alienat. & emphyteusi cap. 1.* Sed hac in re cùm sequamur Canones, dicendum etiam Ecclesiasticam Emphyteusim videri perpetuò concessam, si subsit caussa, eaque adhibita solemnitas, quam jura præscribunt, *c. Nulli* ∷ *De reb. Eccles. non alien.* & multò magis, hoc quoque expresso. Covarr. *d. loco num. 1.*

66 Est & Emphyteusis alia hæreditaria, quæ ad hæredes transit, alia non hæreditaria, quam exemplo feudi vocant ex pacto, & providentia, quæ non nisi ad descendentes transmittitur, utique data pro se, & filiis, seu descendentibus: illa etiam ad extraneos hæredes transmitti potest.

67 Q. An si pro se, & hæredibus data, etiam ad extraneos transeat? Adserunt hoc communiter, Emphyteusim scilicet à privato concessam etiam ad extraneos hæredes transire, eò quòd nomen hæredis simpliciter positum comprehendat etiam extraneos, Clarus *§. Emphyteusis q. 28. n. 6.* De Ecclesiastica dubitatum, & negeant non pauci, quos citat Clar. *d. loco*, verùm ipse etiam Ecclesiasticam, concessam alicui pro se & hæredibus, transire ad extraneos opinatur, modò solemnitas requisita ad justam alienationem intervenerit, & subsit causa. Nam si contingat hoc modo justè alienari rem Ecclesiæ in perpetuum; quidni etiam, si data alicui, & hæredibus, non transeat ad hæredes extraneos? Sequitur hanc opinionem Covarr. 2. *Var. c. 17. n. 5. vers. Quarta Conclusio*, motus præcipuè, eò quod Canones nullibi contrarium statuerint; ut relinquatur ea res dispositioni juris communis.

68 In eam, quæ relicta alicui, & filiis ordine successivo admittendi filii, postea nepotes, & deinceps. Filio præmortuo, ejus filius jure repræsentationis cum patruo concurret: & si talis sit Emphyteusis, quæ uni tantùm competere potest, etiam patruo suo præferetur. Vid. Covarr. *Practicar. qq. cap. 38. n. 13.* & Valasc. *quæst. 50.* Filiorum nomine veniunt legitimè nati, non etiam naturales, nec legitimati, nisi per matrimonium subsequens, quod tales habeantur à principio legitimè nati, *c. Tanta* ∷ *Qui filii sint legit.*

69 Emphyteusi ritè alicui constitutâ, consequitur is utile rei dominium, & in rem actionem, non ex solo contractu; sed demum traditione secutâ, ut regulare est in omnibus contractibus, *l. Traditionib. C. de pactis.* A qua regula nullibi apparet esse exceptum hunc contractum, ut rectè tradit Valasc. *q. 14. n. 6.* reprehendens meritò Speculat. qui solâ conventione jus reale quæri hic contendit, *tit. de emphyteusi n. 167.* Unde consequens, si dominus interea alteri vendiderit, aut donaverit, & simul tradiderit, eum fore potiorem, secundùm *l. Quoties 15. C. de rei vindic.* Quò facit, quod diximus supra, isti legi & in locatione locum esse.

70 * Hujus utilis dominii effectus est, quòd penè totam utilitatem rei absorbeat quoad fructum, & usum ipsius rei. Hinc augmentum alluvionis cedet etiam emphyteutæ, cum hoc fructuario concessum legatur, *l. Item si fundi 9. §. huic vicinus sup. De usufr.* Cui magis comparatur Emphyteuta, quàm vasallo, cujus diversa est conditio, & cui non cedit augmentum, sed domino, ut videtur probari per text. in *tit. 4. §. si quis de manso lib. 1. Feud.* Valasc. *quæst. 6.*

71 De thesauro, cui cedat, Quæstio est non sine controversia; cùm aliqui velint, eum non nisi pro parte fieri Emphyteutæ, pro parte autem domino deberi, penes quem est dominium directum, secundùm *§. thesaurus Instit. de rer. divis.* ita tradit Specul. *tit. de emphyteusi n. 132. & Navarr. in Manuali cap. 17. num. 173.* argumento à fructuario, & creditore, quibus in fundo fructuario, aut pignoratitio repertus thesaurus tantùm pro dimidia parte debetur. Veriùs tamen, totum cedere Emphyteutæ: nam licet non habeat plenum dominium; habet tamen utile, cujus respectu omnis

omnis rei utilitas sive in fructu sit, sive non sit, spectat ad Emphyteutam, non ad dominum, cui tantùm est jus ad canonem annuum, *Gloss. ad a. §. thesauros V. suo*, *ibi* Fab. & Angel. Guil. Benedictus *ad c. Ramutius V. catera bona n.* 34. Valasf. *q.* 15. *n.* 1. Non obstat argumentum sumptum à fructuario & creditore: Nam illi tantùm debentur ea, quæ in fructu sunt; non est autem thesaurus in fructu, quia non renascitur, *arg. l. Divortio* 8. *aliàs est* §. 5. *l.* 7. *inf. Soluto matrim.* Creditor verò tantum naturaliter possidet, & ne quidem fructus percipit, ut inveniens tanquam in alieno, non nisi ejus dimidium consequatur. Aliter se res habet in Emphyteuta, cui diximus non tantùm cedere fructus; sed omnem rei utilitatem. Barbosa ad *d. l.* 8. §. *si fundum n.* 27. *& seq.*

72 Ut commoda rei percipit Emphyteuta, ita & subit onera refectionis, etiam majoris: tributorum item, & aliorum similium onerum realium. Adeò ut velint etiam priorum annorum tributa non soluta posse ab ipso Emphyteusios possessore peti: ex ratione, quod sit onus reale, & rem sequantur, *l. Imperatores* 7. *inf. De public. & vectigal.* Valasf. *q.* 17. *n.* 17.

73 Hæc ita, quatenus durat Emphyteusis, quam contingit variis modis finiri. Et primò quidem finito tempore, quod expressè, vel tacitè est comprehensum in concessione: cum concessa ad tempus, eo lapso censeantur negata: item finitâ, extinctâve generatione, ad quam data.

74 Secundò rei interitu: quia res, quæ non est, non potest habere accidentia. Et quidem si tota pereat, nulla est præstanda cautio: quòd nihil sit, cujus nomine præstetur. Partis interitus nocet Emphyteutæ, qui nihilominus canonem conventum præstare cogitur, *d. l.* 1. *in fine, & §. adeò Instit. De locat. & conduct.* Ex quibus locis constat infortunia, quæ rei accidunt, neeomnino destruunt, spectare ad emphyteutam, atque adeò propter illa non eximi à solvenda pensione. Hinc si sterilitas fructibus acciderit, nocebit ea Emphyteutæ: etiamsi omnes fructus absumpserit, nec eum, ne quidem à parte pensionis liberabit: etsi aliter se res habeat in locatione. Ratio diversitatis est: quia in locatione datur pensio ad modum fructuum, quibus respondet: hic autem in recognitionem dominii directi, quod superest, etiam parte rei tantùm existente, aut fructibus nullis enatis, & proinde recognoscendum: nisi malit Emphyteuta rem deserere, propter exiguum, aut nullum, quod ex ea percipit, commodum.

75 Tertiò, per rei ipsius commissionem, ex culpa possessoris: quod contingit duobus modis. Primò per dilatam solutionem pensionis, ad triennium in Emphyteusi Civili, *l.* 2. *C. de jure Emphyteut.* ad biennium verò in Ecclesiastica, *cap. fin.* ⁘ *De locato*, idque in favorem Ecclesiæ, & piorum locorum.* Ubi non est quærendum, quanta

76 sit pensio: nam licet unus nummus tantùm foret annuè solvendus, omissio tamen solutionis faceret rem totam posse haberi pro commissa: quia solutio non est sita in quantitate pensionis: sed in recognitione dominii, in qua cessatio longior posset inducere oblivionem Emphyteuseos. *Clarus §. Emphyteusis quæst.* 8. *n.* 3. *in fine.* Quòd autem minus tempus requiratur in Ecclesiastica, quàm Civili, est in favorem Ecclesiæ, & piorum locorum, ut rebus eorum consulatur.

Commissio ista procedit, non tantùm, si privatus habeat rem Ecclesiæ in Emphyteusim: sed & si Ecclesia una ab alia teneat, propterea quod ex natura insit contractui, quæ non mutatur ex eo, quòd Ecclesia habeat rem emphyteuticam.* Ea-

77 dem procedit non tantùm si nihil pensionis solutum fuerit: verùm etiam si pars tantùm, adeò ut defectus unius nummi ponat defectum solutionis, & non impediat commissionem: quia non nisi integra solutio ejus, quod debetur operatur hac in materia recognitionem dominii, non etiam partis tantùm. Non obstat *cap. suam* 9. ⁘ *De pœnis*: nam ideo ibi committitur pœna tantùm pro parte omissæ solutionis, quia agitur de re, quæ dividi potest: hic autem de re, quam oportet esse integram, ut operetur. Solutio non est integra, quæ tantùm pro parte facta.

78 Hinc venit resolvenda Quæstio, an ex pluribus hæredibus unius, uno non solvente pro parte suâ, totius rei commissioni sit locus? Neget Mantica, *de tacitis convent. lib.* 22. *tit.* 26. *n.* 16. *& seq. & tit.* 27. *n.* 16. 17. *&* 18. Fachin. *lib.* 1. *cap.* 97. ex ratione: quod solutio sit dividua: cum obligatio solvendi canonem dividatur inter hæredes pro portionibus, *l. In executione* 85. §. 1. *inf. De verb. obligat.* ut is tantùm solus, qui non solvit, pro sua parte luat, ejusque omissio alios gravare non debeat. Alia argumenta apud Manticam videri possunt: quibus non obstantibus contraria sententia, scilicet non evitari commissionem rei totius, verior est: cum, licet ad singulos hæredes portio canonis pertineat, non tamen fiat satis ejus solutioni, nisi totus solutus sit, propter obligationem ad totum canonem: qui domino non est imminuendus ex persona hæredum, qui repræsentant defunctum, eoque jure, quo ipse usuras erat, utū-

tur, ne aliàs conditio primæ obligationis mutetur per interventum hæredum contra *l. 2. §. ex his inf. de V.O* qui locus planè hanc sententiam firmat, ut ista obligatio solvendi canonem, sit aliquatenus individua, & sic procedat decisio *l. 4. §. Cato inf. De V.O.* Jason, *ad. l. 2. n. 58. Cod. de jure emphyteut.*

79 Ipse Emphyteuta solvat, an alius ejus nomine; parum videtur referre, modò fiat nomine Emphyteutæ: quia videtur Emphyteuta solvere; nec interest Domini, à quo canonem recipiat. Quomodo creditor hypothecarius rei emphyteuticæ solvens pensionem, facit evitari commissionem, per text. in *l. Lex vectigali 31 inf. De pignorib.* in verbis, *cum tam debitor, quàm creditor cessassent.* Nec facit, quod requiratur animus recognoscendi dominium: nam ille suppletur per eum, cujus interest, qui potest alterius conditionem reddere meliorem. Tiraq. *De retractu part. 1. §. 36. Gl. 2. n. 19. & § 1. Gl 9. n. 260. & seq.*

80 Quæritur, An compensatio faciat evitari commissionem? Ita posset videri ex iis, quæ dicta sunt superiùs de compensationibus, quia scilicet compensatio faciat evitari pœnam, sistat usuras, impediatque alia damna pro rata concurrentis debiti: & ita tenet Faber, *in §. in bonæ fidei Instit. de actionibus.* Panormitan. *in cap. bona fides ;; Depositi,* Guido Papæ *decis. 171. n. 5.* & facit apertè *l. Si alteri 11. sup. de compensat. & l. 4. Cod. eod. tit.* Verius tamen est non evitari commissionem, hoc solo, quod Dominus vicissim debeat pecuniam Emphyteutæ: nam ut compensatio operetur effectum suum, oportet debitum, quod compensatur, sit simile, ejusdemque privilegii & rationis; Quo depositum non admittit compensationem, etiam in quantitate consistens., *l. penult. Codic. depositi*, cum non subsit eadem causa, idemque favor, quem prærogatum habet depositum, non etiam aliæ causæ. Et pari ratione canon emphyteuticus non consistit tantùm in solutione conventæ quantitatis, verùm & in recognitione directi dominii, quæ censetur potior quantitate, & major obligationis pars; ut non recipiat functionem cum simili, aut majori quantitate debita à Domino directo, qui debet tanquam privatus ex causa privatâ promiscua; Emphyteuta autem ex causa prærogata, in finem recognoscendi dominii: ut ita sint debita inæqualia, nec debeat induci compensatio, saltem ipso jure.

81 Quod addo: si enim Emphyteuta ante lapsum canonis offerat Domino compensationem similis, vel majoris quantitatis sibi à Domino debitæ, evitabit commissionem: tum quia oblatio compensationis recognitionem dominii includit; tum quia hoc casu potest apocham dare, sicut in formali solutione: imò tenetur & antapocham recipere, ut cesset omne inconveniens. Vide Tiraquel. *p. 1. §. 3 Gl. 3. n. 4.* Molin. *ad Consuet. Parif. t 2. §. 62. num. 29. & seqq.* Nihil obstat *l. Iulianus 45. inf. de condit. & demonst.* Ubi conditioni dandi non fit satis per acceptilationem ejus, cui dandum: nam ibi requiritur specifica, & formalis solutio, secundum mentem defuncti, qui sub ea conditione legatum, aut hæreditatem reliquit.

82 Ulteriùs quæritur, An videatur Dominus renuntiasse juri commissi recipiendo pensionem postea? Ita dicendum videtur, si exigat vel recipiat pensionem postea cessam: videretur enim secum pugnare, uti volens jure commissi, atque ita auferre possessionem, quam per receptionem pensionis firmavit, *arg. l. Post diem sup. de L. commiss* Guido Papæ *d. loc. n. 4.* Ante cessam pensionẽ Dominum recipiendo, sibi non præjudicare probabile est: cum enim illi sit jus quæsitum, & ad pensionem, & ad jus commissi non potest videri, alterum exigendo, alteri renuntiasse Jason ad *d. l. 2. n. 144.* Cujac. *ad eandem l. 2. qu. 5.* Donell. *9. Comment c. 15. vers. Quarta defensio.* Fachin. *d. l. 1. cap. 99.* Sarmient. *3. Select. Interp. capit. 6.*

83 Consequenter, An pœnæ adjectio in casum, quo non soluta pensio, inducat renuntiationem juris commissi? Resp. Non videri: cum pœna non adjiciatur, ut obligatio fiat infirmior, sed ut firmetur, *l. 4. §. si ex conventione inf. De re jud.* Facit, quòd stipulatio pœnalis priorem obligationem non novet. Erit itaque Domino salvum jus commissi: nisi aliud actum fuerit, Cujac. *ad d. l. 2. qu. 7.* Donec. *d. c. 15. vers. Secunda defensio*: aut nisi pretium exegerit: videtur enim per hoc renuntiasse juri suo: cum disjunctim, aut debeatur pœna, aut sit permissa expulsio: non conjunctim, ne idem bis puniatur, *Gl. in d. l. 2. V. repellens.*

84 An justa ignorantia non solutæ pensionis excuset: v.g. si hæres crediderit rem possessam fuisse à defuncto jure proprio. Volunt communiter de rigore juris posse rem haberi pro commissâ, cum mora contrahatur re ipsâ, non habitâ ratione, sciverit, an ignoraverit Emphyteuta; qui sibi imputare debet, quod ignoraverit rei conditionem. Posset tamen subveniri per restitutionẽ ex causa, quam ponit justus error, vel ex clausula generali, *Si qua mihi justa caussa.* Caldas *ad l. 3. V. sua facilitate n. 92. C. de in integ. rest. minor.* Pin. *ad Auth.*

Nisi

Nisi trecennale in fine C. De bon. matern. Mantica *De tacitis convent.* 22. *c.* 27. *n.* 40.

85 An mora purgari possit? Id expressum in Emphyteusi Ecclesiastica, *cap. fin. ii De locato.* Secus videtur obtinere in Civili, per *d. l.* 2. in verbis, *omnimodò si dominus velit.* Facit, quod per lapsum triennii ponatur Emphyteuta in delicto, quod non tollitur oblatione pensionis. Ratio differentiæ est, quod Ecclesia, ut durius agit, inducendo jus commissi per cessationem biennii, ita vicissim mitius admittendo purgationem moræ. Covarr. 1. *Var. resol. cap.* 7. *num.* 14. Molin. *ad Consuet. Paris. tit.* 2. *§.* 58. *Glos* 1. *num.* 9. *&* 10. Tempus hoc purgandæ moræ longum esse non debere patet ex *d. cap. fin.* in verbis, *nisi celeri satisfactione postmodum sibi consulere voluisset:* quia tamen non expressum, recte plerique in arbitrio judicis ponunt. Menoch. *Arbitrar.* 1. *casu* 7. *n.* 13. Covarr. 3. *Var cap.* 17. *n.* 4 Adde Fachin. *lib.* 1. *c.* 98.

86 An commissio evitetur per solam pensionis oblationem? R. Ita videri aliquibus; ex eo, quòd agatur de evitatione pœnæ, quæ est favorabilis. Verius tamen est, non evitari; cum sola oblatio non liberet à sorte debita, uti nec liberat ab usuris. Facit *d. l.* 2. *in fine*, quæ obsignationem, & depositionem requirit, ut res ponatur extra periculum commissi, Cujac. *ad d. l.* 2.

87 An etiam adversus jus commissi munitus sit, qui xxx. annis pensionem non solvit? Ita videtur, ut ne quidem ad pensiones præteritas teneatur, tamquam tempore liberatus. Non erit tamen immunis à præstatione in futurum quoad años, quibus necdum præscriptum, per *l.* 7. *in fine C. De præscr.* 30. *annor.* cùm possessionis caussa non mutetur per temporis cursum, & res nihilominus maneat emphyteuticaria, cujus nomine præstanda pensio. Cuj. *ad d. l.* 2. *& d. l.* 7. Fachin. *lib.* 8. *c.* 99.

88 An sterilitas faciat excusari omissionem pensionis? Posset hoc videri argumento locationis, in qua sterilitas facit remitti pensionem. *l. si uno h. t. Locati.* Sed contra dicendum, hac in re nihil excusare sterilitatem à pensionis solutione; cum sterilitas non adferat calamitatem substantiæ fundi, cujus nomine pensio debetur, manet enim integer fundus; sed tantùm fructus deminuat, quorum periculum Emphyteutam, ut utilem dominum, manet; *l.* 1. *C. De jure emphyt.* Ubi rescribit Zeno Imp. particulare damnum, ex quo non ipsa rei penitus lædatur substantia, cedere Emphyteutæ; totius verò rei interitum imputari domino, ac per hoc liberari Emphyteutam à pensionis solutione; cum ejus quod non est, non possit deberi pensio: nam pensio est quædam qualitas, quæ nulla rei non existentis. Ut non alias à pensione excusetur Emphyteuta, quam re extinctâ, aut possessione itâ impedita, ut pro extincta habeatur, per *l. Cum unus* 2 *in fine inf. de bonis auctorit. jud. possiden.* ut verò quatenus res superest, ejus dominium sit recognoscendum solutione pensionis, nisi possessor malit rem deserere.

Non obstat argumentum sumptum à locatione: quia est diversa rei locatæ, & Emphyteuticæ ratio: nam in illa præstatur pensio adæquata fructibus, quibus non perceptis, non est, quod exigatur pensio, vel merces eorum nomine præstanda; hic verò canon tantùm præstatur in recognitionem dominii, non habitâ ratione quantitatis fructuum. Ut manente dominio rei, vel partis ejus, canon sit præstandus; existente quippe caussâ, cujus nomine debetur. Nihil quoque facit argumentum, quod posset desumi à conductoribus vectigalium, quia tales in nihilo differunt ab aliis conductoibus. Conan. 7. *Comm. c.* 11. *n.* 7. Fachin. *d. lib.* 1. *c.* 89. Valesc. *hic q.* 27.

89 Quid si propter bellum, & incursionem hostium ager reddatur inutilis? Excusandus tunc Emphyteuta à caducitate ob non solutum canonem. Clar. 5. *Emphyteusis qu.* 8. *n.* 6. Valasc. *d. qu.* 27. *n.* 13. Jason. *ad l.* 1. *n.* 81. *& seq. Cod. de jure emphyt.* Ubi post multas distinctiones, & allegationes tradit rationem diversitatis inter impedimentum colendi per hostium incursum, & sterilitatem, quæ tamen parum concludit. Ac rectè procedet opinio ista in casu, quo per hostes occucupatus ager, quia habetur pro deperdito in perpetuum. Secus, si non sit occupatus per hostes: sed tantùm propter eorum incursum coli nequeat. Ratio diversitatis est, quòd illo casu non possit videri agrum possidere Emphyteuta, ut nomine ejus, quod non possidet, non debeat teneri recognoscere dominium. Hoc verò casu possidet agrum: ut superfit, eumque oneret recognitio dominii. Nihil obstat *l.* 2. *C. de alluvionib.* Nam ibi fit diminutio tributi propter agros diminutos, ea ratione: quia tributa penduntur ad modum agrorum: ut diminuto eorum modo, diminuatur etiam tributum. Spectanda tamen hac in re consuetudo loci. Vide Fachin. 1. *c.* 90.

99 Portò pactum, ne cadat jure suo Emphyteuta, propter omissam solutionem tempori, valere extra dubium est: cùm pacta dent legem contractui, & tempus de jure requisitum concernat favorem dominii, cui renuntiare potest, *l. pen. Cod.*

De pactis. Ut multò magis idem consuetudini. & statuto sit dandum. Covarr. *Var. Resol. lib. 3. cap. 7. n. 1.* Jason. *in d. l. 2. n. 120.*

91 Restat hic quærendum, An ex caussa dilatæ solutionis committatur Emphyteusis ipso jure? Volunt hoc aliqui per *l. 2. Cod. de jure emphyt.* in verbis, *volenti licere* &c. *omnimodo repellendo*, & *suo jure cadat*: quæ verba, quia præcisa, videntur inducere privationem ipso jure, ut tradunt allegati per Tiraq. *ad l. si umquam V. revertatur num. 10. 186. & 271. C. de revoc. donat.* & sequitur Fachin. *l. b. 1. cap. 93.* Probabiliùs tamen, ipso jure non committi rem, cùm in *d. l. 2.* tantùm sub conditione, *si dominus voluerit*, res habeatur pro commissa. Unde antequam Dominus suam declaraverit voluntatem, non potest res videri jus suum amisisse: cum pendentia à conditione non censeantur consistere, nisi eâ completâ: ita ut, si Dominus non declaraverit suam voluntatem, ejus hæres declarandi non sit habiturus licentiam: cùm videatur Dominus possessori remisisse negligentiam: quod aliter se haberet, si ipso jure res reverteretur. Facit, quòd aliàs purgatio moræ non admitteretur: cui tamen locus est, ut dictum supra. Præterea cum hujusmodi commissio contineat pœnam, videtur potiùs mitiganda. Nihil faciunt verba allata ex *d. l. 2.* quia habent conditionem si Dominus voluerit, Jason, *in d. leg. 2. n. 6.* Donell. *9. capit. 15.*

92 Quid igitur, si Dominus non declaraverit suam voluntatem, eritne hæredi licentia habendi rem pro commissa? Probabile est: cùm non tam ipso jure committatur res, quàm per factum hominis, hæredem frustra agere ad commissionem: eò quòd videatur Dominus remisisse possessori negligentiam argumento eorum, quæ traduntur inferiùs de dote committenda ex causa adulterii. Gamma *decis. 17.* Gigas *de pensionib. qu. 74.* Verùm ista opinio dubia est: cum, caussâ commissionis manente, hæredi eadem sit facultas, quæ erat defuncto. Idem dicendum, mortuo Emphyteuta, si agatur contra ejus hæredem. Nam tametsi quibusdam videatur, contra hæredem nō competere actionem, ad rem pro comissa habendam, quia hæres non teneatur ex delicto defuncti, *l. 1. Cod. ex delictu defunct.* quia tamen ista commissio non spectat propriè ad pœnam sed ad observationem contractus, & conditionis ei adjunctæ, tenebitur & hæres.

93 An verò post declarationem factam à Domino, licebit ei propriâ auctoritate Emphyteutam expellere, nullâ exspectatâ judicis sententia? Est quidem ea aliquorum doctrina, *Gl. in d. l. 2. V. repellere. quam & alii sequuntur*, eâ ratione, quod ut in arbitrio est Domini habere commissam, ita & esse debeat, habitam pro commissa sine aliqua sententia declaratoria apprehendere: verùm rectè Clarus, *d. §. Emphyteusis qu. 11.* istam sententiam limitat, si Emphyteuta Dominum ingredientem admittat, sponte illi cedendo; non vero si resistat, aut etiam neget in pensionis solutione se cessasse, quia cùm per hoc res ponatur controversa, opus est judicis sententiâ, ne aliàs Dominus sibi jus dicat, contra *l. Non est singulis 176. De R. I.*

94 Ex dictis colligitur, quid dicendum de fructibus perceptis post triennium, quo cessatum in solutione canonis, an cedant Emphyteutæ? Nam secundùm eorum opinionem, qui volunt ipso jure committi rem, ob dilatam aut omissam solutionem, veriùs est, fructus non fieri Emphyteutæ; sed potiùs restituendos unà cum re, cùm sint percepti ex re aliena; cujus conditionem sequuntur, argumento eorum, quæ tradita sunt superiùs de fructibus à possessore collectis *tit. de rei vindic.* Secundùm aliam verò opinionem, quod scilicet ipso jure non committatur res, quam diximus magis probabilem, dicendum, fructus manere penes Emphyteutam tamquam ex re adhuc sua perceptos, quæ non aufertur nisi per declarationem Domini, ad quam usque ut rem jure tenet pristino, ita & eodem fructus percipit.

95 Secundò, Res committitur per ejus alienationem; nisi aliud sit actum, *leg. 3. Cod. de jure emphyt.* propter interesse Domini, rationem actionis personalis, quam non debet cogi invitus transferre in alium, & sibi alium habere obligatum, cujus non sit eadem industria, tametsi è contra non prohibeatur Dominus jus suum, id est directum dominium, in alium transferre; cùm nihil intersit Emphyteutæ, cui canonem solvat; nisi aliter conventum fuerit, aut habeat consuetudo, Specul. *d. l. n. 116.*

96 Alienationis nomine venit actus quilibet, quo res dominium mutat. Unde & alienare dicendus, qui patitur eam præscribi, *l. Alienationis 28. inf. de V. S.* quâ ratione si per tantum temporis pensionem Dominus ab alio, qui erat in possessione, receperit, ut res sit præscripta adversùs priorē; poterit eam habere pro commissa, secundùm terminos *d. l. 3.* Barbosa ad *l. si aliena 22. n. 60. inf. soluto matrim.* In usumfructum dando rem, nō videtur ea comitti, cùm per usumfructum non possit dici alienata, aut translata in aliū, uti requirit *d. l. 3.*

ma-

manente dominio utili penes Emphyteutam, quamvis contrarium in feudis obtineat, quæ in usumfructum non dari communiùs receptum, Clarus §. *Feudum q.* 37. *n.* 2. & diximus *in Tract. Feudali cap. XIV. n.* 29.

97 Dicta de alienatione procedunt; quatenus purè facta: nam conditio, quæ subest, non tam est suspensiva, quàm resolutiva. Item in ea, quæ perfecta per traditionem, sive veram sive fictam, quia ante eam non potest videri alienata res, quę adhuc in bonis est emphyteutæ, *l. Alienatum* 67. *inf. de V.S.* Gomez. *ad l. Tauri* 45. *num.* 94. Sit etiam valida: quia quæ nulla non venit nomine alienationis, *arg. l.* 4. §. *condemnat. inf. de re judic.* nec ponit effectum, qui mereatur pœnam commissionis, dominio remanente penes Emphyteutam. Guido Papæ *q.* 59. Quod ita procedit in alienatione nulla ex alia caussâ, quàm quòd inconsulto Domino sit facta: nam ei proposita hæc pœna, juxta *d. l.* 3. Cotta *in memorialib. V. Actus nullus.* Si & alienatio vera, quia simulata non ponit commissioni caussam, scilicet mutationem manus, seu dominii, ut tradit alios citans Tiraq. *de retractu p* 1. §. 1. *Glos.* 2. *n.* 13. & 14.

98 Facit itaque alienatio sine consensu Domini facta rem committi: & quidem totam si tota alienetur; partem verò, si tantùm pars, *c. unico de vasallo qui contra constit. Lotharii. tit.* 27. *lib.* 2. *Feud.* Ubi partem alienans, tantùm parte illa privatur, ne quis puniatur ultra, quàm deliquit. Adeò ut recuperatio rei alienæ non ponat extra pœnam caduci: quia delictum pœnitentiâ non deletur, & continuò quæsitum domino est jus quod ei facto alterius non eripiendum. Costal. *ad l.* 1. §. *si rem sup. Depositi.* Alienandi modi in jure noti sunt, inter quos non est venditio, vel similis actus conditionalis, quia conditio ante sui eventum ponit imperfectum contractum.

99 Ubi dubitatur de venditione sub lege commissoria, & addictione in diem. Plerique volunt, eam non facere locum commissioni, quod res non abierit plenè è dominio Emphyteutæ, & purgata conditione, res hoc ipso redeat absque nova traditione. Mantica *de tacit. convent. d. lib.* 22. *c.* 28. *n.* 30. Quæ sententia mihi videtur dubia, quod ejusmodi pacta non impediant veram alienationem, & res illo casu sit verè alienata, non obstante conditione, quæ non tam est suspensiva quàm resolutam, ut obtinear decisio *d. l.* 3. Quod multò magis dicendũ, si venditio sit facta sub pacto de retrovendō, quia hoc pactum non facit, quo minus res sit verè alienata, & domino jus suum quæsitum.

100 Cæterùm dictam alienationis prohibitionem ita moderatur Imp. in venditione, ut hanc permittat citra metum commissionis, etiam Domino invito; modò tamen Emphyteuta denuntiaverit Domino venditionem, & ille recusaverit emere, vel post denuntiationem bimestri tacuerit, secundùm requisita *d. l.* 3. Si & verum pretium, quod ab alio offertur, eidem declaraverit: nam si excessivum, eo fine, ut Dominum averteret ab emendo, non impedietur Dominus, nihil obstante denuntiatione, rem habere pro commissâ, propter mendacium, quod facit eum non videri denuntiasse, *l. sicut* 8. §. *non videtur* 15. *inf. Quib. mod. pign. vel hypothecar. sol.* Faber. *ad d. l.* 3. Specul. *tit. de emphyteusi vers.* 92. Tiraq. *d. l.* §. 36. *Gl.* 2. *n.* 2. Ratio permissæ venditionis subsistis conditionibus posita videtur in necessitate, quâ posset premi emphyteuta, vel etiam lucri amissione, quam evitet per venditionem, secundùm *d. l.* 3. Quâ ratione non facilè trahitur ad alias alienationis species, in quibus non est eadem ratio: exceptio enim circa venditionem ex certa caussa firmat regulam prohibitę alienationis quòad alias contractuum species, per quas fit manus mutatio. * Debetur autem eo casu domino, pro admissione novi emphyteutæ ad possessionem, honorarium, non pro lubitu Domini petendum, ut olim; sed restringendum ad quinquagesimam pretii partem, si vendita res fuerit, vel æstimationis ejus, *d. l.* 3. quasi in compensationem damni, quod dominus ex mutatione personæ posset subire, quod dicitur vulgò Laudimium, vel Latiniùs Laudatum, quod Dominus laudet, vel approbet personam novam.

101

102 Controvertitur autem hîc de quibusdam, ut primo, An locatio ad longum tempus veniat sub nomine alienationis, cum effectu commissionis? Posset ita videri, juxta *d. leg.* 3. quòd ex communi sententia per hujusmodi locationem transeat utile dominium, ut videre est ex Tiraq. *d. §.* 1. *Gloss.* 14. *num.* 80. Cujus tamen contrarium probavimus supra *ad tit. Locati n.* 14. ut non stante caussâ commissionis, scilicet re non translatâ in alium, nequeat esse locus decisioni *d. l.* 3. Quò facit, quod prælatus elocans rem Ecclesiæ ad longum temp⁹, actum quidem inutilem agat, non tamen incurrat perjurium, nec alias pœnas juris, alienantibus propositas patiatur, de quibus *tit. De reb. Eccles. non alienan.* Facit &, quod prohibi-

hibitus alienare, locando ad longum tempus non peccet contra mentem testatoris, ut dicetur infra de fideicommissis. Et ita in proposito tenet Molin. *d. tit. 2. §. 62. num. 6.* Garcias *De expensis c. 14. n. 8.*

Secundò quæritur, an emphuteuta irrequisito domino tutò donet jus suum? Quod quidem olim videtur permissum fuisse, ut patet *Inst. de locat. & conduct. §. adeò*, quod & aliis locis traditũ: hodie tamen dicendum, hoc prohibitum esse per *d. l 3.* quæ generaliter omnem alienationem rei emphyteuticæ prohibet, specialiter verò permittit venditionem ex causa, ne Domini hac via iniquè impediant Emphyteutas accipere pretia suarum meliorationum. Quæ non obtinet in donatione, in qua non distinguitur, ex mera voluntate sit facta, an ex necessitate; cum in necessitate nemo existat liberalis, *l. rem legatam* 18 *inf. de adim. legat.* Proinde ad eam non retrahenda permissio venditionis, obstante jam dictâ regula, quod exceptio firmet regulam in non exceptis, & inclusio unius sit exclusio alterius. Sarmient. 3. *Select. c. 2.* quod & sentire videtur Alex. *Conf. 119. n. 1. vol. 3.* Vide Fachin. *lib. 3 cap. 97. lib. 6. cap. 98 & lib. 10. c. 68.* saltem sine consensu domini, quia illo consentiente nulla fit injuria, nisi debeatur liberis. Plerique tamen volunt donationem permissam esse etiam inconsulto domino; cum denuntiationis conditio requisita in *d. l. 3* si & hic servanda foret, nunquam donatio procederet; quia Dominus semper mallet sibi dari, quàm alteri.

103 Tertiò dubitatur de permutatione. Et hanc quoque permissam non esse patet ex jam dictis, cum in ea non obtineat ratio permissæ venditionis expressa in *d. l. 3.* ut procedat regula. Inclusio unius est alterius exclusio, & maneat sub regula, quæ alienationem probibet, Sarmient. *dicto loco num. 20. in fine;* etsi plerique contrarium velint, quos citat Mantica *de tacitis convent d. c. 28 num. 69.*

104 Quartò, An Emphyteuta alteri in Emphyteusim det, irrequisito domino? Communis conclusio habet, Domini consensu opus non esse; argumento conductoris, qui non indiget consensu domini in re conducta elocanda, *l. Nemo C. de locato, & cond.* Et facit argumentum à feudo, quod per vasallum in feudum dari potest, domino non requisito, *tit. 34. c. 1. § similiter de lege Corradi lib. 2 Feud.* Verius tamen Emphyteutæ id non licere, cum dando in Emphyteusim videatur alienare atque utile dominium in alium transferat. Et hanc sententiam de consuetudine servari tradit Clar. *§. Emphyteusis q. 20.* Quę & obtinet in casu, quo, duobus constitutâ Emphyteusi, alteri ab altero datur, eo quòd quisq; pro parte sua rem teneat, pro qua & solvit canonem, si aliud non sit actum, *arg. l. Reos 11. §. 1. inf. de duob reis.* Aliud est, si ex successione unius ad duos pervenerit; cùm singuli in solidum teneantur ad canonem; ut non videatur alienatio fieri extra personam concessione comprehensam. Unde & divisio inter fratres non ponit causam commissionis, Clar. *d. §. Emphyteusis q 14.* Sarmient. *d. c. 2. n. 21. & 24.* Non obstat argumentum à conductore sumptum; Quia in locato-conducto non transit dominium, sicut in Emphyteusi. Ut neque obstat argumentum sumptum à feudo; nam omissis solutionibus, quas refert Sarmient. *d. loco n. 25.* cum difficultatem non exhauriant, dicendum, à feudo ad Emphyteusim argumentum non procedere; quod jura feudorum sint quædam consuetudines locales, & singulares, ac proinde vim legis non habeant, nec in alia materia decisivè allegari possint, ut receptiùs est, ex sententia Bartoli, *ad l. Iusjurandum §. si liberti inf. De operis. libert.* nisi feudalis decisio cum jure communi conveniat, aut aliquid ultra id ex juris rationibus statuat. Valasc. *q. 39. num. 19.* Molin. *ad Cons. Paris. §. 1. Gl. 5. n. 7.*

105 Quintò, An decisioni *d. l. 3.* sit locus re datâ in dotem filiæ? Videtur dos non aliàs esse extra commissionem; quàm si filia sit ex iis personis; quæ sub concessione emphyteuseos sunt comprehensæ; quia alias mutaretur rei dominium in domini præjudicium. Nihil faciente, quod necessaria sit donatio; cum pater cogi possit filiæ dotem constituere; neque enim ideo res ea mutat dominium, nec est extra dispositionem *d. l. 3.* Barbosa *ad l. Vsusfructus 57. n. 25. & seqq. inf. soluto matrim.* Vide Caldas *ad l. si curatorem V. probi beris n. 89. & 90. C. De in integ. rest. min.*

106 Ex * dictis patet fœminam posse dare in dotem marito emphyteusim, non requisito domino, *arg. c. un. De investitura quam Titius tit. 23. Lib. 2. Feud.* Ubi feudum suum dat in dotem marito, irrequisito domino, eò quòd non videatur propriè alienare, ipsa manens vera, & naturalis feudi domina, ad quam & res reversura, *l. In rebus 30. Cod. De jure dot.* Et hoc, si detur non æstimata; nam aliàs contineret perpetuam alienationem, & locus foret *d. L. 3.* Idem ex eadem ratione dicendum, si convenerit, ut maritus eam lucretur. Barbosa *d. loco num. 24. & seq.*

107 Pertinet etiam ad prohibitam alienationem legare

gare

gare Emphyteusim extraneo, vel eum instituere, etiam in casu, quo concessa alicui, & hæredibus; quia intelligitur de descendentibus, si nihil aliud sit actum. *Nov. De non alienan. reb. Eccles 7. § Emphyteusim.* 3.

108 Quæritur etiam, An hypothecæ obligans censeatur alienare, ad effectum commissionis? Dicendum, non esse propriè alienationis speciem, *l. Tutor §. fin. sup. De pignorat. act.* cùm, non obstante hypothecà res maneat in dominio Emphyteutæ, qui domino canonem persolvit, Jason. *ad l. fin. n. 78. & seq. Cod. hoc tit.* Sarmient. *d. c. 2 n. 23.* Non obstat argumentum, quod posset sumi à feudo, *c. 1. in pr. De prob. feudi alienat. per Frid. tit. 55. lib. 2. Feud.* Nam id magis personæ cohæret, ob servitium personale, quod communiter in eo præstandum; in quo posset facilè domino præjudicari per vasallum, penes quem res non est. Emphyteusis verò magis patrimonio cohæret, quia spectat ad rem & pro ea datur quid reale, quo in casu non interest Domini, pensionem accipere ab ipso emphyteuta, *per l. Lex vectigali 31. sup. De pignor.* Interest autem domini, vasallus servitium præstet, an substitutus, ut patet ex materia feudali. Non obstat *l. fin. Cod. De reb. alienis non alienan.* quia non tam propriè ponit Imp. inter species alienationis hypothecam aut pignus, quàm ex arbitrio prohibentis pignorari rem, aut hypothecæ subjici.

109 Potest & invito Domino servitus, vel aliud onus imponi rei emphyteuticæ, sine consensu Domini, ratione juris, quod in rem habet Emphyteuta. Clar. *d. loco qu. 21.* non tamen in sui præjudicium: nam cùm jus reale habeat tantùm limitatum, non potest rem onerare ultra, quàm penes eum manet; quà abeunte, secundùm regulam, resoluto jure dantis, resolvitur & jus accipientis Pinell. *ad l. 1. p. 3 n. 70. C. De bonis mater.* Costal. *ad l. 3. sup. De servitut.* Papon. 13. *Arrest. t. 2. cap.* 8.

110 Sunt & alii casus ac caussæ, quibus emphyteuta expelli potest per Dominum; ut si rei conditionem fecerit deteriorem, eam ejusve cultum negligendo, aut reparationes meliorationesve omittendo, ex recepta secundùm Pinellum *ad l. 1. p. 2. n. 60. C. De bonis mater.* sententia, ac ratione; quòd legi contractus non satisfecerit, quæ est, ut nomen sonat, rem meliorare. Et facit argumentum *l. 3. sup. Locati*, ubi conductor re abutens expelli potest. Quod procedit in Emphyteusi, cùm Ecclesiastica *per text. expressum in Auth. Qui rem C. De SS. Ecclesiis* tum etiam civili, *arg. d. l. 3.* Jason. *in d. Auth. Qui rem*, & Clar. *d. § Emphyteusis q. 26.* Si tamen notabilis sit deterioratio, caussata dolo aut culpa possessoris, non latâ tantùm sed & levi.

111 Quid si dominus indigeat re emphyteutica ex subita, & ante non prævisa necessitate? Poterat videri expelli emphyteutam posse, *arg. d. l. 3.* ubi hoc statutum in conductore. Verùm contrà dicendum, cùm inter emphyteutam, & conductorem sit differentia, propter utile jus in rem, quod illi est, non etiam huic.

112 Ex caussa quoque ingratitudinis non videtur expelli posse: quod nullibi ejus hac in materia fiat mentio. Negantem tamen rem esse emphyteuticam, & se Emphyteutam, si convincatur, aliqui volunt privari jure suo, in pœnam infitiationis, & mendacii, *lib. 2. Feud. tit. 26 §. vasallus si feudum* & hoc, si scienter & facit argumentum, *l. fin. sup. De rei vindicat.* Ubi negans possessionem esse suam, eà privatur, & ad actorem transfertur. Et ratio est quòd non debeat reverti ad id, quod semel recusandum duxit. Putant autem varii, id non procedere hoc in casu: propterea quòd pœnæ non sint extendendæ sine textu. Specul. *d. tit. De emphyteusi n. 65.* Jason *ad d. l. 2 n. 85. Cod. hoc tit.* Videtur tamen falsæ infitiationis convictus privari posse possessione Emphyteuseos, cum ista sit pœna communis mendacii, *Auth. Item possessor. Cod. Qui potior. in pig. hab.* Mantica *d. lib. 22. cap. 31.*

113 Finità itaque Emphyteusi, seu facto, sive culpâ Emphyteutæ, vel etiam sine culpa per temporis lapsum, vel generatione deficiente, redit ad dominum res, libera ab omni onere ut pignoris, servitutis, quod interea ei imponi potuit, & impositum est, ex regula, quòd resoluto jure dantis resolvatur & jus accipientis. Quam regulam diximus supra *ad t. De rescind. vend. n. 34.* procedere, quando resolutio fit ex caussa, quæ ab initio inerat, nullo facto possessoris interveniente; uti hoc in casu, quo finitur Emphyteusis, ex lege, & conventione ab initio dicta. Ant. Faber *Decade 23. Errore 2. in pr.*

114 Ubi quæri posset, Quid juris sit in meliorationibus? Distinguunt communiter inter Emphyteusim finitam culpa Emphyteutæ, & sine ejus culpa. Illo casu volunt eum perdere omnes meliorationes, propter culpam: hoc verò tantùm domino cedere communes, & ad quas ex conventione, & natura rei tenebatur, Jas. *ad l. 1 n. 6. C. h. t.* Valas. *q. 25 n. 1.* Clar. *d. §. Emphyteusis 45.* Verius est, utroque casu tantùm eas meliorationes domi-

domino cedere, ad quas ex natura, & vi contractus tenetur. Nam cum sint factæ ex necessitate conventionis, & pars pretii, pensionisque emphyteuticæ censeantur, *l. Fundi partem 79. sup. De contrah. empt.* meritò domino cedunt. Aliud juris est in iis, quæ excedunt conventionem, & naturam emphyteuseos. Neque enim est ex mente juris, ut hujusmodi meliorationes cedant domino, etiam ex pulso emphyteuta per culpam: neque est rationabile, ut emphyteuta perdat servitutes rei emphyteuticæ acquisitas, ut ædificiorem structuras, aliasve graves meliorationes, præter naturam, & legem Emphyteuseos factas: tum ex naturali ratione, quæ non patitur quem cum jactura aliena locupletari, *l. Plane 38. §. sed benignius sup. De hæred. pet.* tum per dispositionem juris communis, quo cavetur, eum, qui bona fide in re aliena, etiam sciente, citra animum tamen donandi, vel in re sua, restitutioni tamen subjecta, ædificavit, vel aliud quid ad propriam rei utilitatem spectans, posse repetere saltem æstimationem, *§. Certè instit. De rer. divis.* Facit pro hac parte *l. Colonus 61. sup. Locati:* ubi conductor meliorationes repetit, eò quòd ad eas non teneatur; unde è contra, si ad eas teneretur, non repeteret Sarmient *lib. 3. Select. Interpret. cap. 4.* Patitur tamen ea res difficultatem, propter *§. si Vasallus 2. Feud. tit. 28.* ubi vasallus repetit, quod in rem feudalem impendit: quia faciens sumptus in rem talem, sciat se facere in rem alienam, cum animo obligandi dominum. Et ita responsum in caussa commodatarii, *l. In reb § possunt sup. Commodati*, creditoris, qui insumpsit in pignus *l. 8. sup. De pignorat. act.* coloni, qui in rem conductam, *l. penult. in fine sup. Locati.* Sed differentia est inter illos, & Emphyteutam; quia isti non accipiunt rem ad meliorandum, uti hic, atq; ita rectè finito contractu repetunt, quòd impenderunt, non etiam Ephyteuta. Barbosa *ad l Divortio 8. § fin. nu. 69. inf. soluto matrim.* Non obstante quoque *l. 2. Cod. hoc. tit.* quæ vult meliorationes, sive emponemata, in casum, quo ob culpam jure suo cadat Emphyteuta, non posse repeti; nam restringenda ad illa tantùm emponemata, ad quæ natura, aut conventio contractus obligat, ut rectè tradit Molin. *ad Consuet. Paris § 1. Glos. 5. num. 80. & seqq.* cùm pœna non veniat extendenda ultra consuetum modum, in Emphiteusi servari solitum. Vide Valasc. *d. qu. 25.* Fachin. *lib. 1. c. 91.* Garciam *De expens. & meliorat. c. 6. nu. 12. & 20.*

Postremò restat videndum, An finitâ Emphyteusi possit dominus cogi eam renovare in possessore, aut ejus hærede? Communiter volunt teneri Dominum, quando finita est per generationem, vel cursum temporis, fierique alias injuriam illi, qui ante possedit, ejusve hæredi Clar. *§. Emphyteusis quæst. 43.* ubi plures ejus sententiæ citat. Et pro hac parte adduci posset, primò *l. 1. §. planè ei infra De aqua quotid. & æstiv.* Ubi, si non impetretur jus aquæ ducendæ, quod ante competit, dicitur fieri injuria. Secundò, *l. Congruit Cod. De locat. præd civil lib. 11.* ubi is, qui rem à fisco conductam habuit, præfertur aliis, si idem pretium offerat. Tertiò *l. 1. in fine, C. De Metallar lib. 11. &c. 1. § pone qualiter olim pot. feud. alienari tit. 9. lib. 2. Feud.* Ubi conductore vendente fructus, vel vasallo rē infeudalem, dicitur præferendus dominus. Quartò *l. jubemus §. & filios Cod. De advocat divers. judicium.* Et hanc sententiam dicit magis communem Gabriel. *lib. 3. Commun. opin. tit. 1. conclus. 1.* ac debere descendentes de facili impetrare confirmationem, vel renovationem Emphyteuseos, aliàs posse appellare ad superiorem. Verùm contraria, licet fortè minùs communis, verior est, scilicet posse Dominum, sive Ecclesiam finitâ generatione, Emphiteusim, cui velit, concedere; ex ratione, quòd res pervenerit ad Dominum, & ad ejus liberum arbitrium sit reversa disponendi facultas, *l. Dudum Cod. De contrah. empt. & vend.* Facit argumentum à locatione sumptum, quâ finitâ non compellitur locans eidem locere, *l Nec cui C. De locato & cond.* Facit & *Nov. 7. De non alienan. & c. 3. §. neque illud,* ubi improbata ea conventio, ut duorum hæredum impleto tempore præferatur eos sequens, quasi callidâ machinatione inductus. Ita Sarmien. *3. Select. Interp. 7. numer. 1.*

Nec obstant argumenta opposita. Nam quoad primum, in eo agitur de jure competente rei, quod, re devolutâ ad alium, eidem constituendum, nec sine injuria, negatur. Quoad secundum, legis istius ratio est; quòd in locatione rei fiscalis, si conductor alius non reperiatur, præcedens cogi possit in conductione permanere, & contractum renovare, *l. Cotem. §. qui maximos inf. De public. & vectigal.* Ut & æquum sit, ille offerens idem pretium præferatur aliis. Quoad tertium, loca ibi allegata loquuntur de personis, quibus est aliquid juris, ut est domino circa fundum conductum, ac feudalem. Non obstat de-

nique

uique quartum; quia loquitur lex de publicis officiis, in quibus habenda ratio eorum, qui Reip. servierunt, ut data paritate filii extraneis ad idem officium concurrentibus anteponatur. Quæ omnia aliter se habent in emphyteusi, sive per generaitonem, sive per tempus seu aliàs finiatur, in qua nihil juris est illi, in cujus persona finita, neque ejus descendentibus; sed libera ad dominum reversa, arbitrio ejusdem disponenda relinquitur.

ADDITAMENTA.

Ad tit 2. Locati Conducti.

*Ad n.*14. Ubi ab initio de titulo conductionis constat, ibi jus perpetuæ coloniæ non præscribitur, etsi conductor longissimo tempore, uniformem pensionem, singulis annis numeraverit. *quod pulchrè probat.* Cravett *tract. de antiq. temp. §. materia ista n.* 100. *& mult. seq. allegatus à* Treutl. *vol.*1.*disp.*19 *th.*4.*lit.c ubi vid.* Bacc.

*Ad n.*15. Locatione finitâ, si alius conducere velit, an primus secundo præferri debeat? vid. Mynsing. *cent.*4.*obs.*23. Hartm. Pistor. *obs.*162. Carpzov. *p.*2. *Constit.*37. *def.*8.

*Ad n.*20. *&* 21. Quando & quibus in Casibus Colonus ob sterilitatem fructuum, pensionis relaxationem jure petere possit vel non? *vid.* Speck *cent.*3.*q* 22. *Class* 1. ubi novem refert casus, in quibus cesset pensionis solutio, Ut sunt. 1. Sturnorum, graculorum passerum, gruum, mutium & locustarum insolita agmina & examina, frugibus valdè noxia & infesta, 2. Vermiculatio, 3. Uredo. 4. Grandines, nives & pluviæ immoderatæ & insolitæ, segetes prosternentes, culmos frangentes & grana excutientes, agros occupantes & inundantes, semina & fruges eluentes & corrumpentes. 5. Inundationes, impetus & æstuationes fluminum & aquarum immoderatæ, insolitæ, & ferè prodigiosæ 6. Siccitas immoderata & Solis ardor insolitus. 7. Tempestas, labes & terræmotus. 8. Piratarum, prædonum latronum & hostium in cursus, quibus Colonus è fundo sit dejectus. 9. Herbæ vitiosæ & noxiæ, ut lolium, avena & similes Zizaniæ, quibus segetes variè corrumpi, suffocari & quandoque transmutari solent. Hinc in locatione prædiorum vel fructuum, ratione hactenus enumeratorum, hæc ferè adjici solet clausula. Außgenommen Hagel Feuer und Wetterschadt (*Meisn. tom* 1. *decis.*5. *fol.*224.) addunt alii Mißwachs/ Krieg/ Reiff/ Ungewitter/ Brand/ Raub/ ꝛc. Welches Gott gnädiglich verhüten wolle. Geschehe solches/ innerhalb drey Tagen anzuzeigen/ und hierüber ein billiger Abgang gemacht werden soll. Quæ Cl. bona ac necessaria est sec. Gail. 2. *obs.*23. Covarr *hic ab Auth. cit. loc.* Fach. *lib.*1. *Controv. Iur. c.*89. *&* 90. Roland à Valle *cons.*96 *lib.*1. Ubi tradunt, qua ratione practici utantur, in remittendâ colonis pensione, sterilitatis causa, &c.

Instrumento locationis, etiam addi solet el. In Dach und Fach zuhalten ꝛc. quod nihil aliud est, quàm conservatio ædificiorum, vel Die Gebäu/ an Ofen/ Thüren/ Fenstern/ Leinwänden/ Zäunen/ Dachungen/ und was dergleichen seyn mag/ wie ein fleissiger Haußvatter thun soll/ Jährlich zu bessern/ und daß so lang erhalten/ als es sich erhalten lassen will. Moller. *ad Const. Saxon. part.*2. *constit.* 32. *n.*27.

Conductor an possit aut debeat ultimo anno restipulare (ut vocat Surdus) aut seminare agrum, ut eò minus sequenti anno utilis esse possit. vid. Surd. *decis. Mant.* 131.

*Ad n.*33. Non potest locator expellere conductorem, propter usus proprios rei locatæ, si aliter pactus fuerit, vel saltem apertâ conventione beneficio *l.*3 C. Locati-Cond. renunciaverit. Carpzov. *part.* 2. *constit* 37. *def.*7. Et dominus Scholasticum conductorem expellere nequit, etiamsi propriis usibus domus sit necessaria, Horat. Luc. *de privil. Scholar privil.* 40.

*Ad n.*52. Licet conventiones de agris colendis diversis nominibus appellentur, scilicet Emphyteuses, Precarii, Colonarii Contractus &c. quoniam interdum circumstantiis quibusdam pluseulum discrepant, sunt tamen res eadem, sc. Emphyteusis, ut rectè sentire videtur Bart. *in l. Si finita §. si de vectigalibus de damn. infect.* Oldendorff. *class* 5. *in fin.*

Quæ sit differentia inter bona Emphyteutica & Censitica, *vid.* Treutl *vol* 1. *disp.*29. *th.*9. *lit.f.* Carpzov. *part.*2. *constit.*39. *def.*1. *&* 4. Et inter feudum & Emphyteusin, Besold *in thes. pract verb.* Hoffguth/ Bauerlehen/ ꝛc.

 Addo

Ad n. 91. Adde Arum. Exerc. 24. th. 15. Gail. 2. obs 51. num. 7. Mynsl. cent. 3 obs 65. & cent. 6. obs. 83.

Ad n. 101. Laudemium quando dandum, vel non, consule Harim. Pistor. *lib. 1 q. 50.* Marsil. *sing. 28.* Corbul. *de Emphyt. c. 14. limit. 6.* Besold. *in thes. pract. verb.* Hantlohn & Weh. *in obs. pr. verb. isto pag. 275.*

Laudemia quibus privilegiis gaudeant *vid.* Berlich *p. 1. concl 64. num 111.*

Dominus directus, invito Emphyteuta, jus suum pro libitu potest alienare Harim. Pist. 1. q. 22. *num* 17. Carpzov. *p. 2. const.* 39 *def.* 10.

Quis sit Judex in causa inter Emphyteutam & alium Tertium. *vid.* Mynl. *cent. 4. obs. 55.*

TITULUS II.

De æstimatoria.

SUMMARIUM.

1. *Æstimatoria actio & contractus quis?*
2. *Natura hujus contractus.*
3. *Periculum rei hoc contractu ad quem spectet.*

HActenus de contractibus nominatis, quibus est certum nomen & certa secundum nomen actio. Subjungitur nunc de innominatis, quibus certum nomen, & certa actio non est, & dubitatur, ad quem contractum sint referendi. 1 * Et primò quidem proponitur æstimatoria, vicina emptioni, qua res æstimata vendenda traditur; & dubitatur, an ex vendito sit actio, propter æstimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse quis videatur, an ex conducto, quasi operas conduxisset, an mandati. Itaque visum hanc actionem proponi: quoties enim de nomine contractus ambigitur, convenit tamen aliquam actionem dari, danda æstimatoria præscriptis Verbis actio. Et eum sit negotium civile gestum, & quidem bona fide, ideo actio hæc inter eas, quæ sunt bonæ fidei, ponitur, §. *Actionum autem instit. De actionib.* 2 *Contractus hujus natura est, non quod æstimatio ponat emptionem, ut aliqui volunt per aliqua Juris loca; sed malè; cum non hoc agatur, ut res illi, cui æstimata traditur, sit vendita; sed ut ille vendendam accipiat suo periculo, teneaturque, vel ipsam rem incorruptam reddere, vel pretium conventum, *l. 1. h. t.* 3 * Mercedis, si quæ intervenit quæ solet inducere locationem, *l. 1. in fine sup Mandati.* non tā habitā ratione, quàm æstimationis, *l. 2. h. t.* quæ negotium facit magis accedere ad emptionem. Periculum rei spectat ad eum, qui rem æstimatam vendendam suscepit; quatenus tamen contractus ejus gratia æstimatus, *l. 1. in fine De præscript. verb.* nisi ejus culpa, vel dolus probetur, velse præstiturum promiserit æstimationem, *l. 5. §. etsi fortè sup. Commodati.* Si contingat rem pluris vendi, quàm convertum, videtur pretium domino cedi oportere, nisi aliud fuerit conventum. *l Si tibi 3. in pr. inf. De præscript. verb.* ubi ut pretium excedens cedat venditori, opus est pacto in eam rem, quo opus non foret, si hoc ipso, quo susciperet rem æstimatam vendendam lucrari posset id, quod ultra est. Vide Jason. *ad d. l. 1. n. 5.*

TITULUS IV.

De rerum permutatione.

SUMMARIUM.

1. *Permutatio est contractus innominatus.*
2. *Emptionis venditionis origo à permutatione.*
3. *Permutatio in quibus differat ab emptione-venditione.*
4. *Permutatio an differat à contractu Do ut des?*
5. *Quis contractus censendus, si data sit partim pecunia partim res.*
6. *Contrahentium intentio dirigit contractus.*
7. *Ad Retractum avertendum licet contrahentibus permutationem inire.*
8. *Datur ex hoc contractu ei, qui ex sua parte implevit, actio præscriptis verbis.*
9. *Item condictio ob caussam.*
10. *Dant scyphos, ut Stichum acciperet, si hic perierit, antequam daretur, cujus sit periculum?*

ADscribitur & innominatis contractibus Permutatio, quæ licet videatur nomen habere certum; est tamen non tam speciei quam generis: cùm contractus pene omnes permutatione quadam constent. Unde nec certa actio ex ea; sed præscriptis Verbis datur. Vicina est emptioni-venditioni, cui originē dedit, *l. 1 sup De contrah. empt.* 2 * In principio enim homines usi permutatione, quâ vinum tritico, oleum melle, bovem equo, &c. commutabant, unoquoque rem, quâ non ita indigebat, pro alia, quam desiderabat, dante. Verùm propter rerum inæqualitatem, & quia sæpe multi non indigebant rebus, quibus alii

alii abundabant, quò ipsiisdem abundarent, quò faciliùs fierent commutationes, ad commodum societatis humanæ, adinventa & introducta fuit materia, quæ publica forma percussa certum haberet calorem, & esset pretium, ac veluti mensura cæterarum rerum, estque ea dicta *Pecunia*; quòd antiqui totum, quod habebant in pecoribꝰ ponerent, vel quod pecudis nota primùm signata fuerit ea de caussa. Plinius *lib. 33. Natur. hist. c. 3.* Mansit nihilominus permutationis usus, *d. l. 1.* quæ vicina emptioni-venditioni, ut dictum, cujus vicem obtinere dicitur, *l. 2 C h. t.* Est enim bonæ fidei, *Instit. de actionib. §. actionum*, ubi inter actiones bonæ fidei numeratur, à jure gentium originem trahens, in qua & locum habet evictio, *l. 1. C. h. t. l sciendum 19. §. pen. inf. De ædilit. edicto*, & redhibitio *l. 2. h t. & d. §. pen.*

5 Differt autem in variis ut patet ex *l. 1. hoc titul.* Primò, quòd sit contractus innominatus, ut dictum. Secundò, quod inter mercem, & precium nulla hic sit differentia; cùm in specierum commutatione versetur, quarum utrimque dominium transferendum; quòd pretium non habeat ut tale consideratum, quòd emptor, & venditor non inveniatur. Hinc alienæ rei non esse permutationem patet, nec rem alienam dando satisfieri conventioni, *l. 1. §. ideoque 3. hoc tit. l. fin. sup. de condict. ob caus.* Tertiò, quod consensu solo non perficiatur, sed demum ex re tradita initium obligationi præbeatur, *d. l. 1. §. 2.* nam ex solo, & nudo consensu, si stipulatio non fuerit subjecta, nulla erit actio. Quartò, quod hac traditione dominium transeat, etiãsi ab altera parte nec dum sit satisfactum *l. 1. in fine h. t.* ubi dicitur competere condictio illi, qui ex sua parte satisfecit: non datur autem condictio communiter nisi non domino. Quintò, quòd pœnitentiam hic contractus admittat, donec impleatur, *l. 5. §. 1. inf. tit. prox.* Quæ omnia aliter se habent in emptione-venditione, quæ est contractus nominatus, qui solo consensu perficitur, & perfectus pœnitentiam renuit, etiam oblata æstimatione, ut dictum supra.

Est itaque Permutatio contractus innominatus juris gentium, & bonæ fidei, quo res cum re commutatur.

4 Ubi quæsitum, An permutatio distinguatur à contractu, Do ut des? Veteres in eo differentiam posuere; quòd permutatio fiat de certa specie in certam speciem, verbi gratia, quando certus fundus pro certa domo datur, *l. 5. Cod. h. tit.* contractus verò Do ut des, quando in genere res incerta commutatur cum alia, *Glos. in l. 1. Cod. h. t.* Verùm ista differentia minùs proba; cum nemo tam vago more ineat hunc contractum, ut nesciat, quid sit recepturus. Ut rectiùs juniores hanc differentiam respuant, Covarr. & Donell. hic, Alciat. *ad l. 1. in princ. numer. 2. sup. de rebus cred.* Pinell. *ad Rub. cap. 4 num. 10. Cod. De rescind. vendit.* qui negant esse differentiam inter contractum Do ut des, & permutationem, *l. 5. § 2. inf. de præscript verbis.* Esse tamen complures differentias alii volunt. Wesenbec *hic in Parat.* D. Viglius *in d. l 2. num. 39. & seqq* & Anton. Fabet. *6. Conjectur. cap 9. circa fin. & capit. 10.*

5 Quid si partim sit data pecunia, partim res, quis contractus judicandus? Dependet hoc ut plurimùm à mente contrahentium, quæ inspicienda. Si dubia fuerit intentio, aut de ea non pateat, contractus judicabitur secundùm id quod præponderat: sin constet, quem contractum inire voluerint, vel quem principaliter intenderint, pro eo judicandum. Unde si à permutatione inceperint, licet pretium interveniat in supplementum defectus, judicanda permutatio, etiamsi pretium excedat rem datam, *l. tenetur 6. §. 1. & 2. sup. de act. empti*, ubi subjungitur duplex contractus, nominatus, & innominatus, & quia expressum verbum, *Vendendi*, unà & pretium, junctus innominatus contractua non impedit, quò minꝰ sit venditio. Quò facit *l. si sterilis 21. §. si tibi fundum eodem t. & l. Fundi partem sup. de contrah. empt.* 6 Dirigit enim intentio, tum ultimas voluntates, *l. cum pater 76. §. donationis inf. de leg. 2.* tum contractus, in quibus hoc actum censetur, quod partes expresserunt, modo actui, quem intendunt, conveniat; ne præter agentium propositum actꝰ progrediatur, vel quid operetur, ipsis invitis, quod leges non ferunt, *l non omnis 19. sup. de reb. cred.* & *l. Multum interest C. si quis alteri, vel sibi &c.* Expressè in terminis Anchoran. *Cons. 72.* Quando, inquit, mixtura contingit, inspicere debemus, quid principaliter agatur inter partes, ut sic ab eo, quod principaliter geritur, accessorium etiam judicetur, licet diversam habeat naturam, si potest per se stare. Facit pro hac parte Bart. in *l. 1. h. t.* indistinctè tradens, in casu præsenti esse contractum innominatum, quod partes eum intenderint. Ad idem facit Jason. *d. l. 1. in fine*, & rescriptum indistinctè in *c. quæstiones 22 de rer permut.* Videatur Covarr. *2. Var. Resol. c. 4.* Pinell *ad Rubr. C. de rescind. vend. p. 2. c. 2. n. 11. & seqq.* Non obstat, quod fraudem eo casu subesse quidam tradant, Tiraq. *de retr. p. 1. § 10.*

Gl. 1. num. 11. & 12. Cùm fraude uti diei nequeat, qui sibi providet in contrahendo, ut res sibi maneat irrevocabiliter.* Quo modo secundùm Tiraq. ad avertendum retractum, qui non habet locum in permutatione, licitum erit contrahentibus, qui venditionem celebrare volebant, ad evitandum retractum, inire permutationem. Quod ipsum potius spectat ad providendum sibi, quod nemini invidendum, quàm ad fradandum alterum. Stultum enim est, cum possim contractum inire tibi proficuum, inire noxium, Tiraq. *d. loco in Præfat. n. 78 & seqq.* Decian. *Respons. 23. n. 19. vol. 1.* Quando fraus præsumatur, vide eundem Tiraq. *d. loco n. 81.* & Decian. *Resp. 59. n. 19. vol. 1.*

7

Actionem hic contractus nullam dat, donec manet in nudis consensus terminis, eò quod ex nudo consensu non constituatur hoc in contractus genere obligatio, si stipulatio non intervenerit, sed demum ex re tradita initium accipiat, *l. 1. §. 2. hoc tit. l. 3. Cod. eod.* ✱ Ubi autem ab altera parte quid intervenit, actio ei est, qui ex sua parte perfecit, & quidem præscriptis verbis: non ad hoc ut nisi alter det, & satisfaciat ex sua parte, repetatur id quod datum est. Nam ex contractu non datur actio, ad rescindendum ipsum contractum, neque etiam præcisè ad contractum implendum, quia alteri locus est pœnitentiæ; sed nisi placitum impleat, interesse præstet, *l. 5. §. 1. inf. tit. prox.* Quo modo intelligenda *l. fin. C. h. t.* quæ simpliciter quidem dat actionem ad placitum implendum, non tamen ita accipienda præcisè, ut patet ex ista lege, sed ut placitum impleatur, vel interesse præstetur, *d. l. 5. §. 1.* vel condicatur id, quod datum, *l. 4. 6. 7. C. eod.* Cui non obstat, quod habet *l. 1. in fine inf. prox.* ad interesse non agi, quia loquitur in casu, quo agens dedit quidem rem conventam, sed alienam, ut non videatur dedisse, nec sit illi actio concedenda; cum ex sua parte non satisfecerit.

8

9 Est & ei, qui implevit contractum ex sua parte, Condictio ob caussam, per quam, re ab altera parte non secutâ, repetat rem à se datam, quasi re non secutâ, cùm, uti dictum, non possit præcisè ad implendum cogi, ut liceat ei pœnitere, atque ita etiam alteri debeat esse salva condictio, *l. 1. in fine, l. 4. 5. 7. C. h. t.* Si ab una parte tradita, eaque vendita fuerit, non est tradenti actio in emptorem; quia dominium transiverat in venditorem, qui proinde rem alienare potuit: verùm is, qui perfecit, vel ex subjecta stipulatione, vel præscriptis verbis aget in venditorem, ut pacto suo stet, vel interesse præstet, secundùm *d. l. 4. C. eod.* Similiter si utrimque data fuerit res conventa, & aliena ab una parte, eaque evicta, vel condicetur id, quod datum est, ut re non secutâ, vel ad interesse agetur, *l. 1. C. h. t. l. Si permutationis 29. C. De evictionib.*

Quæritur de hac specie: Scyphos suos quis dedit, ut Stichum acciperet, qui, antequam daretur, periit, cujus sit periculum? Videtur ejus esse, qui scyphos dedit, quòd sit creditor certæ speciei, cui res debita perit, secundùm dicta ante de periculo, & commodo rei venditæ, si non probetur culpa, mora, aut factum debitoris intervenisse, *l. 5. § 1 inf. tit. sequent.* & *l. 5. §. fin. sup. De condict. caussa dat.* Verum quia hic non tam agitur emptio-venditio, quàm contractus permutationis Do ut des, juxta *d. §. 1. & l. fin. sup. de condict. ob caussam*, repetendi scyphos jus ei est, qui dedit, non quidem ex capite caussæ non secutæ, quòd sine alterius culpa cesset ejus implementum; sed ex caussa pœnitentiæ, *leg. 3. §. sed si dedi cum sequent. sup. de condict. ob caus.* Nisi res non sit integra ex parte ejus, qui scyphos accepit: ut quia contractus implendi nomine sumptus fecit, & damnum sensit, *l. fin. §. fin. d. tit.*

Cæterum permutatio habet locum in iis rebus, quæ ponunt materiam emptioni venditionis; nisi quòd res aliena non det materiam permutationi. In beneficiorum permutatione quæ desiderentur, ut sit extra simoniæ labem, traditur ... *hoc tit.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 4. De Rerum permutatione.

AD *n. 8. 9.* Quod in permutatione, ante traditionem factam, pœnitere liceat, *vid. leg.* Hartman. Pistor. *Obs. 167.* Carpzov. *Jurisp. forens. part. 2. Constit. 33. def. 13.* Interveniens autem stipulatio in permutatione excludit pœnitentiam, *l. 3. Cod. h. t.* Quo casu non tam permutatio contracta est, quam stipulatio ex causa permutationis *l. si ita 6. §. 1. sup. ff. de novat.* Anton. Faber. *in Cod. lib. 4. tit. 40. n. 3.*

Si

Si Res mea post traditionem, antequam rem aliam acceperim, tertiò vendatur, an adversus illum Tertium possessorem mihi competat actio? Neg. Quia in hoc casu Emptor causam habet à vero Domino, nulla mihi actio adversus illum competere potest: Non in personam ipsius, quia personalis obligatio non transit in singularem successorem, *l. ult. in fin. ff. de contrah. Emptor. l. 1. §. si hæres 8. ad SC Trebell.* Neque in rem, quia Dominus per traditionem factus est Empt. *l. 1. ff. hoc tit.* Atqui non tenetur actione reali alius, quàm qui possidet rem vel alienam vel obligatam §. 1. *Instit. de Action. l. pignoris 17. ff. de pignor.*

TITULUS V.

De Præscriptis verbis, & in factum actionibus.

SUMMARIUM.

1. Præscriptis, *non Perscriptis legendum, adversus Hotomannum.*
2. *Actio præscriptis verbis quæ, & cur necessaria?*
3. *Contractuum innominatorum species.*
4. *Ex contractu Facio ut des, an detur actio civilis præscriptis verbis?*

1 EX contractibus innominatis, qui hoc Tit. & aliis referuntur, est actio, quæ dicitur Præscriptis Verbis, & in factum, secundùm hanc Rubr. Ubi Legulejus Hotomannus vult legendum, *perscriptis verbis* sed sine ratione. Ut meritò hæc ejus sententia aliis displiceat, tum propter constantem, & perpetuam omnium locorum lectionem; tum, quòd in his contractibus reus præscriptis verbis rem demonstraret, sine ullo actionis nomine; sed, uti gesta, plenis, & integris verbis præscriberet, *l. Cum mota 6. in fine C. de transact.*

2 Est itaque Actio Præscriptis Verbis, quæ non expresso certo nomine præscriptis verbis rem gestam demonstrat. Hac ideo opus fuit, & ad eam confugiendum, quòd, cùm rerum naturâ ita sit dispositum, ut plura fiut negotia, quàm vocabula, contractus multi existerent, quorum appellationes nullæ jure civili proditæ, & quorum deficiunt vulgaria, atque usitata actionum nomina, *l. 2. & 4. h. tit.* Datur hæc actio ex conventione, uti scripta est, & nihil aliud est, quàm actio in factū civilis, nata ex contractu, cui non est proprium nomen, *l. 1. & l. 4. hoc t.* Dicitur, in factum, quia quod certo, & speciali nomine non potest exprimi negotium, id rei gestæ enarratione declaratur, citra formulæ solemnitatem, *d. l. 6. Cod. De transact.* Dicitur civilis, non quòd lege nominatim sit prodita; sed quia ad exemplum civilium actionum inducta, *l. 5. h. t.* Dicitur etiam, incerti, quia quod interest persequitur, cujus æstimatio incerta & arbitraria. 3 * Præter permutationem & æstimatoriam, de quibus supra est dictum similes eas esse emptioni, referuntur hic aliæ species in *d. l. 5. hoc tit.* ad exemplum civilium inductæ, Do ut des, Do ut facias, Facio ut facias. Prima est similis emptioni, secunda locationi, tertia mandato, commodato, deposito, uti videre est *d. l. 5.* Ubi Paulus J. C. illas species explicat.

Est autem magna Questio, An ex contractu Facio ut des Civilis actio competat? Donellus in *Tract. De præscriptis verbis capit. 10. & Comment. lib. 14. cap. 35. & lib. 15. cap. 40. §. tertia species,* vult etiam Actionem Civilem Præscriptis verbis competere, per *l. 1. & 5. hoc tit.* Ubi quando deficiunt vulgaria actionum nomina præscriptis verbis agendum dicitur; & facit pro eo textus in *l. Solent. 15. hoc tit.* qui civilem dicit competere. Verùm sententiam Donelli dubiam facit textus in *d. l. 5. §. quod si faciam 3.* quæ negat Actionem civilem, id est Præscriptis Verbis isto in genere competere, quòd illa tantùm detur ex istis negotiis, quæ vicina, & proxima sunt civilibus uti tres dictæ species: cum hæc, de qua quæritur, ad civile negotiū non pertineat, ut eum neque sic cōpetere civilis, subsidiaria de dolo sit danda. 4 * Respondet quidem Donell. non negari generaliter isto §. *quod si faciam,* ex contractu Facio ut des competere civilem, sed tantùm tum de dolo agi, quando is, qui dolo fecit, vult repetere id, quod factū est. Ut velit ejus loci sensum esse: Si feci, veluti manumisi, ut dares, & cum feci, dare cessas, nulla est actio civilis ad revocandum id, quod feci; sed de dolo agendū, ut quod mihi abest, id reddatur. Ut autem præstetur mihi conventum, civilis est, uti in aliis, secundum Donellum. Sed non patitur istum intellectum textus in *d. §. quod si faciam*, qui dicit, nullam esse actionem civilem. Deinde si aliqua actio civilis foret, non competeret de dolo, quæ non aliàs datur, quàm deficiente aliâ actione, *l. 2. Cod. de dolo.* Præterea non potest esse civilis ad exigendum promissum: quia, cum pœni-

pœnitere liceat, ad implendum contractum cogi aliter nequit: tum civilis nulla superfit, quâ interesse petatur ratione ejus, quod factum quia conventio ejusmodi non respondeat ulli civili negotiationi, rectè Paulus ibi de dolo det actionem, & aliam non competere tradat Cujac. *ad l. 7. sup. de pactis*. Nihil facit *d. l. 5 in fine*, quæ videtur dare actionem civilem: Nam ibi J. C. cùm dixisset dari civilem, se corrigit, dando de dolo actionem, in verbis, *Nisi quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat ubi dolus aliquis arguitur*. Cui respondet *l. 4. sup. de dolo*. ut si dolus non arguatur, nulla sit actio competitura. Non debet aliquem movere textus, in *l. Cum mota 6. C. De transact*. Ubi in simili specie videtur agi præteriptis verbis: nam ibi est species contractus Do ut des, non etiam Facio ut des, uti ex casu patet.

❦

ADDITAMENTA.

Ad tit 5 De præscriptis verbis, & in factum actionibus.

AD *n. 4.* De articulo *facio ut des* talis difficilis & intricata controversia hactenus mota fuit, ut Pau. de Castro existimet, hanc disputationem de summis esse apicibus Juris, & si omnes JCti revivilcerent, hanc antinomiam reconciliare non possent; Tyronibus & veteranis esse incognitam: Deus scit, inquit Cynus, quot sint in ea ignorantes &c. Quicquid sit, cùm hodie sublatis actionum formulis, actionis nomen exprimere non sit necesse, sed simplex narratio facti sufficiat, non puto hanc quæstionem in judicio aliquam habere utilitatem. In Scholis, qui rei veritatem indagare velit, consulat *Bacc. ad Treutl. vol 1. disp. 30.*

Formulam actionis ex hoc articulo *vid. ap.* Gilhausl. *in arbor. Civil. cap 3. numero 135.*

FINIS LIBRI XIX.

HEN-

HENRICI ZOESII I. C.

IN LIBRUM XX.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De Pignoribus & Hypothecis, & qualiter ea contrahantur, & de Pactis eorum.

SUMMARIUM.

1. *Differentia inter Pignus & Hypothecam.*
2. *Differunt actio pigneratitia & hypothecaria.*
3. *Pignus quid, & finis hujus contractus.*
4. *Pignus sive hypothecam qui constituant.*
5. *Quibus constituatur.*
6. *Et per quos*
7. *Pignoris sive hypotheca divisio.*
8. *Pignus pratorium quid?*
9. *Iudiciale quid?*
10. *Pignus qualiter contrahatur.*
11. *Nomina & actiones an in generalem hypothecam veniant.*
12. *Hypothecâ generali qua bona non afficiantur.*
13. *Hypotheca quibuslibet verbis & pro qualibet obligatione constituitur.*
14. *Pacta pignoribus adjici solita.*
15. *Pactum Antichrisios.*
16. *Pactum commissorium in pignoribus improbatum.*
17. *An ratione juramenti appositi validetur?*
18. *Pactum valet, nisi datâ die solvatur, ut res sit empta justo pretio.*
19. *Pactum commissorium appositum ex intervallo an improbetur.*
20. *Pactum tale improbatur inter debitorem & fidejussorem.*
21. *Effectus hypotheca, bona hypothecata afficere jure reali, & qua actio eo nomine detur.*
22. *Etiam accessorium afficitur jure reali.*
23. *Creditori incumbit probatio, rem obligatam in bonis debitoris fuisse.*
24. *Creditoris juri non prajudicat debitor rem alienando, vel permittendo usucapi.*

POst explicata quædam actionũ genera subjũgitur de iis quæ spectant eò; & hoc quidem libro de iis, quæ contractuum firmandorum caussâ addi solent, cujus ordinis sunt Pignora & Hypothecæ.* Quæ duo nominis quidem sono tantum differre dicuntur *l.5.§.1.h.t.* est tamẽ inter ea diversitas; cum Pignus in mobilibus locum habeat, quæ traduntur creditoribus; unde à Pugno dictũ volunt; Hypotheca verò in nuda conventione consistit, & citra traditionem rem afficit, atque in rebus im̃obilibus ferè obtinet. Unde & illa nascitur differentia, quòd Pignori nõ præscribatur à debitore; cũ creditor illud possideat; Hypothecæ verò præscribatur, non tantùm per tertium, penes quẽ est: sed etiam per ipsum debitorẽ penes quem res manet, qui creditorem tempori non agentem, intra annos scilicet 40. excludit à suo jure, *l Cùm notissimi 7. Cod. de præscript 30. annor.* * Est & alia differentia quoad actionem : nam Pignoratitia competit debitori, quâ Pignus, soluto prius debito, ut pote tum sine caussa penes creditorem existens, repetat : Hypothecaria verò competit ipsi creditori, qui Hypothecam existentem penes debitorem,

bitorem, in solutione morantem, persequitur. Quòad effectum hæc duo non differunt, cum utrumque rem afficiat. Spectat autem hic Tit. potius ad Hypothecariam Actionem, quàm Pignoratitiam, de qua supra, *tit. De pignor. actione.*

3 Pignus est contractus, quo creditori jus in re constituitur, in securitatem debiti. Nam finis pignoris, seu Hypothecæ est, ut creditoribus sit cautum super suo credito: quibus utile est, ultra personam, habere & res obligatas, quibus incumbant, in quas plus cautionis est, quàm in personam, *l. Plus 25. inf. de R.I.* Dico, ultra personam: neque enim persona debitoris liberatur per datum Pignus, vel Hypothecam, ne inducta in unum finem operentur ejus contrarium, *l. 1. Cod. h. t. & l. Creditor 28. sup. de rebus creditis.*

4 Pignus, sive Hypothecam constituunt omnes, qui liberam habent rerum suarum administrationem, ut veri domini sensu valentes, & horum instar, veluti emphyteuta, ut dictum supra; *ad tit. Locati n. 108.* superficiarius, *l. Etiam superficies inf. n. 4. & l. Lex vectigali 31. h. t.* is, cui Publiciana competit, *l. Si ab eo 18. h. t.* fructuari⁹ ipsum usumfructum, *l. Si is qui 11. §. 2. hoc tit.* Socius rem communem non nisi pro parte, quâ ejus, *l. 7. § fin. inf. tit. 6.* Videtur excipiendus Fiscus, ut etiam rem communem cum alio totam Pignori supponat, *argum. l. 2. Cod. De commun. rer. alien.* De quo tamen posset dubitari: cum hîc non obtineat ratio, quæ in venditione, ut scilicet res faciliùs emptorem inveniat. Non domini, nec jus aliquod habentes in rem non rectè eam oppignorant, qua de re infrà Titul. 3.

5 Pignus rectè constituitur illis, qui contrahere possunt. Imò & interdum qui emere prohibetur, Pignus accipere non prohibetur, *l. In quorum 24. hoc tit.* cum in pignore cesset caussa prohibitæ emptionis, quæ est, quod videantur extortæ potiùs venditiones, & vi magis quàm jure contractæ, *l. Non licet 46 & l. Qui officii 62. in princ. sup. De contrah. empt.* Obstare ex diametro videtur, *l. 1. § 2 inf t. 2.* Ubi qui emere prohibetur, Pignoris jure rem accipere non potest. Verùm hæc duo loca optimè conciliantur, quòd *d. l. 24.* loquatur de prohibito tantùm emere ex caussa dicta; emptionis autem species non est Pignus: at in *d. l. 1. §. 2* de eo agitur, cui non est commercium rerum, commercii autem species est pignus.

6 Nec per se tantùm alicui Pignus constituitur, aut quis constituit: sed & per alios, veluti filios, servos; ut & pro filio accipit pater, *l. Si legati 28. h. t.* Per procuratorem quoque acquiritur, domino id mandante, vel ratum habente, *l. Si inter 21. h. t.* Quod singulare videtur; cùm videatur tantùm operam suam commodare, & per liberam personam neque dominium, neque actionem acquiramus, *tit. Codic. Per quas pers. nobis acquir. & Institut. eodem.* Quæ regula etiam fallit in eo, qui pecuniam suam per liberam personam mutuò dedit, cui non tantùm condictio pro eadem quæritur: verùm & Hypotheca, ut rescriptum *leg. 2. Codic. d. tit.* Emptor quoque nominis Pignus venditori à debitore constitutum sibi acquirit, *leg. 6 sup. de hæred. vel action. vendit. l. Periculum 30. h. t.*

7 Pignus aliud est Expressum, aliud Tacitum, de quo agetur Tit. sequenti. Expressum est, quo nominatim non tantùm inter præsentes, verùm & inter absentes res Pignori, vel Hypothecæ supponitur: & vel ex conventione partium, & dicitur Conventionale, *leg. 2. Codic. de Prætor. pignorib.* Specialiter, sive generaliter, unde Hypotheca iterum alia Generalis, alia Specialis: vel à lege, & Legitima dicitur, *d. l. 2.* quando lex ipsa rem Hypothecæ subjicit, ut contingit in rebus invectis, & illatis; aut à testatore, prædia sua Pignori obligante, propter legata, aut alias, *l. Lucius 12. inf. de adim. legatis, l. Fundus 9. inf. De annuis leg.*

8 Est & Pignus, aliud Prætorium, aliud Judiciale. Illud constituitur creditori, cui non respondetur, non cavetur, permissionem in possessionem bonorum debitori, ut in tuto sit creditum, *l. Misso 12. inf. Pro emptore*, ita dictum, non quia auctoritate Prætoris sit constitutum, sic enim non distingueretur à Judiciali, sed jure Prætorio, id est ex edicto, *l. 3. Cod. Vt in possess. legat.* Hodie huic Pignoris generi ea vis est, quod misso sit Actio Hypothecaria ad repetendam rem amissam, *l. 2. Cod. d. tit. Vt in possess. legat.* quæ olim non erat; ut & hic habeat locum, qui prior tempore potior jure.

9 Judiciale Pignus est, quod jussu magistratus ex caussâ judicati in bonis condemnati constituitur, distrahendis secundum modum in *l. A divo Pio 15. inf. de re judic. & leg. 2. Codic. Si in caus. judicati pig. captum sit*, habitâ ratione privilegii, & ordinis cujusque: cum constituatur in personam. In quo distat à Prætorio, in quo non observatur privilegium temporis inter eos, qui sunt ejusdem tituli: cum missio fiat in rem, non in personam. Cujac. *in parat. Cod. d. tit. & 5. Obseru.*

ferv.capit.39. Mudæus *ad hunc t.cap. Quibus modis pig.vel hypoth.sol.num.85.& seq.*

10 Hæc de prima Rubricæ parte. Altera est, Qualiter contrahatur Pignus, aut Hypotheca. Contrahitur pacto convento, & consensu, eoque, vel expresso, vel tacito; item puro, vel in diem, aut sub conditione, quique, vel conformis, aut difformis sit principali obligationi, cui accedit, ut pro pura obligatione Pignus accipiatur puré, vel sub conditione, & contra, *l.Res hypotheca 5. & l Grege 3.§.si sub conditione hoc tit.* Contrahitur præterea Hypotheca, vel generaliter, quam diximus vocari generalem Hypothecam, vel specialiter; quæ vocatur specialis. Hæc certa bona afficit, eaque non egreditur, comprehensis tamen accessoriis, uti mox dicetur. Illa verò omnia bona debitoris, sine certa rerum designatione, obligationi subjicit, *l.Paulus 29.hoc tit.* Nec tantùm præsentia, sed & futura, ac postea per debitorem acquisita, *l.Et quæ 15. in princ. h. t.* licet de his contrahentes nihil egerint. Nam ea est vis verborum generalitatis, quæ res omnes complectitur, non secus ac si expressæ essent *d. l. Et quæ §. 1. hoc tit. & l.fin. Codic. Quæ res pig.oblig.poss. numer. 1.* Ant. Neguzant. *De pignoribus part.2.* Mudæus *ad leg. 1. n. 5. hoc tit.*

11 Ubi quæritur, An & nomina, & actiones veniant? Ita videtur dicendum, si simpliciter bona sua quis obligaverit; non etiam si mobilia, & immobilia. Cujus ratio in eo est, quòd & nomina, & actiones bonorum appellatione veniant, *l. Princeps 21.& l.Bonorum.49.in fine inf. De V.S.* minùs propriè tamen appellentur mobilia, aut immobilia, *l.A divo Pio 15.§.2.& §. 8.inf.de re judic.* propterea quòd tertiam speciem bonorum constituant, diversam à mobilibus, & immobilibus, *l 7. §. in peculio sup. De peculio.* Ubi distinguuntur nomina à rebus mobilibus, & soli. Menoch. *De præsumpt. lib. 4. præs. 142. numer.19. & 20.*

12 Quod dictum, Generalem Hypothecam omnia bona affici, limitandum: Primò, ut tantùm procedat in iis bonis, quæ à debitore quæsita: non etiam quæ ab hærede illius, ex alia caussa, quàm hæreditaria, *d. l.Paulus 29.in princ.hoc tit.* cum talia non possint videri venire à defuncto. Secundò, ut non procedat in iis, quæ verosimile est quemquam specialiter obligaturum non fuisse, vel propter affectionem, uti ancilla, concubina, liberi naturales; vel propter necessitatem, uti suppellex, & quæ sunt in usu quotidiano, *l,6.7,8. hoc tit.* Tertiò, ut non procedat in bonis fideicommisso subjectis, aut alienari prohibitis, *l.fin. §.2 & 3. Codic. Com de legatis, & fideicommiss.* Quomodo non incurrit debitor privationem bonorum alienari prohibitorum, sua generaliter obligando, contra *d.§.2.* cùm nemo censeatur agere actum, propter quem in pœnam incidat. Ut hujusmodi forma non censeatur conclusa sub generali Hypotheca. Clarus *§. Feudum quæst. 31. n 10.* Tessaur. *decis.193.* Idem juris in feudalibus, dotalibus, litigiosis, *l.1.§.2.inf. Quæ res pig. obligat. poss.* & aliis similibus. Neguzant. *d. parte 2.memb. 2.n.42.*

13 Cæterùm quibus verbis in constituenda hypotheca contrahentes sint usi, non refert, nec quæritur, modo convenerint, ut res sit Hypothecæ subjecta: etiam sine scriptura, per quam tamen quod actum faciliùs probari potest, *l. 4. hoc tit.* Non respicitur etiam, pro qua obligatione sit data, sive pro mutua pecunia, sive pro emptione-venditione, locatione-conductione, mandato, vel simili: sive obligatio sit pura, vel in diem, vel conditionalis: sive obligationi præteritæ accesserit, sive etiam præsenti vel futuræ, *l.5. hoc tit.* Potest enim & futuræ obligationi provideri, *§ fidejussor. Instit. De fidejuss.* Sive pro sua obligatione detur, sive pro aliena; nec enim implicat suam rem pro alieno debito obligare, *d.l.5. in fine hoc tit.* Pluribus etiam eadem res obligari potest, & si simul obligata fuerit pluribus, competet singulis in solidum actio, etiam adversus extraneos, si verò pro partibus similiter adversus extraneos & inter se singulis est actio; sed non nisi pro dimidia parte possessionis. Inter ipsos si quæstio fuerit, possidentis erit melior conditio, *l Si debitor 10.hoc tit.* Quæ verò res pignori dari possint, tractatur etiam hoc Tit. verùm commodiùs ea de re dicetur infra Tit.3.

14 Tertia Rubricæ pars est de pactis Pignorum, quæ iis varia adjici solent, nec tamen semper justa. Justum pactum est in specie, *l.2. Cod.de pactis pignor.* Ubi nomine fundi venditi, super quo mota controversia, manet obligatus alter fundus in casum evictionis, hac conditione, *ut sententia contra eum, qui quæstionem moverat, lata, liber sit iste fundus.* Est & justum pactum quo creditori conceditur venditio, ea lege, ut eo, quod inde receperit, sit contentus, *l.fin.Cod. Qui potior in pign.hab.d.leg. A.divo Pio 15. §. si pignora inf. De re judic.* idque propter incertum venditionis eventum.

15 Item justum est jure civile pactum Antichreseos, quo fructus Pignoris lucratur creditor. Nam licet fructus percepti ex re sint imputandi in sortem, ejusque minuant quantitatem, *l. 1 & 2. Cod. de pignor. action.* &, si sortem adæquent, ipso jure extinguant debitum, *l. 1. Cod de distract. pignor.* pacto tamen fieri potest, ut cedant creditoris lucro, *l. Si ea Cod. de usur.* cum inspecto jure civili ἀντιχρήσεις id est mutuus Pignoris pro credito usus, sit permissa, in locum legitimarum usurarum, *l Si qui 11. §. 1. h. t.* Jure Canonico res ista habetur obnoxia usurariæ labi ex eo, quòd fructus salvâ sorte creditor lucretur ex caussa dilatæ solutionis, quod est usurarium, *c. 1. ⁏ de usur. & dixi sup. ad tit. de pignorat. act. n. 9.*

16 Pactum Commissorium in emptione admissum esse, dictum supra de Lege commissorio. In Pignoribus verò est improbatum, propter iniquitatem, quam continet: nam hoc agitur, *ut pecunia debita dicto die non solutâ, pignus committatur, id est, creditori cedat*; quæ res acerbior est, quàm ut tolerari debeat, *l 3. Cod de pactis pignor.* Ratio differentiæ est, quod in emptione, veteri domino dominium continuetur, citra læsionem emptoris; in pignore verò veteri domino auferatur, cum gravi ejus detrimento; quippe pro parva sæpe pecunia credita, re pretiosâ cedente creditori. Nec facit, quòd cuique liceat super re sua pacisci, *l. 7 §. si paciscar sup. de pactis.* Nam hoc verum est, si fiat libero consensu, quem hic aufert inopia, vel alia occasio. Ut rectè asperitas hujus pacti redarguatur, *d. l 3.* & ipsum infirmetur, non tantùm in futurum; sed & in præteritum, sive directè sive obliquis verbis initum: utriusque enim forma eamdem habet captionem, & asperitatem. Mudæus *de pignor. tit. de pacto L. commiss. n. 2.* Caldas *ad l. 3. V. sua facilitate n. 8. in fine Cod de in integr. restitut. minor.* Roderic. *de redditibus lib. 2. quæst. 2. num. 17.* Nihil etiam facit *l. 1. Cod. de pactis pignor.* in qua videtur similis species legis commissoriæ approbari; Cùm ibi pecuniâ suo die non solutâ ex pacto Pignus cedat creditori. Verum pactum, de quo in ista lege, longe dissimile est, ut ex textu patet; cum non aliud ibi quæratur juris creditori, quàm ut non redditâ dicto die pecuniâ liceat creditori Pignus distrahere secundùm jus commune, ut rectè dictam *l. 1.* contra alios explicat Pinel. *ad Rubr. C. de rescind. vend. pag. 2. cap. 1. in fine.*

17 Quæri hic posset, An saltem ratione juramenti appositi prædictum pactum valere sit dicendum? Non videtur, eò quòd iniquæ conventioni non debeat accedere vinculum firmitatis per juramentum, *c. Non est obligatorium de R. I in 6.* Quod tamen servandum; cùm licèt sit iniquum ex parte creditoris, servari tamen possit ex parte jurantis, *argum. cap. 6. ⁏ de jurejur.* Pro hac parte est textus in *cap. Significante ⁏ de pignor.* acceptus à contrario sensu. Gutierrez *1. Canon. q. c. 43.* Rodericus *d. loco n 34.*

18 Quæritur insuper, An sustineatur pactum *quo, nisi dictâ die solvatur pretium, res sit empta justo pretio*? Ita non malè tenetur per *leg. Si fundus §. fin. h. t.* Ubi hujusmodi contractus probatur, quasi quædam conventionalis venditio, cui non subest forma legis commissoriæ, in pignoribus improbatæ: ut ejusmodi pactum sit dicendum valere. Nec facit, quod videatur continere conditionem debitori gravem, & lucrum considerabile ex parte creditoris, *l. Et si 66. de leg. 1.* Quia non tam lucrum concernit creditoris, quàm damni evitationem, quod sentiret per dilatam solutionem. Covarr. *3. Var Resolut. capit. 2. n. 7.* Cujac. *in comment C. hoc tit.* Caldas *d Loco num. 99.* Papon. *11 Arrest. t. 3. cap 2.* Costal. *ad l. Titius sup. de pignor. act.*

19 Iterum quæritur, An pactum, *quo res committitur creditori, nisi intra certum diem luatur pignus*, adjectum ex intervallo, improbetur? Plerique, quos citat Mantica *de tacitis convent. lib. 11. cap. 13. n 2.* volunt probari, quasi cessante suspicione fraudis. Veriùs tamen est, etiam ex intervallo adjectum censeri improbum, cùm in *l. 3. Cod de pact. pignor.* generaliter improbetur lex commissoria in pignoribus, nec subsit minor suspicio fraudis, post intervallum pacto adjecto, quàm ab initio; imò & interdum major, pro facti varietate, & personarum qualitate. Nihil adjuvat communem opinionem, *l. Titius sup. de pignor. action.* Cùm non contineat speciem legis commissoriæ, ut falsò creditur; sed dationis in solutum, cui nulla subest iniquitas, *l. Eleganter in princip. sup. De pignor. action.* Mudæus *d. loco n. 20.* Covarr. *d. loco numer. 8.* Pinellus *d. cap. 1. numer. 30.*

20 Quæstio denique est, An idem pactum rectè ineatur inter debitorem, & fidejussorem? Potest quidem fidejussor aliquid stipulari citra labem usurariam, ratione periculi, quod non rarò fidejubens subit: pactum tamen istud non potest dici licitum; cùm non sit minor ratio ejus improbandi in fidejussore, atque in creditore, stante scilicet eadem necessitate debitoris, quidvis admittentis, & iniquitate lucrandi fidejussoris, ut rectè probat

probat Covart. *d. loco num. 7.* licet aliter habeat communis opinio. Cui non suffragatur *l. fin. sup. De contrah. emption.* Cùm agat de specie, quâ res habetur empta justo pretio, ut patet ibi ex textu; quale pactum esse licitum paulò ante dictum. Pinell. *d. loco n. 3.* Caldas *d. loco n. 95. 96. & seq.* Roder *d. q. 2. num. 5. & seq.*

21 Porro effectus Pignoris, sive Hypothecæ est, quod bona Hypothecæ subjecta sint affecta creditoribus, sitque illis Actio Hypothecaria, quam quasi Servianam, aut utilem Servianam vocant, *§. item Serviana Instit. De actionibus & l. 1. Codic. Com. de leg. & fideicommiss.* à Prætore Servio ita dictam, quâ bona obligata creditor persequitur, non tantum contra debitorem, & non possidentem; sed & contra quemlibet alium Possessorem, potiora jura non habentem, *l. distractis 8 & l. persecutione 24. Codic. h. tit.* etiam ante excussum principalem, saltem jure Codicis. Jure novissimo, possessione rei pignoratæ apud tertium existente, non est creditori licentia ante excussum principalem, ejusque fidejussorem, uti Hypothecariâ contra tertium, *Auth. Hoc si debitor Codic. hoc tit.* si tamen sit solvendo debitor. Quod & volunt obtinere in casu, quo res apud tertium existens est obligata creditori specialiter, propter textus, unde desumpta *Auth.* generalitatem. Thesaur. *decis. 51.*

22 Non tantùm res ipsa afficitur jure reali, sed & id omne, quod ex ea re postea natum, licet de eo nihil fuerit actum, *leg. 6. & l. Si convenerit §. si fundus sup. De pignor. action.* Accessorium enim cùm sit, principalem Pignoris caussam sequitur. Sic & fructus rei obligatæ habet obligatos creditor, qui tamen ejus lucro non cedunt citra pactum. Dico postea natum; nam id, quod ante natum, cum sit à re separatum, ejus caussam non sequitur, nisi & hoc antea actum sit. Partus quoque ancillæ, licet in fructu non sit, tamen Pignori censetur obligatus, *leg. 1. Codic. De pact. pignor.* quatenus apud creditorem, vel ejus hæredem editus post contractam Pignoris caussam, *l. fidejussor. 28. in fine d. l. Paulus 29. §. 1. hoc tit.* Nec obstet locus Pauli 2. *Sent. tit. 5.* Ubi fœtus ab alio, quàm debitore, perceptus dicitur, non obligatus. Excipitur peculium servi, quod licet servus ante acquisierit, sive post Pignus, non censetur obligatum, *leg. 1. §. 1. hoc tit.* Ratio diversitatis est, quòd fructus, vel partus ex re ipsa, quæ pignorata, provenerint, cujus ideo sequuntur caussam; non etiam peculium, quod est res separata à servo, in adventitio lucro consistens, nec ideo accessio servi; nisi cum peculio servus pignoretur, legetur, vendatur, *l. si legatus 24. inf. de pecul. leg.*

23 Creditori autem incumbit probare, rem, quæ specialiter obligata, in bonis debitoris fuisse tempore obligationis, *d. l. Et qua 15. §. 1. h. t.* ut sciatur, an res libera ad tertium transierit: est enim creditor actor, cui incumbit probatio ejus, quod allegat. In bonis fuisse intelligitur, etiam quoties possidens habet exceptionem, vel actionem ad rem amissam recuperandam, *l. Rem in bonis 52. De acquir. rer. dom.* possidens autem bona generaliter obligata habet electionem petendi Hypothecariâ, etiam ea, quæ specialiter alteri postea sunt obligata; neque enim speciale superveniens tollit jus alteri quæsitum, *leg. 6. Codic. Qui pot. in pign. hab.* ex regula, quòd prior tempore sit potior jure; etiamsi ex cæteris possit pecuniam suam habere salvam, *l. 2. inf. tit. 4. Qui pot. in pign.* Si tamen priori creditori primum bona specialiter fuerint obligata, deinde generaliter, quatenus iste ex specialiter obligatis suam corradere potest, non licet ei transire ad alia, *l. 2. C. h. t.* Idque ex mente contrahentium, ne videantur frustra bona quædam priùs specialiter obligari: nam subsequens generalis obligatio facta intelligitur in majorem securitatem creditoris, cui cum sit consultum per specialem Hypothecam priorem, nihil ei necesse uti generali in præjudicium aliorum.

Huic juri creditoris non præjudicat debitor, vendendo, donando rem obligatam alteri, *leg. 5. & l. Debitorem 15. Codic. h. t.* quia est jus in rem, non minuendum facto alterius. Quod & dicendum, si debitor permiserit rem usucapi; cùm per usucapionem non tollatur jus Hypothecæ, acquiraturque possessori rei dominium cum sua caussa, *l. 1. §. cum prædium. & l. 7. Cod. h. t.* Facit in simili textus in *l. Horum § pen. sup. De usufr.* Ubi usucapto Pignore non admittitur jus ususfructus. Quo modò & in *l. Aristo §. non mutat inf. De usucap.* dicitur usucapio superveniens non facere, quò minùs persecutio pignoris sit salva. Obstare videtur *leg. 1. & 2. Cod. si advers. credit.* Ubi creditor longo tempore excluditur à persecutione Pignoris contra extraneum possessorem: Sed dicendum, ibi non obesse silentium debitoris creditori; sed creditoris, qui sibi imputet, quod longo tempore tacuerit. Donel. *ad l. 2. num. 6. C. hoc tit.*

ADDITAMENTA.

Ad Lib. 20. ff. tit. 1. De pignoribus & hypothecis &c.

Ad n. 3. NEMO negare potest, quin verbum, **versetzen**/ de proprietate sermonis idem sit, quod oppignorare, vel pignoris loco tradere, & nullo modo aptetur ad venditionem. *Baptist. Caesar. in Cons. Illustr. ICC. Consil. 67. numer. 5. part. 2.* Quod diligenter notandum in casu, ubi quaeritur, an res sub pacto de retrovendendo, sit distracta, an verò solùm pignorata.

Ad n. 8. 9. Differentias inter pignus praetorium & Judiciale, *vid. ap. Schneidvv. ad §. item Serviana 7. Inst. de Action. num. 7.*

Ad n. 10. An Claus. **Bey Verpfändung aller meiner Hab und Güter** *ꝛc.* etiã bona futura & post pignus contractum quaesita comprehendat? *vid Bacc. tr. de pig. & hypoth. lib. 1. c. 5. n. 2. Bes. in thes. Pract. pag. 118. Treutl. volum. 2. disp. 1 th 2. lit. d.* ubi etiam habet, quę in generalem obligationem nõ veniant.

Ad n. 15. Status Imperii, oppidum Imperii, **als Pfands-Inhaber**/ per antichresin tenens, religionis mutationem inducere nequit, debent enim subditi se conformare Religioni ejus, qui immediatè dominium in eos habet (**Der die hohe** territorialische **Lands-Obrigkeit hat**) at **der Pfands-Inhaber**/ nullum dominium Jurisdictionis habet, sed eam alieno nomine exercet, ergo Religionem subditis imperare nequit.

Ad n. 22. Hypotheca transfert Jus reale, ut hic: Quod limitatur in hypotheca feudi, per quam Jus reale, nisi secuta traditione, aut investitura, non transfertur *C. unic. quid sit investit. praeposit. & alii post Bald. in c. 1. de prohibit. feud. alien. Zas. in Epit. feud. p. 8. n. 18. Hartm. obs. 20. per tot. de feud. Curt. Iun. tr. de feud. 4. part. 1. num. 95.*

TITVLVS II.

In quibus caussis pignus vel hypotheca tacitè contrahitur?

SUMMARIUM.

1. *Invecta & illata tacitè sunt pignori.*
2. *Differentia inter invecta, in praedium rusticum & urbanum.*
3. *Pignus tacitum in rebus minorum locum non habet.*
4. *Merces invecta an tacitè sint pignori?*
5. *Pecunia an veniat nomine invectorum.*
6. *An & suppellex?*
7. *Tacitum pignus in quibus praeterea locum habeat.*
8. *Mutuanti in navem emendam aut fulciendam non esse jus tacita hypotheca.*
9. *Neque ei, qui mutuavit in emptionem rei alterius.*
10. *Effectus tacita hypotheca.*
11. *Illata in praedium urbanum an sine onere juris realis alienari possint.*

1 PIgnus, aliud Expressum, de quo Tit. superiori, aliud Tacitum, de quo hoc Tit. Caussatur hoc, vel ex praesumpta partium voluntate, lege tamen accedente, vel ex dispositione legis. • Illius exemplum est in invectis, & illatis in praedium conductum ab ipso conductore; qualia lex non secus voluit esse obligata, ac si nominatim de iis convenisset, *l. 4. & l. Licet 6. hoc tit. leg. fin. Cod. eod.*

2 • Et hoc ita in urbanis procedere, est extra controversiam, *d. l. 4. & 6.* In rusticis videtur desiderari conventio, ut invecta, & illata sint pignori pro mercede: nam per solam illationem non videntur tacitè obligari, *d. l. 4.* Ubi dicitur, eo jure nos uti, ut quae illata, in vecta sunt in praedia urbana, Pignori esse credantur; quasi id tacitè convenerit: in rusticis praediis contra observari, hoc est, non sufficere nudam invectionem; sed opus esse expressâ conventione. Quod confirmat text• in *§. item Serviana Inst. De actionib.* Ubi dicitur, Servianâ quem experiri de rebus coloni, quae Pignoris jure ei tenentur. Rationem differentię ponunt, quòd in rusticis satis sit provisum locatori per fructus, qui tacitè censentur ei obligati, *l. 7. h. t. d. l. 4. C. eod.* quod non idem in urbanis: cùm urbana praedia sint per se sterilia, ideoq; in iis magis prospiciendum erat locatori. Obstare videtur textus in *l. Certi 5. C. Locati*, ubi dicitur, sufficere, locatorem scire res esse illatas, invectas. Sed respondendũ, verba *volũtatis & scientiae*, rectè ibi accipi de conventione, uti patet ex *d. l. 4. & l. 5. §. 1. h. tit.* Quo modo & accipitur verbum, *placuerit*, in *l. 5. Cod. h. t.* Coñanus *Comment. lib. 4. cap. 16. num. 5.*

& si

& 6. Cujac. *in Recit. C. hoc tit. & ad l. 5. C. Locati.* Donellus *De pignoribus cap. In quibus cauſ. pignus &c.*

Locum habet tacitum hoc pignus tantùm in rebus propriis, non etiam alienis, *l. C. Si res al. pig. data ſit.* Non in rebus minorum, quæ nec quidem expreſsè aliàs obligantur, quàm ex cauſſa neceſſaria, vel utili, accedente decreto, ut dicetur inferiùs, *ad tit. De reb. eor. qui ſub tut. &c.* quamvis aliqui velint contrarium, per *l. 1. §. fin. & l. 2. inf. De reb. cor.* quæ loca potius priorem ſententiam firmant; cum dicant, non poſſe minorem expreſsè rem ſuam alienare, ut multò minùs tacitè obliget? Faber *in §. item Serviana num. 17. Inſtitut. De actionibus.* Non etiam in rebus expreſsè obligari prohibitis, cujuſmodi ſunt libri ſtudioſorum. Zaſius *ad d. §. Serviana n. 23. & ibi* Jaſon.

Ut autem locum habeat tacitum hoc pignus quoad invecta & illata, oportet eo animo inducantur, ut perpetuò ibi maneant, *l. 7. hoc tit. & Debitor 32. ſup. tit. 1.* id eſt durante locatione, Menoch. *2. Arbitr. caſu 441.*

Dubitatum hic, Quid juris ſit in mercibus, an & illæ inductæ in prædium urbanum, cenſendæ ſint tacitè obligatæ? quod negandum videtur; cùm non inducantur eo animo, & fine ab inquilino, ut ibi maneant, ſive in ſpecie, ſive in genere, ut requirit *dict. l. 32.* ſed ut commutentur, & alienentur. Neguzant. *De pignoribus membro 4. parte 2. numer. 153.* dicendum tamen & has teneri, non quidem in ſpecie, ſeu individuo; ſed in genere, quod per ſubſtitutionem aliarum ſpecierum in locum alienatarum manet, *leg. grege 15. in princ. & l. eum tabernam penultim. in princ. ſup. tit. 1.* Ut & illæ ſpecies, quæ mortis tempore inveniuntur, cenſeantur pignori obligatæ, & præcludi poſſint, *d. l. penult. in pr.* qui textus ponit hanc rem extra dubium, Zaſ. *d. loco num. 20.* * Videtur & pecunia venire nomine invectorum, quatenus non eſt in uſu quotidiano, ſed præſidii cauſsâ ſepoſita, juxta *l. ſi chorus 79. §. 1. inf. De leg. 3.*

Alia quæſtio eſt de ſupellectili. Eam venire in hanc tacitam obligationem negant Faber, Ang. Jaſon. *ad dict. §. item Serviana*, ducti hoc argumento, quòd in Generalem Expreſſam Hypothecam non veniat, *l. 6. ſup. tit. 1.* cui tacitam hanc ſimilem faciunt. Verùm pro contraria parte, quæ verior facit diſpoſitio legis, quæ invecta, & illata in prædium urbanum eo animo, ut illic manſura, vult obligata eſſe Tacitæ Hypothecæ, *l. 7. in fine hoc tit.* Eo autem animo infertur & ſupellex; ut indefinita legis diſpoſitio etiam ſupellectilem comprehendat. Nihil obſtat *dict. l. 6.* quia loquitur de generali obligatione, cujus alia eſt ratio, quam hujus tacitæ. In illa enim exiguum quid eſt ſupellex, reſpectu omnium bonorum, per quæ ſufficienter cautum creditori. Huic verò obligationi tacitæ ſi ſupellectilem, & ea, quæ ſunt in uſu quotidiano, eximas, vix erit aliunde proſpectum locatori, quòd non raró vix aliud quidquam ſit, quod hac obligatione contineatur. Ut malè hæc tacita obligatio comparetur ei, quæ eſt generalis, utpote tantùm continens ea, quæ invecta ſunt eo animo, ut ibi maneant.

Eſt præterea ex diſpoſitione legis locus tacitæ Hypothecæ mulieri in bonis mariti pro dotis reſtitutione, & contra marito in bonis uxoris pro dotis præſtatione, *tit. Cod. de rei uxor. action. §. 1. quæ de re inf. lib. XXIII. erit dicendi locus.* Tertiò, pupillo, & minori in bonis tutorum, & curatorum, *l. Pro officio 20. inf. De adminiſtr. tut.* in re empta eorum pecuniâ, *l. pen. Cod. De ſervo pign. dato manumiſſ.* Præter quam eſt & ipſis in rem ipſam utilis actio, *leg. 2. Cod. Quando ex facto tut.* Quartò, Liberis in bonis ſecundi mariti, in caſum, quo mater tutrix ſecundò nubit, non redditis rationibus, *l. 6. Codic. h. t.* Eſt & liberis hypotheca in bonis patris adminiſtrantis res eorum maternas, *l. ſi quis in fine de ſecund. nupt.* Neguzan. *d. loco numer. 13.* V. Eccleſiæ in bonis prælati, ratione adminiſtrationis, *Gloſſa in cap. 5. ✠ De pignoribus.* VI. Fiſco, ex cauſſa tributorum, *l. 1. Cod. hoc tit.* & contractuum cum privatis, *l. 2. Cod. d. tit.* idque ideo, ne quod publicæ utilitati deſtinarum, privatorum malitiâ pereat, *l. 1. 2. 4. Cod. h. t. l. 36. §. 3. De jure fiſci.* In cauſſa pœnali iſtud privilegium ceſſat, *l. 3. Cod. de pœnis fiſcal. lib. 10.* quòd agat de lucro captando, *l. Quod placuit de jure fiſci.* Idem eſt, ſi in locum privati ſuccedat fiſcus; quia privatorum jure utatur, æquum eſt, *l. fiſcus 38. inf. d. tit.* VII. Civitati in bonis adminiſtrantium res ejus, *l. 1. C. Quo quiſq. ord. conve. lib. 11.* licet non ſit illi jus fiſci, & aliàs non habeat privilegium tacitæ hypothecæ. Neguz. *d. loco num. 119. & ibi alleg.* VIII. Legatariis in rebus defuncti pro legato conſequendo, *l. 1. Cod. Commun. de leg. & fideicommiſ.* IX. Mutuanti in refectionem ædium, *l. 1. hoc tit. l. Creditor 25. ſup. De reb. credit.* * In navem emendam, fulciendam, aut armandâ mutuans dicitur quidem habere privilegium, *l. Qui in navem 16. & l. Quod quis 24. inf. De privileg. creditor.* Ut ſcilicet hac ex cauſſa aliis ſit

sit potior; non tamen Hypothecam habet Tacitam; cùm de ea nullibi fiat mentio, nisi: quòd in *l. Interdum 5. inf. tit. 4 Qui pot. pignor.* ei, qui reficiendæ, vel armandæ navis caussâ credidit, inter creditores hypothecarios detur privilegium exigendi. Quod de armis necessariis intelligendum, ut bono publico commercia vigeant, ut ait D. Pet. Vander. Anus *De privil. credit. cap. 8.*

9 Multò minùs mutans in emptionem rei alterius, dicendus habere hanc tacitam, per *l. Quamvis 17. Cod. De pignoribus & l. 7. Codic. Qui potior. in pignor. hab.* quæ lex fundatur in speciali conventione, quâ opus non foret, si tacita sufficeret. Ratio diversitatis est in necessitate, quæ reparationem caussat, non etiam emptionem. Præterea, cùm pecunia creditoris in reparationem impensa, salvam fecerit pignoris caussam, *l. 6. inf. qui pot. in pignor.* meritò & ille potior erit citra detrimentum ejus, cui res obligata, & cui pignus aliàs periisset. Excipitur mutuans in emendam militiam, cui leges tacitam hypothecam dederunt, *l. fin. Codic. Quæ res pign. oblig. poss.* Non obstat *Nov. de aqual. dotis 97. §. his consequens*, ubi tacita Hypotheca dicitur esse illi, qui mutuavit in rei emptionem: Nam Novella ista nihil disponit de novo; cùm tantùm se referat ad ea, quæ olim constituta fuerunt, uti patet expressè ex ipso textu, qui nihil innovat eorum quæ ante posita; ideoque intelligenda respectivè secundùm modum per leges pristinas præscriptum. Cov. 1. *Var. Res. c. 7. n. 3.*

10 Effectus tacitæ hypothecæ est, quòd rem afficiat, quæ cum onere suo alienatur, *l. fin. C. qui pot. in pig. hab.*

11 Ubi controvertitur, an idem procedat in tacita hypotheca, quâ affectæ res illatæ in prædium urbanum? Communiùs receptum, liberas alienari posse, nullo comitante onere antefactam inclusionem per locatorem, quasi per eam demum pignotis jure afficerentur. Pro hac parte videtur esse textus in *l. Licet 6. & l. penult. h. t.* Pro altera tamen, quæ probabilior, facit, quòd reali jure pignoris res afficiantur per illationem. Atque hanc partem adjuvat in primis *d. l. Licet*, quæ tantam dat vim tacitæ conventioni quoad illata in prædium urbanum, atque est expressa quoad illata in prædium rusticum; hæc tamen liberam alienationem impedit, ergò & illa. Ad idem facit textus in *l. Potior 11. §. si colonus inf Qui potior. in pign. hab.* ubi res, antequam in fundum inducantur, alteri pignorari possunt, non etiam postea. Facit & quòd alias frustranea foret hæc tacita hypotheca. Nihil obstat *d. l. Licet, & d l. penult.* nam quòd ibi servi, antequam præcludantur, manumitti possint, est speciale, favore libertatis, proinde non extendendum. Quò facit, quòd generalis bonorum obligatio, etsi liberam impediat alienationem, non tamen manumissionem, *l. 5. Codic. De servo pignor. dato manumiss.* Costal. *ad dict. l. penult.* Neguz. *d. l. num. 131, & sequentib.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 2. In quibus causis pignus vel hypotheca tacitè contrahitur.

AD n. 3. *in fin.* Quod libri studiosorum non veniant in obligationem *vid. elig. Schneidvv. ad §. 7 Instit. de action. num. 43. Treutl. volum. 1. disp 29. th. 4. lit. 1. & volum. 2. disp. 1. th 4. lit. c. ib q. Bacc.*

Ad n. 7. Inter multa onera & incommoda, quæ illi, qui viduas in uxores ducunt, perferre tenentur & subeunt, de quibus oneribus scripsit Kornman. *tr. de Virginitatis jure c. 62. Quæst.* Num sit melius uxorem ducere virginem quàm viduam? *& in comment. de linea Amoris pag. (mihi) 43.* etiam hoc est: Quod pupillo in bonis secundi mariti, cui mulier nupsit, quæ filii impuberis tutelam susceperat, non redditis rationibus nec petito alio tutore, tacita hypotheca competat. Propter quod, dicit *Gail. 2. observ. 90 numer. 2. Profectò in magnas difficultates incidunt, qui viduas tutrices, nondum redditis rationibus, & inventario confecto in uxores ducunt: proinde caveant sibi, rebusque suis ante matrimonium providere consulant, admonente Bald. in l. penult. Cod. hoc t. Cave tibi, inquit, cum contrahis matrimonium cum vidua, ut facias primò, quod reddat rationem, & fiat ei refutatio, aliàs bona tua affecta erunt liberis primi Matrimonij. Ita Bald. quem refert & sequitur Hyppo. Singul. 248. incip. conditio mulierum num 1. hactenus Gail. d. cit. loc.*

TI-

TITULUS III.
Quæ res pignori, vel hypothecæ datæ obligari non possunt.

SUMMARIUM.

1. *Pignori res aliena non datur.*
2. *Aliena data ad quid debitor teneatur.*
3. *Pignus rei alienæ non validat scientia Domini.*
4. *Convalescet pign.* *si dans cœperit esse Domin.* *rei.*
5. *Si is, cujus res data, succedat debitori, competet utilis pigneratitia.*
6. *Quæ res obligari pignori possint, & quæ non.*
7. *Servitutes an & quatenus pignorentur.*
8. *Ususfructus an morte creditoris redeat ad proprietatem.*
9. *Fructuarius oppignorare usumfructum potest.*
10. *Servitutes prædiales an & quatenus oppignorari valeant.*

Pignori, vel hypothecæ supponit quisque dominus res suas proprias, eas administrandi habens licentiam; aut ex ejus mandato alius, quia per alienum faciens per se facere videtur. * Hinc res aliena pignori non supponitur; quia per pignus constituitur jus in rem; atqui in rem alienam nihil juris est, adeò ut ne quidem filiusfam. res patris sui eo invito pignoret, neque servus domini, & neque rem peculiarem, nisi ejus habeat liberam administrationem, *l. Si convenerit 18 in fin. cum l. seqq. De pignor. act.* neq; procurator, actor, colonus, sine ejus consensu, cuj.* res est, *l 6.7.8. C. Si aliena res pig. d. ita sit.* Nec obstat, quòd rei alienę emptio teneat, *l. Rē alienā sup De cōtrah empt* nam per emptionē non rā jus in rem quàm in personā quæritur; pignus verò, ut dictum, constituit jus in rem, quæ aliena invito domino nequit onerari aut obligari. Non etiam obstat, quod pignus pignori dari possit, *tit.* *C. Si pig. pignori dat. sit,* nam hoc ratione juris realis, quod est creditori circa pignus. * Aliena si fuerit pignori data, tenebitur creditori debitor Contrariā pignoratitiā, si ejus interfuit, *d l. 6.* & præterea extra ordinem crimine stellionatus ibi notatur, *l. Tutor 16 §. 1. sup De pig nor. act* quatenus ejus scientia arguitur.

Ubi quæritur, An pignus rei alienæ contrahi faciat scientia domini? Non videtur, *per l. Fidejussor. 26. §. 1. sup. tit* 1. *De pignorib* Ubi requiritur aliquis actus, domini consensum demonstrans Nisi tamen dolosè tacuerit, ne dolus ejus alteri iniquè noceat, *arg. l. Si sine Cod. Ad S C. Velleian.* atque ita accipiē da, *l 2 Cod. Si aliena res pignori data sit,* A.g. *ad. §. item Servian a n. 3 Instit. De actionib.* Faber *ibid. n. 3.* Si tamen in rem domini pecunia, cujus nomine pignus datum, versa fuerit, exceptione succurreretur creditori desideranti sibi solvi, *leg 1. Cod. d. t.* Tutor dans rem pupilli pignori non aliàs tuendus dicitur, quàm si in rem ejus pecuniā acceperit, *l. 3. & 7. C. d t. & d l. 16, sup. De pign. act.*

Quid si res aliena data pignori cœperit esse in dominio dātis? Dicendum, convalescere pignus, si ignoranti data fuerit, saltèm quoad utilem hypothecariam, ita postulante æquitate, *leg. 5. Cod. d. tit.* Directa dari nequit; cùm ad eam requiratur, res ab initio fuerit dantis. Scienti creditori data si fuerit res aliena, ne quidē quòad utilem hypothecariam convalescet hoc in casu pignus, *dict. l. 16. §. 1.* neque enim vult æquitas, ut doloso subveniatur, cui dolus suus deber potiùs obesse. Quo modo & exemplo nō datur actio ei, qui rem alienam scienter emit, *l. Nam si actor supra De rei vindicat.* Tenenti tamen rem creditori conceditur retentio, *d. l. 1. in princ.* cùm in pari caussa potior sit possessor.

Quid si res aliena detur ignoranti, & is, cujus ignari res data est, succedat debitori, An cōpetet utilis? hoc insinuatur in *l. Si tutor 22. sup. De pignorib.* Ratio est; quia hæres tenetur præstare factū defuncti, & ratum facere, quod is pepigit, *l. Cū à matre Codic De rei vindic.* Videtur ex diametro obstare textus in *l. Rē alienā 41 sup. De pignor. actiō.* Ubi dicitur nulla competere actio. Sed respōderi potest: ibi agi de ea actione, quæ ex persona hæredis competeret, uti satis indicant verba finalia, *ut ex suo mēdacio arguatur;* agitur enim de crimine stellionatus, quod committitur ab eo, qui scienter rem alienam oppignorat, uti jam dictum, *leg. 1. §. fin sup. De pignor. action.* quod tenet tantùm personam delinquentis, nō autem hæredis, qui nō deliquit, sunt enim crimina personalia. Quò minùs autē teneatur ex facto defuncti hæres, non negat *d. l 41.* & vult id ipsum *d. l. Cum à matre* & *l. Ex qua persona 49. inf De Reg* 1. Cujacius *ad d. l. 41.*

Quin res communis alteri possit pignorari pro sua parte, nō est dubium: quia eatenus est pignoratitis, *l 3. in fine sup. tit. 1.* In summa, pignori obligati possunt res tam mobiles, quàm immobiles: tum corporales, tum incorporales, ut & nomina rectè pignori dentur, *l 4. C. Quæ res pign. oblig. poss.* & breviter res omnes, quæ emptionem - venditionem recipiunt, *l. Sed & 9 §. 1. sup. tit. 1.* Ubi excipe primò, res, quę non sunt in commercio, *l. 1 §. 2. h. t.* cujusmodi sunt res sacræ, ac religiosę: nisi quaten.* alienari possunt in redēptionem captivorum, aut pauperum; liber homo. *l 6. C. eod.* ubi pignoris obligatio dicitur non consistere, nisi in his, quæ quis de bonis suis facit obnoxia. Adeò ut ne quidem

dē subsistat pignus, in re sacra factâ prosanâ aut libero homine redacto in servitutem, *argum. l. Inter 83. §. sacram inf. De V O* Secundò spes præmiorū quæ athletis dantur, nisi accedat auctoritas Judicis, *leg. 5. Codic. h. t.* ne athletarum alacritas impediatur. Quæ ratio cessat in præmiis jam acquisitis. *l. Commodis inf. De re judic.* ut illa rectè obligentur. Simili ratione stipendia, & annonæ militum pro executione rei judicatæ capi prohibentur, *l. 4 Cod De execut. rei judic.* Prohibentur & pignorari servi. boves aratorii, & alia, ad rem aratoriam spectentia, *l. 7. & 8. Cod. h. t. Auth. Agricultores eod.* ne agricultura deseratur, nomina 7 non sunt extra causam pignoris, *l 4 C. h. t.*

De servitutibus, an pignorari possint, dubitatur? Domino fundi servientis quin pignorentur, non est dubitandum, quandoquidem eidem ejusmodi jura rectè vendantur, cedantur, remittātur, *l. Sed & 9 sup. De pignoribus.* Ut tantùm sit dubiū, An & tertio oppignorari possint? Quod attinet ad servitutem constituendam tertio, non est dubium, quin domino liceat suum prædium ut servum alteri obligare, *d. l 9.* qui servitutem ita sibi constitutam etjam alteri cedere poterit, si non solvatur debitum. Quod omninò procedit in personali, uti usufructu, cujus commoditas usui esse potest, secundùm ea, quæ tradita supra de usufructu, & ha- 8 betur in *l. Si is qui 11. § fin. sup. De pignoribus.*

Ubi in dubitationem vocari posset, an isto casu, quo à creditore usufructus est venditus tertio, ex caussa cessantis solutionis, morte creditoris redeat ad propritatem? Negat Neguz. *De pign. membr. 30 pag 2 n. 03.* dicens eo casu non redire ad proprietatem nec habere locum *§. finitur Instit. De usufr.* quòd decisio § illius procedat in casu, quo alienatio ususfructus facta sine permissione legis, aut contrahentium: secus, quando facta est ex legis permissu, aut contrahentium, ut in propositio. Sed, rejectâ hac Neguzantii sententiâ dicendum, decisionem, *d. §. finitur* procedere absque limitatione, propterea quòd regulariter nemo plus juris in alium transferat, quàm ipse habet: creditor autem habens usumfructum, non habet, nisi ut fert ususfructus natura, qui non nisi pro vita ejus, cui concessus, durat: ut illo moriente revertatur ad proprietatem, ex regula, quòd soluto jure concedentis, resolvatur & jus accipientis, seu ejus, cui 9 concessio facta, *l. Lex vectigali 31. sup. De pignor.* Molin. *De divid. & individ parte 3. n. 315.* * Potest & fructuarius ut vendere, cedere alteri usumfructum sibi constitutū, ita & pignorare. Et hoc quoad ipsam commoditatem, quę alteri utilis esse potest, non etiam quòad ipsum jus, quod in alterum transire non potest, nisi facto domini concurrente, secundùm dicta supra de usufructu.

10 Restat videre de servitutibus prædialibus jam constitutis, an possint oppignorari? Qua in re videntur dissidere duo Juris loca, *l. Si is qui 11. §. fin. & l. Sed an via 12. sup. De pign.* Negat lex prior, quæ est Martiani J. C, affirmat posterior, quæ Paulum auctorem habet; & quia prior loquitur in servitute urbana, posterior in rustica, distinguunt communiter inter urbanas, & rusticas, quasi hæ pignorari possint, non illæ, ex ratione, quam post Gloss. in *dict. leg. 12.* assignant, quòd, si urbanę possent pignorari, sequeretur demolitio ædificiorum contra jura non ferentia urbis faciem ruinis deformari *l. 2. §. quis Ne quid in loco public.* Quod ipsum ex eo sequi volunt, quòd revocari servitus posset, & sic tigna nomine servitutis imposita eximi. Verùm ista ratio non est sufficiens, cum & urbana servitus ad tempus detur, *leg. 3 & l. Habet 51. §. 2. inf. De precario.* Deinde licet ipso jure ad tempus non constituatur, conventio tamen servanda est, *l. 4. sup. D servitutibus.* Alii tradunt, rusticas tantùm quòad commoditatem alteri pignorari posse, quòd eatenus ad alterum transire possint; in urbanis id negant. Cujus ulteriorem dant rationem: quod regulariter rusticę consistant in facto hominis: urbanæ verò per ædificia retineantur, sine facto hominis, ut non possit creditori earum commoditas cedi, sine injuria domini prædii servientis, cujus res pluribus serviret. Verùm, cum & sint urbanæ servitutes, quarum usus consistit in facto hominis, ut iter, actus, aquæ ductus, quæ etiam possent competere ędificio urbano, atque eatenus dici servitutes urbanæ, *l. Servitutes urbanæ 20. §. si domo sup. De servitut. præd urban.* Atque ita, cum & alteri possent esse commodæ, ut vendi, donari, cedi possunt, quidni etiam pignorari? *dict. l. 9. sup. t. 1.* Qua ratione cum Ripa, in *l Obligatione 6. n. 6. sup. d. t. 1.* rectè dicetur, non facta differentia inter rusticas & urbanas, neutras ut tales pignori dari posse: quòad commoditatem verò pignori rectè dari, secundum *d. l 12.* quæ habet conventionem, q. á. donec pecunia solvatur, utatur creditor servitute, si vicinum fundum habeat, & si intra certum diem non solverit pecuniam, vendat vicino propter utilitatem eius acceptam. Quę ratio etiam militat in urbanis, ut decisio *d. l 12.* in iis eatenus obtinere debeat. Nihil obstante *dict. l. 11 §. jura,* cùm istæ leges non sint ejusdem auctoris, sed diversorum Jurisconsultorum, Martiani scilicet, & Pauli, ut dictum antè, & prior accipiat interpretationem à lege sequenti. Ut ejus decisio tantum

tùm procedat quòad ipsum jus servitutis, non etiam quoad commoditatem, cujus respectu ut venditio, ita & oppignoratio utilis esse potest, vicino scilicet facta. Faber *ad dict. §. item Serviana num 23. & sequent. Instit De actionibus.* Mudæus *De pignoribus tit Quæ res obligari poss. numer. 14. & seq.* Molin. *De divid. & individ p. 3. num. 311.* Cujac. 15 *Observat. cap* 6.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 3. Quæ res pignori vel hypotheca data obligari non possunt.

Ad n. 5. VARIAS Conciliationes harum duarum legum, *vid. apud Arum. disp. 24. ad Pād. th. 6. Schol. in Exam. iurid pag* 482. *Treitl vol 2. disp. 1. th. 5. lit. a. ibiq. alleg. Vult. 1. disc. Schol. 17.*

Ad n. 6 in fin. Quod Instrumenta ad agriculturam deputata pignorari nequeant. *vid. oleg* Chöpp. *de privileg. Rusticor. cap 7. an autem arrestari possint?* Consule P *Peck. de Iur. Sistendi c. 5. n. 12.*

Feudū regulariter hipothecæ subjici nō potest; quia ejus alienatio, invito domino, aut agnatis non consentientibus, interdicta est, *cap* I*mperialem 1 ubi D. D. de prohibit feudi alien per Frideric Wesenb hoc tit. num 2. Curt. in tract feud part. 4 num. 95.* Quod limitatur in pignore Judiciali, quo feudum, in defectum aliorum propriorum bonorum, sine consensu domini oppignorari, & victor in possionem bonorum feudalium, ex causa judicati, mitti potest, quæ tamen immissio non transfert Jus feudi, neque utile dominium, in creditorem, sed tantùm commoditatem rei feudalis, quæ utilitas & commoditas, morte Vasali debitoris exspirat, & feudum ad dominum vel agnatos pro qualitate feudi redit; soluto enim jure dantis, solvitur jus accipientis, per text. & Auth. allegatos à Gail. *obs. 117. & de PP. libro secundo capit. 17. numero decimo sexto & 17.*

TITVLVS IV.

Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, & de his qui in priorum creditorum locum succedunt.

SUMMARIUM.

1. *Regula. Prior tempore potior est jure.*
2. *Tempore prior quis dicatur.*
3. *Regula huic locus est in qualibet hypotheca.*
4. *Priori non nocet traditio rei facta posteriori.*
5. *Hypotheca posterior, publica scripturâ probata, præfertur priori.*
6. *Item constituta uni à non domino, deinde alteri à facto jam domino.*
7. *Prior tempore potior privilegiato posteriori.*
8. *Fallit primò in rem comparatā nummis pupilli.*
9. *Secundò pecuniâ impensâ in refectionem, non etiam in emptionem.*
10. *Credens in re reficiendam potior creditoribus etiam expressam hypothecam habentibus.*
11. *Credens in rem emendam, reservatâ sibi speciali, an potior habentibus generalem priorem?*
12. *Venditor in re à se vendita tradita, an prærogativam habeat?*
13. *Tertiò fallit in primipilo.*
14. IV. *In creditore priore, qui rem possidens eam negavit esse debitoris*
15. V. *in fisco quoad bona post acquisitionem ei obligata.*
16. *Intellectus* l. fin. in pr. h. t. & l. Si qui 28. De jure fisci.
17. VI *Mulier, ratione dotis habet prælationem.*
18. *An præferatur hypothecam priorem expressam habentibus?*
19. *Privilegium hoc an detur sponsæ?*
20. VII. *Impensæ funeris privilegiata.*
21. *Creditoribus chirographarijs omnibus æquale est jus.*
22. *In locum priorum creditorum quando succedatur.*
23. *Mulieri agenti hypothecariâ an rectè offeratur quantitas debita dotis.*
24. *Creditor chirographarius non succedit in locum hypothecary.*

REm unam pluribus obligari contingit, non[1] tantùm conjunctim, & eodem tempore, quo casu non est quæstio; cùm omniū sit par ratio, sed & separatim, quo casu quæritur, quis veniat præferendus, pluribus concurrentibus? Ubi traditur regula. * priorem tempore esse potiorem[2] jure, *l. Si pignus* 8. & *l. 81 & jure* 10 *hoc tit. cap.*

Qui prior De R. I. *in* 6. Inducta hæc prioritas, tum ad evitandas contentiones, tum ratione vigilentiæ creditorum, qui sibi providerunt, jus in rem acquirendo. * Priorem tempore accipimus, non credendi, vel mutuandi, sed acceptæ hypothecæ, *l. diversis* 8. *Cod. hoc. tit*, quia per eam demum res afficitur; adeo ut dies principali stipulationi adjecta non faciat creditorem subsequentem, cui purè eadem res data hypothecæ, potiorem, *l. Qui balneum* 9. *in princ hoc. tit.* facit enim dies obligationem jam esse natam. Quod & dicendum in casu, quo pignus accessit stipulationi conditionali, ante cujus eventum idem pignus alteri purè est obligatum. Potior enim est caussa conditionalis creditoris; etiamsi conditio non ponat debitum: nam ponit spem, cujus jus firmatur eventu conditionis: quatenus tamen conditio talis est, quæ invito debitore impleri potest, veluti collata in casum, aut potestatem creditoris *d. l*, 6. §. 1. & 2. Cõsistit enim ab initio pignoris obligatio, cui non potuit dari impedimentum per promissionem, *l.* 1. *in pr. hoc. tit*, ut conditio existens faciat quasi purè videri contractam obligationem. Aliud est, si in potestatem promissoris collata sit cõditio; quia, cùm possit non adimpleri, censenda non ante contracta pignoris obligatio, quàm impleta sit conditio. Quo modo si convenerit de numeranda pecunia, constituto pignore, & ante numerationem res alteri obligata fuerit, posterior præfertur priori *d. l. in fine* quia in potestate debitoris fuit pecuniam non accipere, *l. penult. sup. prox. t.* ut non fuerit certa pignoris caussa.

3 Procedit dicta regula, Qui prior tempore, potior jure, sive hypotheca sit generalis, sive specialis, *l.* 2. *hoc. tit. l. Si generaliter* 6. *Cod. eod.* Everard. Cõs. 204. & sive hæc, vel illa sit prior: neque enim specialia generalibus supervenientia illis derogant, *d. l.* 6. C. *hoc. tit.* Nihil obstante regulâ, quâ generi per speciem derogatur, *c. Generi* D. *R. I. in* 6. Nam ista non potest habere locum in casibus, quibus per obligationem generalem quæsitum jus alteri, cujus conditio non potest fieri deterior per debitorem: ut jus generale semel quæsitum non possit diminui per hypothecam specialem subsequentem, nec è contra; sive expressa sit hypotheca, sive tacita, *l.* 1. *Cod Si propter publ. pensitat. vend. fuerit celeb.* nam & hæc rem afficit, ut dictũ supra, *tit.* 2. sive legalis sit, sive conventionalis; satis enim est hypothecam esse tempore priorem, exceptis quibusdam casibus, de quibus dicetur in-

4 ferius. *Procedet & ita regula, ut nihil officiat priori, si fortè res obligata posteriori tradita fuerit, *l. Si prior* al. *l. Creditor* 12. *in fine hoc. tit*, sequitur enim onus rei ipsam rem, *l. Alienatio* 67. *sup.* De *contrah. empt.* Imò si hâc viâ patiatur prior aliquod detrimentum, tenebitur debitor ad interesse; cùm ei illiceat jus alterius diminuere. Quod exceptionem patitur in hærede, qui inventarium confecit, & creditoribus primò venientibus solvit: est enim securus, quatenus justa ignorantia eum defendit, ut creditor prior jure postea cõparens non habeat regressum contra hæredem; sed contra creditores, quibus solutio facta, quatenus iis habet jus potius *l. fin.* §. *et si præfatam* C. De *jure delib.* Non obstat his textus in *l. Quoties* 5. C. De *rei vindic.* quia agit de dominio, quod non nisi per traditionem trãsit. Quâ traditione ibi potior habetur is, cui primò res tradita ex caussa venditionis, quæ rem non afficit: hîc autem per conventionem continuò quæritur jus in rem. Ut traditio posteriori facta non imminuat jus prioris *d. l. Creditor* 12 *in fine hoc. tit.*

5 Præfert & lex eum, qui habet Hypothecam, licet posteriorem publicâ scripturâ probatam, ei, cui est Hypotheca tantùm nixa privato instrumẽto, ne sit in potestate debitoris scriptura privata lædere creditorem, *l. scripturas* 11. *Cod hoc tit.* Si tamen & privata scriptura trium testium probatæ & integræ opinionis, habet subscriptionem, habetur quasi publica, & prior præfertur Hypothecæ publico instrumento probatæ, *d. l. Scripturas.* Moribus nostris non aliàs Hypotheca afficit rem, nisi adhibitis operis legis, id est, coram loci judice, ubi res sitæ.

6 Quid si hypotheca sit constituta uni à non domino, à quo postea domino facto alteri est oppignorata? nihilominus prior erit potior posteriore: non obstante, quòd eidem à domino facto sit cõstituta Hypotheca, *l. Si non Dominus* 14. *hoc tit.* nam hoc ipso quo dominum postea accedit, confirmatur jus prioris. Si uterque à non domino pignus acceperit, potior erit qui possidet, cùm utriusque par sit conditio, *d. l. Si non Dominus.*

7 Privilegia posterioris non faciunt eum priore potiorem. Unde fiscus posterior, licet privilegiatus, cedit tamen privato priori. Quod & obtinet in Republ. *l. Si pignus* 8. *h. t. l.* 4. *Cod. eod.*

8 Patitur hoc aliquas exceptiones. Primò in re comparata nummis pupilli, quæ jure singulari eidem est hypothecata, cum prælatione, *l. Idemque* 7. *hoc tit.* idque favore ætatis.

9 Secundò qui in rem reficiendam, conservandã impendit, tempore prioribus potior est, *l.* 5. & 6 *h. t.* ex ratione ibidẽ subjecta, quòd hujus pecunia salvã fecerit totius pignoris causã. Quod ipsum

non

non obtinet in eo qui in rem emendam, extruendam credidit, si esset specialis conventio, *l. Licet 7. C. h. t.* Ubi, cùm speciali conventione id sit datum, colligitur, eâ cessante non dari Hypothecam aut prælationem, juxta *l. Quamvis 17 C. de pignorib.* Est enim restauratio aut refectio rei favorabilior, ejusque passim major habetur ratio, quam novæ extructionis aut emptionis; cum dominus cogatur res reficere, *l. 7. sup. Ce offic. Præsid.* & non emere, aut de novo extruere.* Unde & qui credidit in rem reficiendam dicendus potior, non iis tantùm, qui generalem, aut tacitam habent Hypothecam, sed & qui expressam, *per d. l. 5. h. tit.* quæ loquitur de creditis in res obligatas, & in *d. l. 6. hoc tit.* subiicitur, ejusmodi pecuniam fecisse salvam Pignoris caussam, jam scilicet alteri ante constituti. Ad idem facit *Nov. 97. De æqualit. dotis § hiis consequens*, ubi frustra quæreret Imp. an mulier præferenda foret iis, qui in rem reficiendam crediderunt; nisi eorum conditio esset potior aliis creditoribus, etiam hypothecariis. Ita tamen hoc procedet, si res obligata, in cujus refectionem est creditum, & impensum, existat; nam eâ extinctâ & hypothecam extinctam esse, est necesse. Ut de hypotheca frustra certetur, solumque supersit chirographaria obligatio citra privilegium.

11 Quid si in rem emendã mutuans, super eâ, aut à se venditâ specialem Hypothecã sibi reservaverit, An quoad eam rem dicend⁹ potior habentib⁹ generalem priorem? Posset videri nõ esse illi prælationẽ ex eo, quod generalis hypotheca cõtineat etjã res futuras, ac traditas debitori continuò afficiat hoc ipso, quo traduntur; ut servata specialis hypotheca posterior mutuanti aut venditori, videatur nullius esse momenti quoad generalem priorem; propterea quòd ante traditionem necdum facta debitoris, nõ potuerit ab eo obligari ipsi venditori, cui res sua nõ obligatur, nec mutuanti. Veriùs tamen, hoc casu prædictam specialem hypothecã, licet posteriorẽ, esse potiorẽ generali priori, citra injuriã eorũ, qui generalem habent; cùm eis nihil juris auferatur; res enim ista aliter in bonis debitoris nõ erat futura, quàm cũ prædicto pacto. Ut nõ obstet, quòd ãte traditionem, ut pote necdum facta debitoris, non potuerit ab eodem obligari; cùm eo tempore non obligetur, sed isto tãtùm, quo ad ipsum debitorem trãsierit. Ut sit pignus cõditionale, *Si vel quãdo erit sua*, qualiter pignus cõtrahi posse cõstat ex *d. l. 9. § 1. h. t. & dictũ supra t. 1.* Ut etiam non obstet, quod hoc ipso, quo tradita emptori incipiat esse obligata habenti generalem priorem super bonis emptoris; cum ista obligatio impediatur per pactum contractui additum, & meritò servãdum. De qua sententia hoc minùs dubitãdũ, quòd in eã rem textus sit expressus in *l. Licet 7. Cod. h. t.* ubi is, cujus pecunia prædium comparatum, quod ut & specialiter obligatum esset, convenerat, antefertur aliis habentibus generalem priorem: de tali enim accipienda ista lex, in qua aliàs frustra quæreretur, an aliis anteferendus esset taliter paciscens. Neguzant. *parte 5. mebr 2. n. 17.* Covarr. 1. *Variar resolut. cap 17 n. 5.*

12 Illud hîc quæsitum, an venditori sit aliqua prærogativa in re vendita, tradita, non recepto pretio? videtur id aliquibus durum, & ab æquitate alienum, rem scilicet ab aliquo venditam, non soluto pretio, extantem apud debitorẽ in sua specie, adsignari aliis creditoribus, præterito venditore. Pro qua parte videtur esse *l. Si cum dotem 23 § fin. inf. Soluto matrim l. Si in bonis inf. De privil. Gloss. in Auth. Quo jure C h. t.* Sed veriùs est, venditori non esse aliquod jus in rem à se venditã ac traditã, *l. Iulianus 13. § offerri sup. De action empti.* ubi antequam solvatur pretium, potest venditor rem retinere quasi loco pignoris; quod non rectè diceretur, si & post traditionem haberet prærogativam. Facit, *d. l. Licet C. hoc t.* ubi is, cujus pecunia res est comparata, nihil juris in eam habet, si specialiter hypothecam sibi non reservaverit. Facit & *l. In civile C. De rei vindic.* ubi post rem venditam-traditam nihil juris dicitur esse in eam venditori; sed tantùm in personam ad pretium. Eodem facit, *tribut. act. l. 5. § planè sup. De*

Nec est, quòd quis hic caussetur iniquitatem; Nã si quod damnum patiatur venditor, id suæ imputet facilitati. Neguz. *d. l. n 3.* Barbosa *ad d. 23. § fin. n. 37.* Neque obstat *d. § fin.* Quia loquitur de re dotali. Non etiam obstat *d. § in bonis*, quia loquitur in caussa depositi; quo cùm non transferat dominium non potest denegari vindicatio deponenti ante alios creditores. Ita demum autem ista sẽtentia procedet, si res fuerit tradita fide habitâ de pretio; tunc enim demum transit dominium in emptorẽ: Aliàs non habitâ fide de pretio salvum est jus vindicandi venditori, propter conditionem quæ subest, *§ vendita Instit. De rer divis.*

13 Tertiò, in debito primipili, id que in favorem publicum, *l. 1. C. De primipilo lib. 12.* Primipilus primipili, id est cohortis, ductorem significat, hoc est primum legionis centurionem, qui accipiebat totius legionis merita, & commoda, id est stipendia, & annonas militares, ut eas distribueret & exhiberet militibus. Cujac. *in Parat. C. In quib. causs pign. tacite contrah.* quo nomine obligabatur

Rrr 3 Fisco

Fisco, cum privilegio prælationis, etiam ante dotem, *l. 4. C. d. t.*

14 Quartò, In creditore priore, qui rem possidens conventus negavit esse debitoris; meretur enim ejus mendacium, ut posterior ei præferatur, *Auth. Item possessor Cod. hoc t. desumpta ex Nov. De triente 18. §. illud quoque.*

15 Quinto, In Fisco, quoad bona acquisita post obligationem cum eo initam; præfertur enim quoad ea aliis etiam prioribus, quod Pignoris caussam videatur prævenisse, *l Si qui mihi 28. inf. De jure fisci.* etiam in casu quo non tantùm præsentia: sed & futura quis obligavit. Verùm dictæ *l. 28.* videtur obstare *l fin in princ. h. t.* Ubi qui habet generalem priorem, præferri videtur Fisco, etiam quoad bona

16 postea acquisita. * Hanc antinomiam ut quidam concilient, adferunt hoc esse tributum caussæ tutelari, & favori pupilli, de quo in *d l fin* quasi privilegiatus non utatur suo privilegio contra privilegiatum. Pacius *cent. 5 quæst. 29.* At Fiscus absolutè præfertur omnibus in bonis post obligationem suam per debitorem quæsitis, per *d. l. 28* ex subjuncta ratione, quòd prævenerit Pignoris caussam. Bartol. in *d l. fin.* ideo vult præferri Sejam, quòd duplici habeat privilegium, scilicet, tacitam, & expressam Hypothecam: sed in eo non ponenda vis, propter *d l. 28* quæ simpliciter vult præferri Fiscum in postea acquisitis, non attentâ alterius generali Hypothecâ. Cujac. 10. *Observ cap. 22.* post Accurs. accipit *d l fin.* de bonis quæsitis antequam cum Fisco contraheretur. Quæ solutio facilis quidem; sed parum respondens eleganti responso Scævolæ, qui videtur circa dubium casum disputare; ille autem, quem ponit Cujac. non tam dubius, quàm certus. Dicendum itaque cum Ant. Fab. 2. *Conject. cap 10.* in *d. l. fin.* quæri, an novatio debiti prioris per Sejam creditricem post contractam cum Fisco obligationem noceat eidem Sejæ quoad prius acquisita; Quod potuisset videri ex eo, quod per novationem nova constituatur obligatio, quæ videbatur afficere non posse bona etiam priora post contractum cum Fisco inita. Respondet tamen J. C. non obesse, nec facere Sejam, quæ ante eam prior erat Fisco, posteriorem eo; cùm novans servato eodem Pignore, sibi ipsi in locum succedat, & superioris temporis ordinem retineat, *l. 3 & l. Creditor. §. si prior h. t.* Nihil faciente pro Cujacio, & aliis textu in *d. l. fin. in verbis, Item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisivit;* Nam post priorem obligationem acquisita, non intelligenda de acquisitis post contractum cum Fisco, sed potius ante eum.

17 Sextò excipi videtur dotis causa, de qua in *l. 47 Assiduis fin C. hoc tit.* Ubi mulier præfertur aliis creditoribus, prioribus in bonis sui mariti respectu dotis quam publice interest mulieribus conservari, *l. 1. inf. Sol. matrim.* Et hoc non tantùm quoad bona in dotem data adhuc extantia, quorum vera domina mansit, *l in rebus Cod. de jure dot* & quæ vindicare posset ante omnes creditores: verùm & iis consumptis. Idque non tantùm quoad creditores posteriores; verùm & priores, seu anterioris temporis privilegio vallatos. Quod quidem sine controversia procedit quoad tacitam Hypothecam.

18 Verum quæstionis est controversæ, an *d l fin.* non sit accipienda etiam de habentibus expressam priorem? Plerique hoc negant. Primò, quòd expressa Hypotheca non descendat ex legis beneficio; sed ex provisione, & diligentia personæ, cui non solet lex jus quæsitum eripere; cum non adimat, quod non dedit. Secundò quòd mulier æquiparetur Fisco, *l. 2. Cod. de privil. fisco*, qui prioribus creditoribus non præfertur, imò iis etiam privatis cedit. Tertiò, quod in *d l fin.* dicatur præferri mulieris, qui temporis prioritate sunt vallati, quos illi interpretantur habentes tacitam: utrum veniat præferenda iis, qui sua sibi industriâ, & vigilantiâ quæsiverunt Hypothecam, & prioritatem. Ita tenet Gomez *ad L 50 Taurin 39.* Donel. *De pignorib cap Qui potiores in pign.* Covarr. 1 *Var Resol. cap. 7. n 1. & sequent.* Quibus non obstantibus contrariam sententiam quæ est Martini, *Gloss in d. l. fin. V. licet* quamvis non ita frequens sit sequentium numerus, rationes tamen non minùs validè muniunt, ut rectè tamquam probabiliorem eam amplectamur. Pro qua facit primò textus in *d. l. fin. § ad hæc*, qui generaliter contra omnes creditores anteriores dat mulieri prælationem. Cujus generalitas non rectè restringitur ad habentes tacitam tantum, absque textus corruptione; nam frustra Justinianus ibi reprehenderet veteres, quòd, cum dedissent prælationem quoad actiones personales, non tamen & quoad Hypothecas, quorum defectum supplens, subdit se eamdem dare mulieribus, quoad dotem contra Hypothecas anteriores indistinctè. Secundò facit argumentum ductum ex *Nov æqualit. dotis 97. § his consequens.* Ubi mulier præfertur iis, qui crediderunt in ejus refectionem, quales, etiam posteriores, præferuntur habentibus priorem expressam, ut etiam iis mulier sit dicenda prælata ex regula. *Si vinco te vincentem, vinco & te l De accessionib 4. 5. & similibus inf. De divers & temp præscript.* Quod

Quod argumento eo magis juvatur, quòd in *d. Nov. 97 §. quia vero*, mulieri ille tantum præfertur, qui in militiam emendam credidit, munitus Hypothecâ eam in rem expressâ, probatâ per instrumentum. Ut hanc sententiam rectè teneat Cujac. *ad d l. Assiduis*, Mudæus *De pignor. c. Quib. modis pign. sol n. 97*. Barb. *ad l. 1 p. 6. nu. 4 & seq. inf. Sol matr.* Vandet. Anus *De privi. cred c 4*.

Nec obstant alterius partis argumenta. Non primum; Cum lex non diminuat creditoribus jus facto suo quæsitum. Nam quòd prior tempore non tantum in tacitis, sed & expressis Hypothecis sit jure potior, non tam est beneficium aut factum proprium, quàm legis, ejusque inventum, sine qua non foret prioritas. Ut hac in quæstione dicenda sit lex potius à se profectum beneficium limitare, quàm alieno derogare, idque bono publico, ut in hac materia fine injuria priorum creditorum. Unde licet creditor suâ industria habeat hypothecam: non tamen prælationem, quam non habet nisi legis auctoritate.

Non secundum: quia æqualitas dotis & Fisci, de qua in *d. l. 1. C. De privil. fisci* procedit, quatenus Fiscus & dos concurrunt. Non implicat autem quin dotis caussa habeat potiora privilegia quoad quædam, ut hac in caussa; & patet ex eo, quod Fiscus ne quidem iis, quibus est tacita Hypotheca prior, præfertur, *l. 1. C. Rem alien. gerentib. non interd. rer. suar. alienat* quibus tamen præfertur mulier: ut etiam dicenda sit Fisco præferenda, cum quo maritus prius contraxit, quoad dotis cōservationem, propter generalitatem textus in *d. l. Assiduis & d §. quia verò*.

Non etiam tertium: quia creditores habentes expressam hypothecā dicuntur muniti privilegio anterioris temporis, cum temporis prioritas non inducat prælationem inter creditores, *l. Priv inf. De privil credit. aliàs De reb. auct jud. possid.* præterquam in Hypothecis, ex legis auctoritate, in quib° habet locum regula, *qui prior tempore potior jure.*

19 An idem sit privilegium sponsæ, respectu dotis datæ sponso, si nuptiis renuntietur, etiam controverti solet. Pro affirmativa parte facit *l 2 in fine, 3. & 4. inf De privil credit.* Ubi & sponsæ datur privileg um quoad dotem à se datam, idque eâ ratione, ut n bere p ssit, quæ videtur præcipua privilegii caussa. Facit & *l. Si sponsa 74 inf De jure dot.* Ubi sponsa in d te data, si non nupserit, æquiparatur uxori quoad privilegium condicendi. Verum contraria sententia verior: quod alia sint ea loca post nuptias, alia ante eas datæ, ut patet ex eo, quòd illi sit concessa tacita Hypotheca, *l. unica §. 1. Cod. De rei uxoriæ action.* quæ nulla hic concessa invenitur: ut & rectè dicatur privilegium prælationis huic non competere, & procedat, quod ait J. C. *l. Quod contra sup. De LL*, quod contra rationem juris concessum est, non esse producendum ad consequentias. Non obstat, quod habet J. C. ideo circa dotem datum esse sponsæ privilegium ut nubere possit: Nam ut ea ratio sit caussa motiva indulgendi istius privilegii, non tamen prælationis ante omnes creditores, de qua agimus, etiam expressam habentes, quam indulsit nuptiis Imp propter obsequia, quæ mariti præstant, propter partus periculum, liberorum procreationem, *d. l. fin.* cujusmodi incommoda needum sensit sponsa, ut, cessante ratione privilegii, cessare debeat & ipsum privilegium.

20 De impensis funeris quæritur, An illis sit tale privilegium, quo anterioribus creditoribus præferantur? Quantum ad tacitam Hypothecam hoc dicendum per *l. Etsi quis 14. §. 1. sup. De religios.* Quin etiam illis sit privilegium quo potiores habeantur omni credito, non est dubium, *l pen sup. d tit.* & deduci debeant tamquam æs alienum, *l. 1. in fine inf. Ad L. Falcid. l. fin §. in computatione C. de jure deliber.* ex ratione, quòd publicè intersit homines sepeliri. Quoad expressam dubitatur propter duo loca. Nam *d. l penult.* habet, impensam funeris semper de hæreditate deduci, & omne creditum præcedere, dum bona solvendo non sunt. E contra *l Eos C. hoc tit.* habet eos, qui Pignora acceperunt eum in rem actionem habeant, privilegiis omnibus, quæ actionibus personalibus competunt, præferri. Est autem privilegium Funerariæ Actioni competens non reale, sed personale. Ut videantur dicta loca ita conciliāda, quòd *d. l pen.* loquatur de credito personali, non etiam de Pignoribus, de quibus ait *d l. Eos*, Vid. *Gloss in d l pen.* Connan. 4 *Comment. cap 17. in fine*, Vandet Anus *De priv. cred. cap. 1.* Negusant. *De pignor. memb. 1. p. 5. n 28.* Alias exceptiones videre est apud Doct. *hic & C eod*

21 Hæc de creditoribus hyp. thecariis. In chirographariis non habet locū dicta regula, *Qui prior tempore prior jure*; sed omnibus est æquale jus ad bona debitoris: quæ si non sufficiant, pro rata debiti cujusque sunt dividenda. *l Privilegia inf. De priv credit* Quò facit, quod ait J. C. in *l. 1. § ex cōtrario D. De separat.* quod liceat alicui adjiciendo sibi creditorem, facere sui creditoris conditionem deteriorem; quod non esset, si haberetur ratio temporis. Æquale itaque jus est omnibus, sive

sive veniat ex contractu, sive ex maleficio, nec creditori licet gratificari alicui per solutionem, quæ revocaretur ab aliis ad portionē, *l. Pupilli §. penult. inf. De his quæ in fraudem credit. &c.* etjam in casu, quo creditorum alter est pauper; neque enim invenitur pauperi hac in parte concessa prælatio. Prærogativam autem consequi potest quis sua vigilantia, citiùs scilicet exequendo debitorem, vigilantibus enim jura subveniunt, *l. penult. in fine inf. d. tit. Quæ in fraudem credit.* Quomodo in *l. 6. §. sciendum inf d. tit.* dicitur iis, qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possiderentur, non peccasse, etsi sciverit debitorem non esse solvendo, cùm sibi vigilaverit. Dico, antequam bona possiderentur; nam per possessionem omnium jus fit æquale, & prodest missio etjam aliis *d. §. sciendum & l. Cum unus inf. De bonis auctor jud. possid.* quod non tam personæ solius petentis fiat missio, quàm creditoribus, & in rem. Similiter si quis sententiam pro se prius obtinuerit, & simul executionem ante alios, iis potior erit. Quo modo & habens posteriorem sententiam, si prius obtinuerit executionem, potior est, *l. inter eos inf De re judic.* occupantis enim conditio melior, *l. Si & jure 10. hoc tit.* In quibusdam locis, qui per arrestum curavit res sibi adjudicari, potiorem se facit aliis chirographariis, ut tradit Wesenb *De privil. credit n 9.* Auctoritate quoque publicâ facta executio nomine posterioris videtur obesse priori hypothecario, *l. 6. & 8. Cod. De distract. pignor.* scienti tamen & tacenti, ut silentium ejus illi sit nocivum.

22 Hactenus de priori Rubricæ parte. Altera agit de his qui in priorum locum succedunt. Contingit enim posteriores solventes prioribus id, quod sibi debitum, in eorum locum succedere. Quod rationem, eum non intersit ampliùs prioris creditoris, cui debitum est in tuto. Quod ita demum procedit, quando & posterior habet Hypothecam, tunc enim remoto priori creditore per solutionem à posteriori factam, potissima hujus est ratio, *leg. 1. Cod de his qui in prior. credit. locum suc.* Quod & obtinebit, si debitum oblatum priori, eo recusante acceptare, posterior obsignatum deposuerit: ut enim solutione obligatio tollitur, ita & hujusmodi depositione, qua de re aliquid dicetur inferiùs, *ad t. De usur* Procedit & hoc in Republ. quæ habet jus prius, ut scilicet & ei recté oblatio à posteriori creditore fiat; cùm nihil intersit Reip. dimittere Pignus, acceptâ solutione, quã solum intendit, *l. fin. C d. t.*

23 Q. An mulieri rectè offeratur quantitas debitæ dotis per creditores, si agat Hypothecariâ? R. Hoc licere, soluto matrimonio, *leg. cum tibi, Cod. hoc tit.* non etiam si constante matrimonio mulier agat, propter inopiam mariti. Et est ratio; quòd, eum hoc casu dos illi sit restituenda, ut ex illius fructibus se, & familiam alat, inferretur præjudicium mulieri, si cogeretur pecuniam accipere, rem non fertilem. Quæ ratio nō habet locum post solutum matrimonium. Videtur tamen posse quoque procedere etiam constante matrimonio, quando dos consistit in numerata pecunia, eò quòd non habeat mulier, super quo conqueratur; cùm recipiat idem in genere, quod dedit; si tamen deponatur apud mercatorem ad honestum lucrum. Quod omnino procedet, si mariti bona consistant in pecunia numerata: aliâ dicta opinio non erit ita secura; quòd pecunia in se sit sterilis, & gravetur mulier oneribus matrimonii, nec semper sit tutum, & obvium penes mercatorem deponere. Videatur Barbosa *ad l. Si constante in princ. numer. 26 inf. Soluto matrim.* Alter Sarmient. 2. *Select. Interpret cap. 12.* Gail. 2. *Observ cap. 29.*

In creditore chirographario, & extraneo aliquo non obtinet, ut per solutionem creditori hypothecario factam in ejus jus succedat, nisi pacto sibi providerit, aut per Magistratum alterius jus sit consecutus, *l. 1. Cod. De his qui in prior cred. loc suc.* Ubi Donel. Cujac. *in Parat isto tit. l. Si prior. §. à Titio hoc tit.* Et hoc ita, quando pretium datum per tertium priori creditori, non etiam si in judicio tertius priorem non docentem de jure suo (ita legendum negativè, ut sensus constet) vicerit; nam secundo est jus suum salvum adversus tertium, quem præcedit; cum res judicata inter alios aliis prodesse, aut nocere non soleat, *leg. Claud. 16. h. t.* Ubi Cujac.

ADDITAMENTA.

Adtit. 4. Qui potiores in pig. vel hypotheca habeantur, &c.

Adn l. 2. 3. DE Regula qui prior tempore &c *vid. eleg.* Betlich. *part. 1. Concl. 66. nu. 1. 2. 3. 4 5. & n 41. 42. & seqq.* ubi multas limitationes & ampliationes ad hanc Regulam invenies.

Debitor

Ad n.5. Debitor uni ex creditoribus, ob pecuniam creditam, bona sua immobilia oppignoravit, eique oppignorationi ut Magistratus consentiret, & eam confirmaret, quàm primum se curaturum promisit, intermedio verò tempore ab alio etiam pecuniam mutuò sumpsit, & eidem bona sua immobilia statim cum consensu Magistratus oppignoravit; quæritur, quis in concursu præferendus, *vid* Dan. Moller. *lib.3. Semestr. cap.26. per tot.* quem allegat. Berlich. *prox. cit. loc. n.24.*

Ad n.10. Mutuum dans ad refectionem ædium, duplex privilegium habet; primum quod illa domus refecta censetur ei tacitè obligata, *l. interdum ff. h. t.* secundùm, quod creditor mutuans præfertur in hypotheca illius domus aliis creditoribus, etiam tempore anterioribus, *ut hic vid.* Mynſ. *resp.* 5. *n.4.*

Ad n 17. Privilegium Prælationis, an habeat locum in dote confessata; *vid.* Mynſ. *Cent.1 observat.* 61. *Gail.2. observ.81.* Vigel. *in M.I.R. lib.2. cap.20. Reg.20. Except.7. & libr.3. capit.9. Reg.19. except.6.*

Ad n.1[illegible]. Quoad hanc Controversiã in Camera Imperiali diversis temporibus diversimodè judicatum est: olim enim mulier ratione dotis in Camera prælata est omnibus creditoribus, etiam expressam hypothecam anteriorem habentibus, referente Mynſ. *cent.4. obſ.13.* ubi præjudicia allegat: Postea verò id amplius observatum non est, & creditores expressâ anteriore hypothecâ muniti posteriori prælati sunt, quemadmodum tradit & testatur Gail. *2. obſ.25. n.10. verſ. an autem uxor, &c.* Ubi notabiliter addit: *Secundùm hanc posteriorem opinionem* (mulierem sc. ob dotis tacitam hypothecam, expresse anteriori hypothecæ præferendam non esse) *intrepidè judicarem, nec meminisse Camera ab ea opinione meo tempore unquam recessum fuisse.* Quam posteriorem sententiam confirmat aliquibus præjudiciis Cameralibus Autor, *decis. Camer. Imper. Verb. hypotheca. Adde* Wurmbſ. *libr.1. tit.37. observ.3. n.3.* Hartm. *libro secundo tit.26. observ.17 n.4.* Rulant. *libr.6. cap 5. n.8.* Matth. Coler. *de process. execut. part.1. cap.2. n.219.* Cum autem sententiæ Camerales vim legis habeant, Nicol. Vigel. *in M I.R. in prologuio de ratione leg. except.5.* Et secundùm eas pronuntiari debeat, Herman. Vultei. *in tractat. feud. libro secundò cap 3. n.29. in fin.* ne quis litem suam faciat, non video quo fundamento in foro & Dicasteriis hac de re hodie disputetur, & semel abrogata sententia de novo admittatur.

Ad n.22. Sed quid si posterior creditor adeo pauper sit, ut explicare pecuniam nequeat? An debito suo carere, & longiores moras pati cogetur, si alia bona non habeat? Vid. Anton. Fabr. *de error. pragmat. decis.1. error.4.*

Qualis oblatio requiratur in jure offerendi, verbalis, an Judicialis, an realis? tractat Neguzant. *de pignor. part.5. membr.3. &* Johan. Petr. *decis. Mant. 161. n.2.3.* Menoch. *de arbitr. quæst. lib.2. caſ.232.* & Lund. Consil. 644 *n.24.* Althuſ. Dicæol. *lib.2. c.15.* Weſ. *consil.73. n.66.*

De privilegiis creditorum & jure prioritatis, scripsit per quinque classes latè & eleganter Berlich. *part.1. concl.63.64.65.66.67.68.69.70.71.72.* Carpzov. *Jurispr. forens. part.1. constit.28. per tot.* Treutl. *volum.2. disput.24. th.6. & 7.* Gail. *2. observ.25.* Quibus adde, quæ habet hic Author *tit. de privil. credit.*

TITULUS V.

De distractione pignorum & hypothecarum.

SUMMARIUM.

1. *Creditor pignus invito debitore destrahere potest.*
2. *Nec distractum avocare potest debitor.*
3. *Creditor posterior non habet jus avocandi.*
4. *Debitore vendente extraneo salvum manet jus posteriori creditori.*
5. *Distracti pignoris effectus.*
6. *Requisita ad distractionem jure faciendam.*
7. *Parte debiti licet majori solutâ non impeditur distractio.*
8. *Tempore de distrahendo adjecto quid juris.*
9. *Quid item, si convenerit de non distrahendo.*
10. *Denuntiatio quomodo facienda.*
11. *Post moram debitoris aut sententiam an biennii lapsus exspectandus.*
12. *Creditori non permissum pignus sibi addicere.*
13. *Non invento emptore licet impetrare dominium; & requisita ad eam rem.*

INter effectus Pignoris constituti est, quòd creditori sit licitum, non solvente debitore, pignus distrahere, etiam invito debitore, qui venditio- 1

nem

nem Pignoris legitimè constituti denuntiando minimè impedir, *l.1. & 2. C. debit. vendit pignor. imped. non posse*: cum creditor jure suo Pignus distrahat, *l.4 sup de pignor. act.* quod facto debitoris non potest fieri deterius, nisi tam sortis, quam usurarum debitum creditori offeratur, aut eo nolente recipere, obsignatum deponatur, *l.2. & 3. C. Si antiq cred. pig. vendit.* quæ res faceret iniquam distractionem *l Si priusquam 8. Cod. h.t.* * Non habet etiam debitor jus avocandi rem ab emptore cui res jure vendita; nisi ita vendita sit, ut intra certum tempus soluto à debitore pretio, emptio rescindatur, *l. si Creditor 7. §. 1. h.t* Si creditor servaverit sibi licentiam reddendi pretium, & Pignus recuperandi, proderit res ilia etiam debitori; cessis tamen ei actionibus per creditorem, *d.l.7. in princ.*

3 Similiter nec posterior creditor habet jus avocandi rem ab emptore extraneo, eidem venditam per anteriorem creditorem, *l.7. C h.t.l.1. & 2. Cod. Si antiq. cred pig. vendit.* quia jure suo usus est, & jus alteri quæsitum. Potest tamen posterior offerre debitum ante rem venditam *l. fin. Cod. d. tit.* Dico, extraneo: nam si secundo creditori vendatur Pignus per primum, superest tertio jus offerendi secundo debitum, *l. Cum secundus §. in fine h.t.* Ratio diversitatis est; quia extraneus rem comparavit dominii acquirendi causâ, quod ipsi eripi non debet: secundus autem creditor non tam acquirendi dominii causâ quàm Pignoris

4 servandi, & per hoc debiti salvandi, *l 6. h.t.* * Si debitor vendiderit extraneo, vel priori creditori in solutum dederit, posteriori jus est salvum, & contra emptorem, ad quem cum suo onere transit, *l Si debitor 12. C. h.t.* & contra creditorem priorem *l.3. h.t.l.1. Cod Si antiq credit.* tum quod debitor extraneo vendendo non possit facere caussam creditoris deteriorem, tum quòd priori in solutum datio fiat tantùm causa debiti servandi, ut istis rectè fiat ejus oblatio per posteriorem, per quam debitum ei est salvum.

5 Distracti pignoris effectus est, quod liberet debitorem omnino, si ex distracto Pignore consecutus sit creditor, quod sibi debeatur, aliàs tantùm pro parte quâ adæquet creditum, manente obligatione personali, quæ non extinguitur per pignoris venditionem, nisi pretium ex eo comparatum adæquet debitum, *l.3. §. sed siquidem Cod de jure dom. impetr. l. Quæ specialiter 9. C. h.t.* nisi aliud habeat pactum, ut scilicet Pignoris pretio sit contentus creditor *l. A divo Pio 15. §. si Pignora inf. de re judic.* unde & è contra si plus fuerit in pretio Pignoris, hoc debitori restituendum, *d. §. sed siquidem*: nisi & hoc casu aliter convenerit, uti potest *l. fin. C. h.t.* propter incertum eventum pretii.

6 Procedunt dicta, quatenus distractio jure est facta. Ad quam primò desideratur, fiat bonâ fide, & solemniter, *l.4. 7. &. C. h.t.* Bona fide vendere, est ita vendere, ut faceret bonus paterfamilias in re propria, hoc est, omnia observare per quæ res facilè emptorem inveniret. Solemniter fieri est observatis iis, quę in vendendis Pignoribus requiruntur, scilicet rem proscribere, idest, publicè proclamate indicare ejus venditionem certo die futuram. *d.l.4.* Secundò, fiat à creditore, cui Pignus obligatum est; non extinctum per solutionem, remissionem, renovationem, nec aliàs. Tertiò, si in solvendo moram fecerit debitor, quæ non debet esse nociva creditori: * adeò ut, etiamsi

7 pars debiti major soluta fuerit, non impediatur tamen creditor totum pignus distrahere, *l. Quamdiu 6 Cod. h.t.* Ubi id ipsum expressum in terminis, nisi tamen debitor paratus sit residuum debiti solvere, post excussas rationes; nam ea res faceret improbam alienationem, quæ proprietatis jus non auferret debitori, *l.5. Cod. h.t.* Decisio *d.l.6.* procedit & in casu, quo debitor uni ex hæredibus creditoris partem solvit; nec enim per eam impedientur reliqui rem totam vendere, restituto debitori eo, quod alteri solvit, *l. Solutum 11. §. Si creditori 5. sup. De pignor act.* Similiter nec unus ex pluribus hæredibus debitoris pro parte sua solvens portionem Pignoris recipiet, nisi totum debitum persolverit, *l 1. C. De luit. pignor.* ne creditor afficiatur injuriâ, ratione Pignoris, cujus obligatio indivisa, *l.1. & 2. C. Si unus ex plurib. hered. credit. &c.*

8 Conventum sit de Pignore distrahendo, si intra tempus non fiat solutio, nec ne, nihil refert ad justitiam distractionis, *l.4. sup. De pignor. act.* Illo tamen casu ad distractionem proceditur, cesso tempore convento, citra denuntiationem, eò quòd dies pro homine interpellet, *d. l.4* hoc verò casu præmonendus debitor super distractione facienda *l.4. C. h t.* Ubi una denuntiatio videtur sufficere; cùm lex tantùm requirat notum debitori faciat creditor, & testatò dicat. * Quod si

9 convenerit de non distrahendo rem, illo non obstante distractio erit licita; ne contingat debitorem ex eo arripere occasionem malignandi, & perpetuò differendi solutionem. Ne tamen pactum sit frustratorium, operabitur, ut non ante extremam moram distractio procedat, quam ponit trina denuntiatio *l.4. sup. De pignor. act.* secundum

dùm quàm accipienda *l Si creditor 7. §. fin. h.t.* quæ indistinctè dicit esse servandum pactum.

10 Facienda denuntiatio, debito intermisso intervallo, quod in singulis videtur esse decem dierum, *l. Ad peremptorium 68. sup. de judic.* Aliàs contestatione, aliave solemnitate omissa, non præjudicabitur debitori, cui & contra venditorem erit actio, & contra possessorem fraudis conscium,

11 *l 4. C. Si vendito pig. agatur.* Aliqui post moram aut sententiam, etiam biennii lapsum desiderant, antequam ad distractionem procedatur, per *l. fin. C. de jure dom. impetr.* quam putant hui e casui convenire. Veriùs tamen est ei non rectè applicari; cùm tantùm agat de jure dominii impetrando per creditorem, si emptor non compareat: tunc enim conceditur debitori intra biennium post addictionem, oblato pretio, luere Pignus, quo lapso pleno jure apud creditorem manet, ut mox dicetur.

12 Licet itaque creditori distrahere Pignus, frustra obnitente debitore, nisi ex caussis supra dictis. Sibi addicere non est permissum, ne idem sibi negotium gerat, simulque sit emptor, & venditor, in detrimentum debitoris. Adeo ut nec per suppositam imaginatiam emptoris personam jure creditor rem sibi emptam teneat, propter collusionem, quæ videtur subesse, *l Et qui 10. C. h.t.* nisi ipsius debitoris consensu habeatur empta; quia cessat simulatio, cùm potuerit debitor sibi advigilare; nisi tamen etiam dolo aut metu iste

13 actus probetur gestus, *d. l. 10.* Si nullus aut non idoneus inveniatur emptor, licentia est creditori postulare; non tamen nisi à Principe licere sibi possidere Pignus, secundùm modum præscriptum in *l. fin. Cod. de jure dom. impetran.* Ubi in primis desideratur, ut cessanti debitori sit facta denuntiatio, aut sententia contra eum lata, & post eam biennio adhuc hæreat debitor in solutione, *d. l fin. §. sancimus.* Ut deinde iterum venum exposita re, emptore nullo aut non idoneo comparente, denuntiatio fiat debitori: qui si præsens continuò non solverit, aut absens intra tempus à magistratu præstitutum, tunc juris dominii impetratio procedet, *d. l. fin. §. si verò postquam.* Aliud biennium, computandum à die impetrationis, salvum est debitori, ut intra illud Pignus luere possit, oblata omni pecuniâ debitâ cum usuris, & damnis, quæ ea de caussâ subiit creditor, juramento ejusdem manifestandis, *d. l. fin. §. si autem nullatenus.* Lapsus biennii, non comparente debitore, facit irrevocabiliter rem manere in bonis creditoris, *d. §. fin autem in fine* nisi creditor interea usuras à debitore receperit, quòd eo modo videatur à beneficio impetrato recessisse *l. 2. C. de jure dom. imp.* ut denuò variare, & ad hoc beneficium redire illi non liceat, *arg. l. pen. sup. De leg. commiss.* Impetratio ista dominii tollit quidem actionem realem, cùm res sua non possit sibi esse Pignori, non tamen personalem, quæ remanet. Quomodo quod plus est in debito, minus in pignore, ex æstimatione judiciali rectè persequitur creditor, *d. l. fin. in fine*; uti & contra quod superfluum est refundendum debitori, *d. l. fin. §. sed si quidem*, ne creditor damno alieno ditescat: nisi tamen addictio facta sit hac lege, *ut creditor contentus sit Pignore, l. fin. Cod. Qui potior, in pig. hab. l. A Divo Pio 15. si pignora inf. de re judic.* Quid si res, cujus fuerit impetratum dominium, evincatur? Competet contra debitorem actio ex empto, *l. Eleganter 24 in princ. sup. De pign. act.* quòd hæc dominii impetratio sit ad instar emptionis, uti & in solutum datio.

TITVLVS VI.

Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.

SVMMARIVM.

1. *Pignus solvitur luitione seu solutione.*
2. *Novatione voluntaria.*
3. *Satisfactione & perceptione fructuum.*
4. *Intellectus* l. 2. C, de luit. pignoris.
5. *Creditori licet pignus retinere ratione alterius debiti, etiam chirographarii.*
6. *Pignus pro sorte constitutum retineri propter usuras non potest.*
7. *Decisio* l. unicæ C. Etiam ob chirog. pecun. pig. teneri, *an obtineat quando res ex alia causa quam pignoris est penes creditorem.*
8. *Solvitur & pignus remissione.*
9. *Distractio pignoris sciente & consentiente creditore inducit remissionem.*
10. *Consensus præsumitur & ex sola scientia.*
11. *Consensus in res alienationem inducit remissionem.*
12. *Creditor primus permittens pignus tertio obligari, videtur jus suum remisisse.*
13. *An eo casu jus omne circa pignus amittat?*
14. *Pignus extinguitur & rei interitu.*
15. *Item si debitori succedat creditor.*

1 EXpositis modis, quibus pignus, vel Hypotheca contrahitur, & de ejus contractus effectu, restat videre, quibus modis nexus ejus dissolvatur. Et primò quidem luitione Pignoris, quâ tollitur actio personalis, ut subsistere nequeat hæc realis, secundū regulam, quod, sublata quocumque modo principali obligatione, tollatur accessoria, *l.6 in princ. h.t.* Quod fit, per debitorem factâ solutione, nec tantùm per ipsum debitorem; sed & per negotiorum gestorem, *l.1. in princ. h.t.* quia non interest creditoris à quo debitum receperit, modò receperit. Si tamen integrum solvatur nam partis debiti solutio non liberat Pignus, uti ante dictum, & habetur *t. Cod. si unus ex plurib. hered. credit &c.* Luere autem debitorem Pignus quandocumque posse, nec tempore eum excludi, dictum supra, *ad tit. de pignorat. act.* Loco solutionis est compensatio, *l.4. sup. tit 4. Qui potior in pig.* quia compensare est solvere: item acceptilatio, *l. Solutum 11. sup. de pignor. act.* & pactum de non petendo, *l. Solvitur 5 §.1. h.t.*

2 Extinguitur etiam Pignus novatione, *l. un. in princ. C. etiam ob chirogr. pecun. retin. posse.* per eam enim cùm tollatur obligatio principalis, *l.1. inf. de novat.* tollitur & accessoria, *l.129. inf. de R.I.* Uti & cursus usurarum novatione impeditur, *l. Novatione 18. inf. de novat.* Nec facit, quòd non tam extincta sit pristina obligatio, quàm transfusa in aliam; neque enim transfusa est cum sua caussa: quod imputet sibi creditor, cujus erat prævidere, *l. Veteribus sup. de pact.* Quod accipe primò, nisi creditor novando pignus repetierit, *d l. un.* salvum enim ipsi erit jus Pignoris, cum suo privilegio, *l.3. in princ. l. Si prior. sup. Qui potior in pig. hab.* Etenim eo casu etsi novatio mutet obligationem, non tamen ordinem. Secundò, de voluntaria novatione; quia necessaria, quæ inducitur per judicium, quod redditur in invitum, non extinguit Pignoris obligationem: uti nec impedit cursum usurarum, *l. Lite 35. inf de usur.* nec pœnæ conventæ commissionem, *l. Cum stipulanti 90. de V.O* neque enim actor litem contestando deteriorem facit suam conditionem, sed meliorem, *l. Non solet 86. cum l. seq. De R.I.*

3 Satisfactione quoque Pignus extinguitur: non aliàs tamen quam consentiente creditore, ne ei fiat injuria, non soluto eo, quod debetur, *l.6. §.1. h. tit.* Jusjurandum item delatum, & præstitum, Hypothecæ scilicet rem obligatam non esse, *l.5. §. h.t.* Est & loco solutionis perceptio fru[illegible] eâ quantitate, quæ adæquet principale[illegible], *l.1. & 2. Cod. de pign. act. l.1. C. de distract. pignor* nisi convenerit de antichresi secundùm jus civile. Operatur idem oblatio debiti, obsignati & depositi, *l. Si priusquam 8. Cod. de distract. pignor.* Horum omnium ratio est in dicta regula, sublato principali, tolli & ejus accessorium. Sed ei ex diametro obstat *l.2. Cod. de luit. pignor.* Cujus verba sunt. *Intelligere debet vincula pignoris durare, personali actione submota.* Quod rescriptum advesatur certissimo juris principio, & rationi. Quare Donel. *in d.l.2.* addit negativam & legit, *vincula pignoris non durare*: quæ res tolleret dubium, & regulam supradictam firmaret, quam & ibidem Donel. multis confirmat: Verùm non patitur illam lectionem constans & communis lectio affirmativa. Glossa *in d.l.2.* retenta communi lectione, exemplum ponit in præscriptione, quâ tollitur principalis obligatio annis 30. hypothecaria verò annis 40. ut velit per decem annos hypothecariam esse sine principali: sed fallitur; cum & eo casu personalis duret. Dicendum videtur cum Cujac. *5. Obser. c.32.* dictam *l.2.* loqui secundùm casum *l.1.* ejusdem Tit cum eaque conjungendam esse hoc modo: Debitori sub pignore duo hæredes extiterunt: singuli actione personali tenentur, pro hæreditariis portionibus, ex Lege 12. Tabul. hypothecaria autem in solidum, *l.1. Cod. Si unus ex pluribus.* Et propterea si unus ex pluribus solverit, tollitur quidem omni jure pro ejus parte personalis, atque ideo ea teneri nequit; hypothecaria verò manet, eaque conveniri potest propter individuum pignoris caussam, *l.1. & 2. C. d. t. l. Rem. 65. in pr. inf. De evict.*

5 Soluto itaque prædictis modis debito, Pignus penes creditorem est sine caussa, atque ita rectè debitor utitur pignoratitiâ. Concessum tamen creditori retinere pignus, & debitorem doli exceptione repellere, ratione alterius debiti, etiam chirographarii tantùm, quo obstrictus eidem idem debitor, *l. un. C. Etiam ob chirog. pecuniam*; ex ratione, quòd improbè videatur pignus repetere debitor, remanens eidem obligatus respectu alterius debiti sine Pignore, ejusque differens solutionem; hoc ipso indicans, se aut non soluturum, aut tardiùs, & deinde utiliùs est creditori, incumbere pignori potiùs, quàm personam sequi, *l.25. inf. de R.I.* Idem habet *l.2. Cod. de fidejuss.* Quæ decisio *d l. un.* ut habet locum contra debitorem nō tamen contra alium creditorem, cui res secundo loco obligata: hic enim dolo facere non videtur, si soluto debito priori, rem sibi habere velit, non oblato alio debito priori creditori, *d. L.*

ci, *d. l. un. in fine*; cùm hoc non caussaverit, & ejus caussam prævenerit pignus sibi quærendo; quo nomine potior erit priori habenti chirographariam obligationem, tempore licet priorem.

6 Obstare videtur, *l. solutum 11. §. si in sortem sup. de pign. act.* ubi solutâ sorte, pro qua pignus est constitutum, non potest retineri Pignus propter usuras chirographarias, nisi & earum nomine Pignus sit acceptum. Cujus rationem aliqui ponunt in odio usurarum minùs rectè, cùm jure civili non sint odiosæ, quatenus intra terminos suos consistunt, *d. § si in sortem in fine*. Dicendum videtur *d. l. unicam* loqui de diversa sorte diverso tempore data; casum verò *d. §. si in sortem* esse de sorte & usuris: quæ cùm ex eodem fonte procedant, & simul debeantur, accipiendo pro altera tantùm pignus, non videtur habere voluisse pro omissa; eum qui in unum casum pepigit, alterum excepisse videatur, *arg. l. si cum dotem 22. in princ. inf. soluto matrim.* Cujac hic *in Recit. & 5. Obser. c. 28. & lib. 15 c. 22.*

7 Quæri posset, an decisio *d. l. unica* etiam obtineat in casu, quo res quidem non est pignori data; ex alia tamen caussa est penes creditorem chirographarium. An liceat illi eam retinere loco debiti, aut impensarum in rem factarum? ex vi quidem verborum *d. l. unic.* hoc dici non posset; cùm loquatur de eo qui pignus ante constitutum: ratio tamen istius legis rectè huic quæstioni accommodatur, quod improbe videatur rem ab aliquo vindicare, non soluto eo, quod ipsi debetur. Quò facit *l. In rebus 18. §. possunt sup. Commodati, & l. Colon' 61. sup. Locati.* Sic nautæ aurigæ merces retinere possunt pro solutione vecturæ; faber ferrarius equum pro curatione. Accurs. *in l. si non sortem 26. §. si centum V. retinebitur sup. De condict. indeb.* Quæ sententia Curiæ Paris. arrestis comprobata est, ut refert Papon. *lib. 6. t. 4. c. 21 & t. 21. c. ult.*

8 Secundò, solvitur pignus ejus remissione per creditorem, etiam nudo pacto; per quod ut contrahitur, *l. 2. C. Quæ res pignori oblig. poss.* ita & extinguitur, *l. Nihil 35. inf. de R. I.* nec tantùm per expressum, sed & tacitum, quale causar redditio cautionis, quâ pignoris nexus continetur, *l. 7. C. De remiss. pignor.* argumento redditi chirographi, quod facit videri conventum, ne petatur, *l. 6. sup. De pact.* Idem operatur, & multò magis, redditio rei pignoratæ, hac mente, ut pignoris vinculum dissolvatur, *l. Cum ex caussa 9. Cod. d. tit.* Remissio fiat à creditore, viro, an muliere, non refert; cùm & mulieri sit arbitrium rerum suarum, & intercedere remittendo dici nequeat, ut S. C. Velleiano non sit locus. Non refert etiam, à creditore fiat remissio à an procuratore, in rem tamen suam, quia sibi tantùm præjudicat, *l. si ut 8. §. 2. h. t.* Alias mandatum speciale requiritur, *l. 7. §. 2. h. t.* neque enim domini sui jus potest facere deterius. Remissio fieri potest cuilibet, etiam pupillo, quia ejus conditio non fit deterior, sed melior, si tamen sensum habet, *§. pupillus Inst. De inut. stipul.*

9 Inducit etiam remissionem distractio pignoris per debitorem, sciente & consentiente creditore, *l. 4. §. 1 d. l. 7. in princ. & d. l. 8. §. si volun:ate 6. h. t. l. 2 4. C. De remiss. pign.* Idque ne decipiatur emptor, cui detrimento foret, si res coram creditore vendita cum suo onere transiret. Dico, & consentientes; quia sufficit sola scientia, *d. l. 2. & 4.* Posset enim fieri, ut de suo pignore securus creditor, suique juris bene conscius, videat pignus vendi, non remittendo tamen jus suum quod solet transire cum re ad tertium possessorem: nisi libello proposito moniti creditores adfuerint venditioni, eique non contradixerint; videntur enim eam approbasse, & jus suum remisisse *l. 6. C. De remiss. pig.*

10 • Præsumitur & interdum consensus ex sola scientia ut in casu *l. 1. C. d. tit.* ubi servus oppignoratus per manumissionem sciente creditore liberatus desinit esse materia pignoris: *& l. 8. Cod. eod.* ubi in re distracta per fiscum sub hasta silentium scientibus creditoribus nocet.

11 • Multò magis remissum censetur pignus, si creditor consenserit in rei alienationem expresè, veluti ut vendatur, permutetur, in dotem detur, legetur, *l. 4. §. 1. l. 8. §. si volũtate 6. & §. vindictionis 11. h. t.* nisi tamen consenserit. salva pignoris sui causâ, *d. § 1.* Cujus remissionis effectus est, ut, si rem alienatam contingat postea reverti in debitoris potestatem, non sit obnoxia creditori, ne quidem generalem hypothecam habenti; ex ratione, quòd qui semel consensit in alienationem rei, & hoc modo jus suum respuit, indignus sit eamdem rem, utpote ab initio ei suppositam, vindicare, *l. fin. C. De remiss. pign.* nisi dolus debitoris oriatur, *d. l. 8. §. supervacuum 7. cum §. seq. h. t.* vel remissio facta fuerit in finem certæ alienationis, eoque modo res alienata non fuerit: manebit enim salvum jus creditori; quia tantùm facta remissio sub conditione, quæ nõ est impleta, aut non eo modo, quo debuit: ut nihil obsit ea res creditori, qui non aliter consensit, *d. l. 4. §. fin. & d. §. si voluntate.* Nisi actũ egerit magis favorabilem, ut, cùm creditor permisisset donatori,

tori, debitor rem vendiderit, *d. l. 8. §. sed si permiserit cum seqq.* Idem dicendum, si alienatio fuerit sine effectu, ut si ab ea recessum, vel legatum repudiatum, *d. l. 8. §. Venditionis, & l. voluntate 10. h. t.*

12 Videtur etiam Pignoris jus remisisse primus creditor, si permiserit tertio obligari. Quo casu posset dubitari, an tertius iste in locum primi succedat? Negat J.C. *in l. Paulus 12. h. t.* tertium in locum primi succedere, cujus pecunia primus non est dimissus, qui suum jus remisit, fecitque medii creditoris caussam meliorem, qui hac via in locum primi succedit, tertius autem in locum secundi, qui in vindicando pignore potior, sive fuerit privatus, sive Respubl. *d. l. 12. in fine in princ.* nisi expresse primus jus suum tertio vendiderit, hoc agendo, ut in locum ejus succederet.

13 Hoc quæstionis est, an in casu, quo primus tertio obstringi rem permiserit, amittat omne Jus circa pignus? Videtur; cùm in *d. l. 12.* dicatur primus jus suum remisisse, non quoad tertium tantùm, sed indistinctè, secundùm Rubricam sub qua *d. l. 12.* posita, quæ agit de modis, quibus solvitur pignus. Quo facit *l. Titius §. 1. in fin. h. tit.* ubi respondet J.C. in simili casu creditorem pignus minimè retinere posse; quamvis hoc alii accipiant non de ipso pignore; sed de prælatione. Verùm ut dictum, obstat Rubrica. Et hæc opinio est communior. Mudæus *Tract. de pignor. Tit. Quib. mod. pig. sol. n. 14. & seq.* ubi alios citat, tenentes, ordinem tantùm mutari, non etiam creditorem, permittentem alteri obligari rem, jus suum amittere. Quæ sententia est æqua; quòd tantum videatur, voluisse cedere tertio, non autem absolutè recedere à pignore; quam & pluribus probat Mud. *d. loco.*

14 Extinguitur etiam pignus rei interitu, quia non entis nulla qualitas. Quæ res non facit, quò minus permaneat personalis actio, ut colligitur ex dictis ante. Mutatio rei non mutat pignoris caussam, *l. si fundus 17. l. 1. sup. de pignorib.* quia mutatio non facit rem periisse.

15 Solvitur denique Pignus, si debitori succedat creditor, *l. si rem 9. sup. de pign. act.* quia res in eum casum devenit, quo non potest stare pignus: neque enim res sua sibi obligatur. Pars rei si interierit, ut si insula fuerit combusta, pars nihilominus obligata manet, & restituta à debitore insula, iterum tota obnoxia pignori, *l. fin. sup. tit. 1. de pignorib.* Si ab alio empta insula restituatur, bona fide sumptus illi restituendi, quatenus pretiosior res facta *l. Paulus 29. §. 2. sup tit. 1.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 6. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.

AD n. 1. Oblato per qualemcumque pignoris possessorem debito, fit, ut creditor ab actione hypothecaria intentanda repellatur: ut tamen ad cessionem juris compellatur, offerentem oportet esse justum possessorem. Treutl. *vol. 2. disp. 1. th. 9. lit. a.* Molin. *de usur q. 47. n. 338. & q. 49. n. 344.*

Ad n. 5. Quod res obligata in unum casum, vel ex una caussâ, liceat etiam pro alio debito, quod liquidum est, retineri, eleg. deduxit Neguzant. *de pignor. part. 2. membr. 4. num. 129. & plenius part. 5. membr. 4. num. 2. & part. 5. membr 2. num. 45. ampl. 5.* Coler. *in process. execut. part. 1. cap. 2. num. 225.* Anton. Faber. *de error. pragmat. decis. 1. error. 9.*

FINIS LIBRI XX.

HENRICI ZOESII J.C. IN LIBRUM XXI. DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TI-

TITVLVS I.

De Ædilitio edicto, & redhibitione, & quanti minoris actione.

SVMMARIVM.

1. *Ædiles qui, & unde dicti.*
2. *Ædilitium hoc edictum quando, & in quibus locum habeat.*
3. *Vitium impediens rei usum facit locum edicto.*
4. *Vitium leve quatenus consideretur.*
5. *Vitium oportet emptor probabiliter ignoraverit.*
6. *Venditor sciverit, vel ignoraverit, non refert.*
7. *Fiscus venditor non tenetur hoc edicto.*
8. *Venditor an teneatur ad damnum, quod ex caussa rei vitiosæ passus emptor.*
9. *Artifex vel professor alicujus artis tenetur ad omne damnum.*
10. *Edictum hoc in venditione tantùm locum habet.*
11. *Caussa hujus edicti.*
12. *Fidejussor quatenus teneatur.*
13. *Actio redhibitoria quando & ad quid detur.*
14. *Quamdiu duret.*
15. *Actio quanti minoris ad quid, & quamdiu detur.*
16. *Actio hac ædilitia an necessaria.*
17. *Actio in factum ex hoc edicto.*

1 ÆDilibus non tantùm erat cura ædium (unde nomen illis inditum quidam volunt, quamvis alii ab Adeundo illud ductum velint) ludorum, viarum; sed annonæ, & venditionum. Proponere autem hi sua Edicta soliti, *Inst. de jure natu. gent. & civili §. Prætereà*.* Ex qui- 2 bus unum veterum scriptis commendatum habemus, quod de venditionibus morbosorum, vitiosorumque mancipiorum, animaliumque conceptum. Quod licet tantùm loquatur de mancipiis fugitivis, erronibus, noxâ non solutis, & jumentis, quibus quid esset morbi, vel vitii, quod usum eorum ministeriumve impediat, & propter quod emptor non emisset, vel saltem non tanti; pertinet tamen & ad omne pecus, & ad omnem rem emptam, sive soli sit, sive mobilis, aut se movens, *l.1. in princ. hoc tit.* Quo modo Ulpianus etiam in fundo procedere hoc ædictum adserit, si pestilens distractus fuerit, *l. Et in fundo 49. hoc tit. l.4. C. De ædilit. actionib.*

3 Ut huic Edicto locus sit, oportet Primò, vitium præcesserit venditionem, quod probabitur ex terum circumstantiis: nam quod sequitur, emptoris periculo cedit, tamquam creditoris speciei, *l.3. C. De act. empti.* Secundò tale sit vitium, quod venditæ rei usum impediat: unde corporis esse debet; agunt enim de usu Ædiles qui corporis est; ut animi vitium non faciat locum huic ædicto, *l.1. §. apud Vivianum. l.4. §.1. & seqq. hoc. tit.* Nisi tale sit, quod & usum corporis impediat, *d. l.4. §. idem Pomponius*, vel dictum sit abesse, cùm non absit, *d. l.5. §. in summa.* Aliàs animi vitium faciet ex empto actioni locum esse, non huic edicto, *d. §. apud Vivianum & d. §. in summa.* * Leve vitiū 4 hic minimè venit considerandum, uti lippitudo levis, dentis, auriculæve levis dolor, Febricula, *d. l.4. in fine*, cum tantū n vitium corporis ministerium, usumve mancipii, animalis, alteriusve rei impediens, locum huic edicto det: nisi tamen & leve vitium aut morbus impediat rei usum, *l. Idem §. O filius 12. in pr. h. t.* Vitiosum morborumve (quibus verbis promiscuè hic utuntur Jurisconsulti) varia genera hoc Tit. passim referuntur, quorum explicatio sumatur ex Notis Dion. Gothofredi *ad hunc Tit.* & Brissonii Lexico *suis locis.*

Tertiò, emptor probabiliter ignoraverit vitiū, 5 quod latens erat: nam improbabilis ignorantia vitii exterioris faciet cessare hanc actionem; ut si cæcus homo venierit, vel cicatricem periculosam habens in capite, aut ea corporis parte, quæ patet, *l. quæritur 14 h. t.* Sic pectorosus (ita enim legendū in *l 3. h. t.*) qualis est habens latū, & prægrande pect*, gibberosus, curvus, pruriginosus (à Perutendo dictus, Isid. 4. *Orig. c.7.*) mutus, surd*, huic edicto non dant locū; quòd ejusmodi vitia averti potuerint, *d. l 3.* Idem multò magis cessabit, si emptorem vitii admonuerit venditor; quia emptor non videtur vitium, aut morbū curasse, *l. si tamen 48. §. et qui & §. in ædilitiis h. t.** Vendi- 6 toris ignorantia, vel scientia non consideratur; neq; enim ejus inscitia debet obesse emptori; cū non intersit, fallatur scientiâ venditoris, an calliditate modo fallatur, *l.1. §.1. h. t* Azo. *hic in summa num.3.* * Excipitur fiscus, *d. l.1. § illud sciendum*, 7 quia potest nescire vitia rerum à se venditarum. Quod est inter privilegia fisci, ut exerceat hoc edictum, non tamen id patiatur: quia in re fiscus est

est melioris conditionis, quàm Respubl. à qua facta venditio edicto huic subjacet, *d.l.1.§. si tamen Respubl.*

8 Quæri potest, an etiam vi edicti ædilitii ad damnum nomine rei vitiosæ acceptum teneatur emptori venditor? Distinguendum: nam, aut sciens vitium vendidit, vel ignorans. Illo casu ad omne damnum, quod passus est emptor eo nomine, tenetur venditor, *l.1.C. h.t.* ne ejus malitia sit impunita, etiamsi extrinsecus hoc damnum advenerit, *l.Iulianus 13. in pr. sup. De action. empti.* Quo casu non liberabitur solvendo duplum rei, secundùm *l. unicam C. De sent. quæ de eo quod interest profer.* nam quod interesse non excedat duplum, obtinet tantùm in casib⁹ certis, hic autem casum incertum facit dolus, ut rectè tradit D. Mudæus, *ad d.l.13. in princ. n.24. De act. empti:* hoc verò casu tenetur, quanti minoris emisset emptor, non etiam ad id, quod extrinsecus interesse posset propter bonam fidem, *d.l.13. in princ.* quod & dicendum, si venditor ignorans affirmaverit rei bonitatem, *d.l.13.§. item qui juravit*, cum dolo

9 careat. * Et hæc ita nisi artifex, vel professor alicujus artis vendiderit, aut locaverit, qui, non factâ distinctione inter scientiam, & ignorantiam vitii, tenetur ad omne damnum, *l. sed addes 19. §. 1. sup. Locati*, ubi aliàs malè distingueretur inter locatorem vasis, & prædii vitiosi. Et licet ibi textus loquatur tantùm de re locata; rectè tamen ejus decisio trahitur ad venditam, licet communiter distinguant; minùs rectè, cum non detur bona distinctionis ratio, ut dictum supra, *ad tit. Locati*, & textus in *l.6.§. si vas sup. de actionib. empti*, non ponat distinctionem inter rem locatam, & venditam Mud. *ad d.§. si vas.*

10 Finis hujus edicti est, ut deceptis succurratur emptoribus. Dico, emptoribus; nam in venditione quarumcumque rerum tantùm locum habet dictum ædilitium, *l. sciendum 63. hoc tit.* Ut non veniat extendendum ad locationes *d.l.63.* Ubi J. C. reddi hanc rationem tradit, vel quia numquam istorum de hac re fuerat jurisdictio, vel quia non similiter locationes, ut venditiones fluunt, scilicet cum tali fraude & nocumento. Vult tamen Cujac. 12. *Obser. cap.* 38. non esse parvam rationem producendi edicti ad Locationes-Conductiones. Non obtinet quoque in donationib⁹, *l. Ad res 62. h.t.* Ubi ait J. C. Etenim quid se restituturum donator repromittit, quando nullum pretium interveniat? Cum etiam æqvum non sit donatorem donatario meliorationes, quas fecit, restituere, ne ex sua liberalitate damnum ferat; nec debeat donatarius de gratuito munere queri, secundùm illud vulgare. Equi donati dentes non esse inspiciendos. Cessat etiam, si vitium fuerit sanatum, vel morbus sublatus, quia cessat caussa, *l. Quod ita 16. h. t.* licet id pendente lite contigerit. Pet. Folletus *in addit. ad* Marantam *in Specul. p.4. dist.4.n.60.*

11 Duæ itaque caussæ sunt, quæ faciunt locum huic edicto. Prima, si res tali vitio affecta fuerit, quo præscito emptor non erat empturus: altera, præscito empturus quidem erat, sed non tanti. Ut duæ sint actiones ex hoc edicto emptori contra venditorem, ejusque hæredem, *l. Cum autem 23.§. hæ actiones h.t.*

12 Est & recursus emptori contra fidejussorem, non quemcumq; sed qui in universam caussam emptionis acceptus, uti servum tradi, servo evicto duplum præstari; furtis noxiisque solutum esse, non fugitivum, non erronem, *l. Latinus 56. h. tit.* Servi, vel filiifam. nomine tenetur pater vel dominus, *d.l.23.§. si servus.*

13 Prior actio respondens priori caussæ, est Redhibitoria, ex eo dicta, quòd res venditori redhibeatur, id est, restituatur, *l. redhibere 21. h.t.* Quod procedet non tantùm, si res principalis talis sit, ut, prævisio vitio aut morbo, eam emptor empturus non fuisset; sed & si in accessorio tale vitium fuerit, quod sit pars emptionis, *l Quod si 31. §. fin. & l.32. h.t* Paria quoque jumenta si venierint simul, quorum alterum in ea caussa est, ut redhiberi debeat, omnia redhiberi possunt, aut debent, secundùm commoditatem emptoris, & venditoris, *l. Cum ejusdem 34.§.1. l. Ædiles 38.§. fin. h. tit.* nisi nō ut paria sint vendita; sed simpliciter quatuor jumenta; quia non nisi quod morbo, vitiove affectum redhibendum est, *d.§. fin.* Nec tantùm vivum; sed & mortuum mancipium vel jumentum redhiberi potest, *d.l. 38. §. & fere eadem. l. si hominem 47.§.1. h.t.* eo quòd ex post facto non decrescat obligatio per mortem, alienationem, vel aliàs, *l. Evicta 13.§. si servum inf. tit. seqq.* Continetur hac actione, ut venditor rem recipiat cum fructibus & accessionibus, venditor vicissim reddat pretium cum usuris, & interesse, *l. illud 20.§.2. h.t.* Imò non aliàs compelletur emptor venditori hominem restituere, nisi cum indemnem super eo, quod vitii nomine ei accidit, servaverit, *d.l.29 in fine.*

14 Actioni huic tempus sex mensium utilium præscriptum est, currens ex die venditionis, vel ex eo, quod dictum, promissumve quid est *l. sciendum 19. in fine hoc tit.* cujus laps⁹ non excludit emptorem,

rem, quò minùs quanti minoris agat intra annum. *l. Si tamen 43. §. 2. hoc tit.* Interdum etiam intra LX dies redhibitio facienda, quando agitur de jumentis ornamentorum caussa redhibendis, *d. l. 38. in princ.* vel si venditor de his, quæ Edicto Ædilium continentur, non caverit, non adempto tamen sex mensium spatio, quatenus interest emptoris *l. Si venditor 28. hoc tit.* Mensium etiam duorum spatio conclusa redhibitio, quando ita convenit inter partes, nisi caussa aliud postulaverit. Valet etiam pactum, ut redhibitio fiat in perpetuum, *l. Quod si nolit. 31. § si quid ita. & §. in caussa hoc tit.*

15 Altera actio respondens posteriori caussæ est Quanti minoris, vel æstimatoria, cui locus est secundùm dicta, quando res habet tale vitium, quod non impedit quidem omnem rei usum, ac præcognitum non avertisset emptorem ab ejusdem emptione; non tamen eodem pretio; ut hac actione petatur refundi quanti minoris res est, *l. Quoties 61. h. t.* Præscriptum huic anni tempus utile, *d. l. 38. in princ.* In quo differt à priori, quæ conclusa sexaginta diebus, aut sex mensibus; uti & in eo, quòd per illam resolvatur contractus, non per hanc, quâ pretium superfluum tantùm petitur: & denique in eo, quòd illa semel proponatur, hæc etiam iteratò, ex diversis tamen caussis, ne aliàs emptor lucrum consequatur, eamdem rem bis æstimando, *d. l. 31. §. si quis egit.*

16 Posset dubitari, An hæc actio Ædilitia sit necessaria? Dubitandi caussa est, quod supersit actio ex empto, qua emptor se salvet *l. 11. in princ. sup. de act empti.* Dicendum tamen esse differentiam inter has duas actiones, siquidem ex empto sit civilis, perpetua, generalis, in simplum, rei persecutoria; hæc verò temporalis, prætoria, specialis, pœnalis, quia ex contumacia venditoris, pretium & accessiones non solventis, in duplum fit condemnatio, *l. Redhibitoria 45. hoc tit.* Cujac. *in Recitat. Cod. eod.*

17 Præter has actiones etiam in factum actionem Ædiles suo Edicto proposuere, cujus mentio in *l. Hi enim 40. 41. 42. h. t.* Verba hæc sunt. *Ne quis canem, verrem, vel minorem aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem aliudve quod noceret animal, sive soluta sint, sive allegata, ut contineri vinculis, quò minùs damnum inferant, non possint, quà vulgò iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere, damnumve dare possint, si adversus ea factum erit, & homo liber ex ea re perierit, solidi ducenti: si nocitum homini libero esse dicetur, quanti bonum æquum judici videbitur, condemnetur; cæterarum rerum, quanti damnum datum factumve sit, dupli.* Quam pœnam vult etiam obtinere Covarr. *ad Clement. Si Furiosus parte 1. §. 4. n. 11.* in circumforaneis feras bestias adducentibus, si per eas minùs cautè habitas damnum detur Menoch. autem *2. Arbitrar. casu 366. & casu 368.* censet puniendos extra ordinem, *arg. l. ult. inf. De extraord. crimin.*

ADDITAMENTA.

Ad lib. 21. ff. tit. 1. De Ædilitio Edicto redhibitione, & quanti minoris actione.

Adn. 5. Venditor Equi, redhibitoria in factum actione, pro omnibus vitiis equi internis & non apparentibus, conveniri potest: Videlicet, si equus sit Calcitrosus, h. e. pedibus feriens *l. bovem 43. vers. unde quidam h. t.* Item si lunaticus aut phreneticus sit, vulgò Kollerich. *l. 1. §. apud Vivianum 9. in fin. eod.* Item si ita pavidus (Scheu) sit, ut semetipsum turbet & eripiat *d. l. bovem §. ea quoque jumenta &c.* Item si transjungi non possit, aut unum tantum jugum patiatur *l. ædiles ajunt 38. §. quæsitum 8. hic* (Transjungere autem secund. *Speckhan. quæst. Iur. Cent. 1. q. 118.* est jugalium loca mutare, quadrigæ locum mutare, temonarium facere, qui præcedere solitus sit, vel dextrum facere, qui sinister esse solebat vel contrà) Item si sit retrogradus, stettig *Specul. tr. de resc. vendit. § & nunc dicendum n. 2.* Ac denique si habeat superossa vel gallas, *Specul. & Speckhan. dd. loc.* Secundum Coler. in process. Executiv. *part. 2. c. 1. n. 71. & seq.* de Jure Saxonico, venditor Equi, de tribus tantùm tenetur vitiis. 1. Quod non sit retrogradus (Das es nicht stettig seye) 2. Quod excitate latente vel invisibili non laboret (Das es nicht starblindt sey) & 3. Quod non sit Scabiosus (Daß es nicht harschlechtig seye.) Sed hæc omnia ex consuetudine diversorum locorum variantur, und seyndt etlicher Orten gewisse und allein vier Mängel, daruntur die Cæcitas auch nicht gerechnet wird. *vid.* Carpzov. *p. 2. const. 34. def. 17.*

Adn. 13. Redhibitoria, quando cesset propter fingum accidens, *vid. Surd. decis. 146.*

Moribundo jumento vendito, an & quatenus venditor ad restitutionem pretii teneatur *vid. Berlich. decis. 77 Franc. Viv. dec 382.*

Si porcus venditus laniis habeat die Finnen/quas artifices, & apertione palati & inspectione linguæ facilè deprehendere possunt, locus non est redhibitioni, nec venditor pretium restituere tenetur, sed emptor sibi imputare debet, quod oculari inspectione uti noluerit; Emptor enim animalis vitiosi aut morbidi non potest repetere pretium, si morbus fuerit patens ac visibilis, *vid.* ;; *n. 5. hic &* Carpzov *part. 2. constit. 34. def. 26.*

TITVLVS II.

De Evictionibus & duplæ stipulatione.

SVMMARIVM.

1. *Evictio quid?*
2. *Ad evictionem tenetur venditor ex natura contractus.*
3. *Finis evictionis, & ad eam requisita.*
4. *Effectus evictionis.*
5. *Pretium in casum evictionis quod reddendum.*
6. *Stipulatione dupla quid contineatur.*
7. *Interesse in hac materia duplum pretii excedere non potest.*
8. *Evinci res jure quando dicatur.*
9. *Fidejussor venditoris evincere rem nequit.*
10. *De evictione tenetur & dans in solutum, & permutans.*
11. *Venditor hæreditatis non tenetur de evictione.*
12. *Venditor non tenetur, propter agnatum retrahentem rem.*
13. *Donator non tenetur de re donata evicta.*
14. *Neque legans de re legata.*
15. *Maritus an re dotali evicta agere possit?*
16. *Evictio cessat, re necdum evictâ.*
17. *Secundò, si convenerit de non præstanda evictione.*
18. III. *Si emptor rem alienam scient emerit.*
19. *An eo casu re evicta sit emptori restituendum pretium?*
20. *Stipulatio super evictione salvat jus emptoris.*
21. IV. *Si res prohibita alienari emptore sciente: & an eo casu prosit emptori stipulatio super evictione?*
22. V. *Si emptor venditori non fecerit denuntiationem de lite mota.*
23. *Denuntiatio etiam scienti facienda.*
24. *Intellectus* l. Eum qui De R. I. in 6.
25. *Sententiâ latâ contra emptorem ex persona venditoris, de novo agi non potest.*
26. *An eo casu sit emptori regressus contra venditorem?*
27. *Sententiâ lata pro emptore, non teneri sumptuum nomine venditorem.*
28. *Argumenta sententia contraria reprobantur.*
29. *Denuntiatio pluribus etiam venditoribus facienda.*
30. *Clericus in caussa evictionis tenetur sequi forum laici.*
31. VI. *Cessat evictio facto emptoris.*
32. *Appellatio omissa per emptorem cui noceat.*
33. *Re ante evictionem extinctâ huic actioni locus non est.*
34. VII. *Creditor vendens pignus non tenetur de evictione.*

Spectat & hic Tit. ad emptionem-venditionem, quòd contingat rem alienam vendi, eamque ideo, ejusve possessionem evinci, ut passim hîc textus loquuntur, id est, abduci ab emptore, eâ translatâ à victo ad adversarium. * Ut Evictio sit [1] rei nostræ, quam adversarius legitimo titulo acquisivit, per judicem facta recuperatio. Evinci res censetur, non tantùm si emptori auferatur ejus possessio: sed & si emptor contra possessorem agens nihil obtinuerit, *l. Evictio 16. §. 1. h. t.*

Ad Evictionem præstandam, etsi nihil convenerit, tenetur tamen venditor ex empto, secundùm naturam contractus, *d. l. 16. in princ.* Solet nihilominus emptor, in casum Evictionis, stipulatione duplæ, vel simplæ sibi providere. *l. Si dictum 56. in princ. h. t.* quæ stipulatio est una ex ædilitiis stipulationibus, *l. 5. inf. De V. O.* Qua de caussa hic Tit. subjungitur isti ædilitio edicto, & in Codice subjicitur materiæ stipulationum. Ut ut autem stipulatio interposita fuerit; actioni tamen ex empto locus erit, si eam elegerit emptor, quòd eidem renuntiasse non censeatur, *l. Sed etsi 28. hoc tit.* [2]

Finis Evictionis est, ut servetur indemnis emptor. Quo modo ut ei locus sit, oportet Primò, res aliena sit vendita. Secundò, ut ob Evictionem rem emptor non habeat: quamvis si à sciente res aliena ignoranti vendita fuerit priusquam evincatur, utiliter ex empto agat emptor in id, quanti sua interest. Nam licet in hoc tantùm teneatur emptori [3]

ptori venditor, ut de Evictione caveat repromissione nudâ, vacuam possessionem tradat, non etiam dominium; scienter tamen vendentem rem alienam ignoranti facit dolus malus statim conveniri posse ex empto ab emptore in id, quod sua interest, *l. Servum* 10. *§ ult. inf. De act. empti.*

4 Effectus Evictionis est, ut emptor consequatur retium, & præterea quanti interest rem evictam non esse, si aliàs in venditione dictum non sit, quantum pro evictione venditorem præstare oporteat *l. si in venditione* 61. & *l. Evicta* 70. *h. t.*

5 Ubi quæri posset, An in casu Evictionis pretium reddendum sit, quod fuit tempore venditionis, an vero quod est tempore evictionis? Potius est, ut illud veniat, quod fuit tempore venditionis, secundùm, *l. Bonitatis* 1. *hoc tit.* & facit ratio; nam si majus pretium fuerit tempore evictionis, hujus nomine agetur ad interesse. Mudæus *De actionib. empti cap. Ad quid committatur stipulatio n.* 37. Garcias *De expensis cap.* 18. *n.* 6. Duar. *ad l.* 10. *C. h. t.*

6 Stipulatione simplæ emptor simplum consequitur, non etiam quod interest, quia non potest dici contineri sub simplo, ad quod tamen ex empto tenetur venditor, ex natura contractus, cui stipulando non renuntiavit. Stipulator duplæ consequitur duplum pretii conventi, etiamsi minoris intersit, *l. Ex mille* 64. *in princ. h. t.* cum stricto jure ejus tantùm habeatur ratio, quod conventum est, *arg. §. alteri Inst. De inutil. stipul.*

7 Unde alia hic est quæstio, An interesse in materia evictionis excedat verum rei pretium? Videri hoc posset, cum textus simpliciter loquantur, & indistinctè id quod interest præstandum esse dicant, *l. Venditor* 8. *h t.* Veriùs tamen non excedere duplum, per *l. Titius* 43. *in fine cum seq sup. De actionibus empti.* Quò facit, quod pleræque leges restringant interesse ad duplum pretii venditionis; & præcipuè *l. unica C. De sent. quæ pro eo quod interest profer.* ubi interesse in casibus certis, ut hic, duplum pretii conventi non excedit. Hinc servo, cui delata hæreditas, evicto non venit æstimatio hæreditatis, sed tantùm duplum pretii conventi, quod iniquum videatur in tantam quantitatem teneri venditorem, *d. l.* 43. *in fine.* Ut dicta l. 8. generalitas sit restringenda. Tota itaque re evicta, totius præstandum venit interesse, parte verò evicta tantû partis. An autè parte evicta agi possit ad interesse totius, d eetur infra, *ad tit. De re judicata.*

8 Hactenus, quatenus res jure evincitur. Jure non evincitur ab eo, qui vend. d. t, ex regula, quod qui alio evincente de evictione tenetur, ipse evincere vel controversiam facere non possit, etiamsi alio jure dominium quæsierit, quia res ea non proficit venditori contra emptorem, cui integrum est exceptione elidere intentionem venditoris, nisi malit re ablatâ duplum consequi *l. Vindicantem* 17. *h t.* Idem in hærede venditoris, juris est, ut nec ille controversiam facere possit, etiam super re, quæ ejus fuit, *l. Sive* 14. *Cod. h. t.* quia cogitur præstare factum defuncti, *l. Cum à matre, Cod. De rei vind.* Quod maximè procedet, si jure hæreditario agat; nam proprio agens admitti videtur; rejiciendus tamen per exceptionem quadere plenius actum supra *t. De rei vindic.* Quo casu si omissâ exceptione passus sit emptor evinci rem, salva ei nihilominus est actio, vel ex stipulatione, vel ex empto, contra hæredem, *l. Sed etsi* 18. *C. h. t.*

9 Dubium, Quid juris in fidejussore venditoris, an & hic rem evincere possit? Quod negandum; quia vindicanti obstet exceptio doli mali. *l. Exceptione* 11. *Cod. h. t.* cum controversiam ex sua persona frustra moveat super re quam salvam debet præstare emptori. Nihil obstante *l. fin. Cod. eod.* Quæ non loquitur de fidejussore, sed de ipsius hærede, qui ex sua persona non impeditur vindicare rem, pro qua defunctus intervenit; salva tamen & contra hunc actione Edictionis, ex dicta ratione, *d l. fin.* Facit in hanc rem, quòd fidejussor tantùm repellatur ratione præstiti consensus in rem vendendam, quo sibi præjudicat, & venienti ex jure ejus, scilicet hæreditario, non etiam proprio, quo hæredi permissum vindicare rem suam, quia non consenserit, Barbosa *ad l. Lucius* 39. *n.* 24. & *seq inf Soluto matrim.*

10 Venditor itaque tenetur de evictione, & ejus hæres, fidejussor, & omnis venditori similis; ut etiam locum habeat in datione in solutum, quæ est loco venditionis. In permutatione poterat videri non habere locum, ex eo, quod permutatio rei alienæ non teneat, *leg* 1. *sup. De rer. permut.* Responsum tamen, evictis prædiis permutatis concedi actionem ad interesse illi, cui sunt evicta. *l. Si permutationis* 19. *Cod h t.* eo modo, quo actio est contra vendentem rem sacram. *

11 De venditore hæreditatis non venit dubitandum: nam eum non teneri quoad res singulares evictas rescriptum in *leg.* 1. *Cod, hoc tit.* Et ratio est, quod hæreditas vendita sit talis, qualis est. Quò facit, quod emptor teneatur persequi singulas hæreditatis res suis sumptibus, suo periculo: multò minùs, si qua res evincatur, contra venditorem illi sit actio, quem extra periculũ ponit, quòd

hæreditas, quam vendidit, sit hæreditas, *l. Cùm hæreditatem* 7. & 8. *sup. De hered. vend.* nisi aliud actum sit, *d. l.* 1. aut de substantia ejus affirmaverit venditor; debet enim præstare id, quod affirmavit esse; cum ideò pluris vendiderit, *l. Nisi* 15. *sup d. t. l. Ea quæ* 43 *sup. De act. empti.* Quod & videtur dicendum, venditis rebus aliis universitatis, & similibus, *l.* 5. & *l. Nave* 36. *h. t.* Gomez. 1. *Var. c.* 2. *num* 44.

12 Moveri hic posset dubium, An teneatur de Evictione venditor, propter agnatum, retrahentem rem jure proximitatis? Negandum: cùm non ideo avocatur ab emptore res, quòd aliena sit; sed quod jus municipale præfert agnatum extraneo emptori, ut res in familia maneat: qua in re nullum versatur peccatum, vel mala fides venditoris, qui non caussavit retractum, cui demum post rem translatam in extraneum est locus. Ut rei jam venditæ casus iste advenire censeatur, atque ita non tam venditori, quàm emptori nocere debeat, *leg.* 3. *hoc tit.* Facit, quod emptor hujus modi juris ignarus non fuerit, vel esse non debuerit, ut sibi imputet si rem retinere nequeat, non etiam venditori, cujus nulla culpa argui potest. Tiraq. *De retractu p.* 1. §. 1. *Gloss.* 9 *num* 34 Gomez. *d. cap.* 2. *num.* 40. *in fine arg. leg. Lucius* 11. *hoc tit.*

13 Alia est dubitatio de donatore. Et hunc non teneri de re donata evicta responsum in *l. Aristo* 10. § *fin. inf. De donationib.* quia Evictio fit ratione pretii, quod abest; non abest autem donatario, cum donatio sit liberalitas. Præterea si propter evictam rem donatam pretium posset repeti à donatore, is suæ donationis pœnam pateretur, *l. Ad res donatas* 62. *sup. t. t.* cujus in donando non alius fuit animus, quàm ut res donata eo modo & jure penes alium foret, quo ipse habebat. Si tamen sciens quis rem alienam donaverit ignoranti, datur decepto actio de dolo, ratione sumptuum, quos in rem fecit: nam eorum illi ab est pretium dolo donatoris, qui non debet alteri

14 obesse, *d. §. fin & d l* 62. Idem jus ponendum in re legata, quod videatur legans non nisi jus quod circa rem habeat, legasse, *l. Si domus* 71. §. *fin. de leg.* 1. Nisi res in genere fuerit legata, & ea, quæ præstita, evicta; tunc enim ex testamento est actio contra hæredem, qui rem alienam tradendo non satisfecit voluntati defuncti, *l. Hæres* 5. *h. t.* Gomez *d. c.* 2. *n.* 36.

15 Dubitatur & de marito, an re dotali evictâ agere de Evictione possit? Communiter distinguunt, an dos à traditione cœperit, an à promissione. Illo casu Evictioni locum negant, quod traditio sine promissione nullam habeat adjunctam obligationem, quæ teneat tradentem ad Evictionem, ut videatur esse instar donationis, quæ non obligat ad Evictionem, secundùm jam dicta: hoc vero casu locum ei dant. Hanc distinctionem probant per *l* 1. *Cod. De jure dot.* Ubi ratione promissionis, sive pollicitationis interpositæ ex stipulatu agi potest; quod promissor dotis se constituerit debitorem; debitor autem de re, quam solvit, evicta tenetur. Videtur tamen ista distinctio minus recta, quod in *l. Quoties* 16. *inf. De jure dot.* detur locus Evictioni, in casu, quo dos æstimata data est evicta, non factâ distinctione, cœperit à traditione an à pollicitatione dotis assignatio. Nihil obstante *d. l.* 1. Quæ se non fundat in istiusmodi distinctione, nam mentio promissionis vel pollicitationis ibi facta referenda ad promissionem præstandæ Evictionis, non etiam præstandæ dotis, Faber *ad d. l.* 1. Ex stipulatione autem interposita quin locus sit Evictioni, non est dubium, *l. Sciendum* 12. *hoc tit.* Ita autem Evictioni locus erit, ut quidquid maritus eo nomine consequitur, id ad mulierem redigatur; cùm non debeat maritus lucrari damno mulieris, & sufficiat eum indemnem servari, *d l.* 16. Patitur ista res exceptionem, si bona fide res in dotem data fuerit non æstimata. Dolus interveniens de dolo actionem dat nisi à muliere sit interpositus, contra quam actio famosa non intendenda: sed in factum agendum, *d l.* 1. *in fine.*

16 Hæc ita, quatenus Evictioni locus est, quam contingit variis casibus cessare. Primò, Si res, quam constat esse alienam, needum sit evicta, *l.* 3. *C. hoc tit.* cum needum habeat, quod conqueratur emptor, qui rem pacificè possidet: nisi venditor, sciens alienam ignoranti vendiderit: nam tum potest emptor utiliter agere ex empto *l. Servus* 30. *sup de empti.*

17 Secundò, Si convenerit, ne præstetur Evictio, præcipuè parte sciente rem alienam esse: quia non habet quod queratur, nisi de se. Quod si emptor ignoraverit rem alienam esse, venditor autem sciverit, non proderit eidem ejusdem conventio, cum in dolo sit *l. Ex empto* 11. *in fine sup De act empti.* Si uterque ignoraverit, faciet dicta conventio emptori quidem ad interesse actionem denegari, pretium tamen non impediet eidem restitui debere: cum bona fides non patiatur emptorem retinere rem, venditori autem pretium lucro cedere, *d. l.* 11 §. *fin.*

Tertiò,

18 Tertiò, si emptor rem alienam sciens emerit, & de Evictione nihil convenerit, imputet enim sibi quod rem, quam sciebat alienam, evinci posse non adverterit.

19 Quo casu quæritur, An re evicta sit emptori salvum jus ad repetendum à venditore pretium? Posset videri prima facie, inspectis verbis, *l. si fundum* 27. *C. h. tit.* ne quidem ad illud esse jus emptori, eò quod cum sciverit rem esse alienam, donasse illud videatur. Verius tamen hoc ei restituendum esse; nam iniquum esset illud penes venditorem manere ratione rei venditæ, ad quam ei nihil juris erat, & foret contra textum in *l. si meo*, *& Titium sup. si certum pet. & leg. cum hoc natura sup. de condict. indeb.* Ubi dicitur æquum & bonum esse, pecuniam meam, quæ ad te pervenit, à te mihi reddi. Quæ hoc in casu non potest videri donata, cum data sit ex caussa, & donatio non præsumatur. Nihil obstat *d. l.* 27. nam accipitda non de pretio, quod venditori numeratum est sed de litis æstimatione, quam domino rem vindicanti solvit emptor, vel creditori pignus vindicanti; nam ut pretium penes venditorem maneat, nulla patitur æquitas, *d. l.* 11. § *fin.* Cujac. *in recit. ad d. l.* 27. Covarr. 3. *Var. Resol cap.* 17. *n.* 1. *&* 2. Facit pro ista parte, *l.* 1. § *emptio C. Communia de leg. & fideicom* Ubi scienter emens rem obnoxiam fideicommisso, existente ejus conditione, re avocatâ, pretium à venditore repetit. Facit etiam *leg.* 1. *Cod. de vendit. pignorib.* Ubi non obstat mala fides, quò minus pretium repetatur.

20 Dixi supra, & de Evictione nihil convenerit, nam stipulatio super Evictione interposita faciet emptori actionem suam salvam, *leg. si fratres* 7. *C. Com. utriusque judic.* excipiunt casum dictæ *leg.* 1 § *emptio*, ubi emptori, scientiam alienæ rei, vel gravatæ habenti, non prodest stipulatio duplæ. Quod ibi singulare esse notat Accurs. ne temerè quis accedat ad emendas res gravatas, contra defuncti voluntatem; qua de caussa & res ejusmodi usucapi nequeunt, *d. l. fin.* §. *sin autem sub conditione.* Cujac. *d. loco.*

21 Quartò, Si res erat prohibita alienari emptore non ignaro, ut quia dotalis. Ubi quæritur, An saltem stipulatio super evictione rei dotalis emptæ teneat? Posset hoc videri, secundùm jam dicta, quod rem alienam scienter ementi prosit stipulatio super evictione, *l.* 7. *Cod. Com. utriusq. jud.* & ita vult Faber. *Instit. quib. alienare non licet in princ. n.* 8. Cui contradicere videtur *l. Cum lex* 46. *inf. De fidejuss. rib.* Ubi contractui proh bito adjectus fidejussor non tenetur, ne hac viâ contingat legis prohibitioni illudi. Sunt qui in conciliatione volunt ita procedere in muliere alienante rem dotalem; quia ex quo prohibita est alienatio rei dotalis, in favorem mulieris, ne maneat indotata, censetur etiam prohibita fidejussio, quòd per eam ad alienationem deveniatur, *d. l.* 46. Si verò à viro fiat, stipulationi subjectæ locum dant. Rationem differentiæ ponunt, quòd in muliere lex alienationem, & contractum prohibeat: in viro verò alienationem quidem, non etiam contractum: sed ratio non est firma. Ut veriùs sit, ne quidem in viro alienante rem dotalem stipulationem esse efficacem, eò ùm ubi non valet principale, propter legis prohibitionem, nec debeat tenere stipulatio eodem modo prohibita, quo principale, *l. Non dubium, Cod De legib.* Etiam cum Bart. *ad l. Cum vir. inf. de usucap.* tenet Barbosa *ad l.* 1. *p.* 5. *n.* 10 *& seqq. inf. soluto matrimon* Pro quo facit argumentum *d.* § *emptio.* Ubi rem gravatam ementi scienter prodest stipulatio duplæ.

22 Quintò, si emptor non denuntiaverit venditori motam controversiam ante conclusionem in caussa, *l. Parentes* 20. *C. hoc tit.* Peccat enim emptor, non advocando venditorem, cui poterat fuisse justa defensionis caussa, scilicet sciens melius rei à se venditæ jus, & conditionem. Nisi tamen venditoris caussa fuerit notoriè injusta, *l. Ex empto* 11. § *emptore sup De act. empti* quo casu non tam culpa emptoris erit, cui res evicta, quàm venditoris, cujus caussam non salvasset denuntiatio propterea quòd eâ non obstante res erat certò evincenda. Idem dicendum, si denuntiatio erat remissa vel denuntiare non potuerit emptor litem motam, cujus & hoc casu cessabit culpa, *l. Si dictū* 56. § *si præsente*, *l. Herennius* 63. *h. t.* Fach. *l.* 2. *c.* 57.

23 Q. An denuntiatione sit opus in casu, quo venditor habet scientiam litis motæ? Dicendum hoc omnino, per *d. l.* 20. Ubi si negotium non fuerit denuntiatum venditori, habet ille, quo se defendat contra emptorem: & expressius per *l.* 8 *Cod. h. t.* Ubi indistinctè; nisi emptor fundi auctori, aut ejus hæredi denuntiaverit litem motā, evicto prædio, neq; ex stipulatu, neq; ex empto illi actio est cōtra venditorē. Nihil obstante, quòd certioratus nō sit certiorandus, *c. eum qui de R. I. in* 6. * Nam ista

24 regula procedit in casu, quod denūtiatio faciēda ad hoc, ut habeatur sciētia, sive rei notitia; nō etiam in casu quo ultra adsumenda rei defensio: nā posset emptor confisus sibi, nolle uti operâ vēditoris, ut nec venditor teneatur operam, & defensionem suam sponte offerre. *Gl. ad d l.* 8. Costal. *in l. Item* 10. § *petitam sup. de petit. hæred.* Covarr. 3. *Var.*

Resol. c.17.n.3. Barbosa *ad l. Venditor.49. n.8. & seq. sup. de judic.*

25 Quid si vocatus venditor caussæ adfuerit: & sententia lata sit contra emptorem, poteritne ex persona venditoris iterum agi? Posset quidem, vel absente emptore comparere venditor ad rei defensionem; cùm liceat absentium caussas defendere etiam sine mandato, *l. servum §. publicè sup. de procurat.* vel etiam eo præsente, & invito; quia licet inviti conditionem facere meliorem, *l. solvendo sup. de negot. gest.* maximè hoc in casu, quo causa venditorem concernit, Donell. *ad d.l.20.n.* 1. Si tamen contra emptorem judicatum fuerit, ex persona venditoris, lis minimè suscitari poterit, si non fuerit appellatum; eo quòd cùm venditor in judicio fuerit, nec obtinuerit, nihil juris ad rem videatur habere, & non appellando, cùm sua intersit, *l. ab executione §.1. inf. de appellationib.* videatur sententiæ acquievisse.

26 Vnde alia quæstio est, An sententia lata contra emptorem, ei sit regressus contra venditorem? Nõ est dubium, si vocatus ab emptore præsentaverit se judicio in rei defensionem venditor; quia nihil est quod imputetur emptori, qui, uti requiritur, denuntiavit litem motam venditori, cui, quòd eam defendere non potuerit, imputandum, *l. Emptor 8 C. hoc t.* Quod si citra denuntiationem adfuerit caussæ venditor, probabile est Evictionem ei non nocituram; quia ut noceat, requiritur ei sit denuntiatum, *d. l.* Nec facit, quod ultro accesserit ad caussæ defensionem, nam in eo officium præstitit emptori utile, sibi non necessarium: nulli autem officium suum debet esse damnosum. Donell, *d. loco n.3.*

27 Plus difficultatis habet, An sententia lata pro emptore, ei sumptuum compensatorum nomine sit jus contra venditorem? Ita vult Bart. *ad l. Venditores 101. inf. de verb. oblig.* per rationes duas ibi adductas Prima est, quòd venditor teneatur defendere emptorem, *leg. quem absentem 75. sup. De procurat. l. si plus 74. § mota h.t.* Defendere autem includit in se præstare sumptus, per *l.5. §. rem tibi sup. Commodati & l. si fine 12 §. cùm autem inf. Rem ratam haberi.* Secunda, quòd debeat præstare emptori, ut rem habere liceat, *l. Ex empto 11. sup. de action. empt.* Bartoli sententiam sequitur Abbas in *c. fin* ❡ *de empt. & vend.* Gomez *d. c.2 nu.47.* Fachin. *lib.2.c.18* Contraria tamen vera est, scilicet non teneri venditorem ad sumptus, nititurq; satis expresso textu in *l. si stipulatio 18. C. h.t.* Quæ negat, sententiâ lata pro emptore posse eum reverti ad venditorem: quod malè simpliciter, & indistinctè diceretur: si ad dictos sumptus illi actio foret. Facit & pro hac parte ratio, quòd injuria contigerit emptori per eum qui litem movit, quæ venditori minimè imputanda, ut luere eam non debeat, *l. si per imprudentiã 51. in pr. h.t.* Altera ratio dari potest; quòd contracta emptione continuò omne cõmodum & incommodum ad emptorem spectet, ut, si quid casu, vel facto alieno dispendii datum sit, à venditore, non veniat refundendũ, quem ea, quæ post venditionem perfectã acciduni, nõ cõcernunt, ut dictũ supra, *t. de peric. & com. rei vend.* Certum est autem, hoc casu sumptus non esse caussatos per venditorẽ; cùm fit judicatum pro emptore; ut potiùs sumptuũ caussã dedisse dicenda sit temeritas moventis litem aut inscitia, injuriave judicis, vel ipsius emptoris incuria, qui fortè aliquot litis terminos minus curavit, ut ea res venditorem gravare non debeat, *Gl. in l.1. Cod h.t. quã sequitur* Cujac. *ibid.* Don. *ad d. l. Venditores 101. de V. O & ad d. l. 8.* pro quibus facit, quòd venditor nõ teneatur emptori nisi ob Evictionem, non etiã quãdiu illi rem habere licet, *l. servus 30. in fine sup. de act. empti.* Licet autem ei habere, quamdiu non est evicta, *l. Habere 57. h.t.*

28 Nihil obstat *d. §. mota*. In quo dicitur venditor teneri rem defendere: quod non negatur, non tamen & suo sumptu; sed emptoris cujus victoris bono cedit defensio. Nihil etiam obstat *d. §. cum autem*, cùm agat de procuratore ex mandato domini agentis, cui non est similis casus noster. Non obstat quoq; *d. §. rem tibi*, Quia ibi sumptus ab eo agnoscendi, cujus commodo commodatum est, cujus sine dubio est præstare commodanti rem suam salvam, ad cujus custodiam tenetur, nealiàs beneficium alicui præstitum si damnosum, ut sumptus illi facti nomine commodatarii rectè ab eo ferantur; uti & hic facti commodo emptoris, quem sequitur commodum & damnũ rei.

Ex quibus patet non obstare primam rationem Bartoli; cùm diversa sint, debere quẽ defendere, & suo sumptu defendere; cũ defensio consistat in allegatione caussarum, quæ rei venditionẽ faciãt justam, ad quã secundùm allegata tenetur venditor, non etiam ultra. Nec facit, quod venditor teneatur præstare, ut emptori rem habere liceat: Nã hoc hũc habet sensum, ne res emptori evincatur, non etiam ut sumptum agnoscat venditor, quem emptor in re defendenda utiliter fecit, caussatum à parte, non etiam à venditore, qui, non aliã. sumptus refundit, quàm si emptor in his fuerit victus [?] bat. Cujac. *ad d. l.1. Cod. h. t in fine.* Ubi dictam Bartoli argumentationem sophisticam Baldus in *d. l. 1. n. 2.*

vo-

vocat, nisi aliter conventum fuerit, secundùm *d. l. Venditores* 10. *de V. O.*

29 Denuntianda itaque lis venditori, ut teneatur de Evictione. Si fuerint plures uni hæredes, omnibus denuntiatio facienda, qui nisi comparuerint, tenebuntur, *l. si rem* 51. §. 1. *h. t.* Ut compareant cogi præcisè non possunt; eùm satis sit sumptus refundant, & rem evictam præstent. Bart. in *l. Pater n.* 1. *&* 3 *inf. de dote praleg.* Mansuer. *in sua praxi t. De dilation.* 2. *n.* 17. Comparere autem debent in loco emptoris, ubi res agitur.

30 Sed quæstionis est, An si diversi fori fuerit venditor, uti clericus, cogatur sequi forum laici? Ita omnino dicendum, per expressum textum in *l. venditor* 41. *sup. de judic.* Ubi venditor privilegio judicis se non juvat; sed sequi solet judicem emptoris. & per *l.* 1. *Cod. Ubi in rem actio*, quæ negat propter auctoris in alia provincia existentis personam quidquā immutari debere; deinde venditor accedit, ut merus, & necessarius defensor emptoris, ut frustra privileg um propriū prætendat; & ita plures tenent, Covar. *Pract. quæst. c.* 8. *n.* 3. Boer. *dec.* 69. *n.* 17. Grammat. *dec.* 21. *n.* 7 Fach. *lib.* 2. *c.* 38. Maranta *in speculo suo aureo p.* 6 *mēb.* 5. *n.* 13.

31 Cessat præterea Evictio, si facto emptoris imputanda veniat, ut si ex compromisso sententia lata sit contra emptorem; quia nulla necessitate cogente id fecit, *l. si dictum* 56. §. 1. *h. t.* Si transegerit; nam nec ad hoc eum cogit necessitas. Si præscriptionem, cùm potuit, non interrupit; si non usuceperit, cum potuisset, *d. l.* 56. §. *si cum possit.* Si defensionibus justis non sit usus, *l. si rem* 29 §. 1. *h. t.* Si propter ejus contumaciam res fuerit evicta; quia his casibus culpa, vel factum emptoris intervenit, quod non debet alteri obesse; si injuria imperitiave judicis res sit actori adjudicata, *l. si per imprudentiam* 61. *h. t.* culpa enim, aut factum alienum non debet tertio innocenti nocere. Et deinde culpa judicis est quasi factum fortuitum, quod rei domino nocet.

32 Quid si non appellaverit à sententia iniqua emptor? tunc quidem, si præsens fuerit venditor, cui denuntiata lis, tempore latæ sententiæ appellatio omissa per emptorem non illi, sed venditori oberit, *l. Herennius* 63 §. 1. *h. t.* quia hujus caussa præcipuè agitur, quique acquiescendo sententiæ fatetur se vendidisse rem alienam. Aliud est, si eo absente lata fuerit sententia; tunc enim omissa appellatio emptori nocebit, quòd videatur suo vitio caussam deservisse, ut contra venditorem illi non sit regressus. Idem dicendum, si appellaverit quidem, sed appellationem deservent, *d. l.* 63. *in fine*, nisi notoria caussæ injustitia defendat emptorem. Costal. in *l.* 8. §. *si ignorantes sup. Mandati.* Barbosa *ad l. Venditor.* 49. *n.* 56. *& seqq sup. de judiciis*, Gomez 2. *Var c* 2 *n.* 39.

33 Quid si res vendita, quam constabat alienam esse, ante evictionem fuerit extincta? Dicendum videtur huic actioni locum non esse, per *l. si quis* 27. *Cod. h. tit.* quod res evicta dici nequeat, quæ ante periit, *l. si servus* 21. *in pr h. t.* non aliàs autem quam eâ evictā sit locus huic actioni. *l.* 3. *h. t.* Deinde cùm contracta emptione commoda, & incommoda supervenientia sequantur emptorem: etiam fatum humanæ sortis eum manebit, *d. l.* 21. *in princ.* Quod rectè Accursi accipit. *ad d. l.* 21. si ante litem contestatam res perierit; nam lite pendente re peremptā non est omnino perempta lis, *l. Utique* 16. *sup. de rei vindic.* ut si postea pronuntietur res fuisse venditoris, teneatur hic de Evictione, & eatenus censeatur res extare, Donell. *ad d. l.* 27. *n* 3. Cujac. 9. *Obser. cap.* 24.

34 Denique non est omittendum, Evictionem non præstari à creditore vendente pignus, adeò ut ne quidem teneatur ad pretii restitutionem, cùm vendiderit jure creditoris, id est, eo jure, quo debitoris fuit, ut sibi imputare debeat emptor, quòd cautè mercatus non sit, *l.* 1. *Cod Creditorem evict. pig. non deb.* Erit tamen emptori utilis actio contra debitorem, *l. Rescriptum* 12. §. 1 *sup de distr. pignor.* quasi ipse debitor rem vendidisset, cui pretium acceptum profecit, *l si ob caussam* 13. *Cod. h. t.* Et hoc nisi ad Evictionem creditor se obligaverit, servanda enim pactio, aut sciverit rem in bonis debitoris non fuisse. *leg.* 2. *Cod. Credit. evict. pign. non deb.* ne ejus fraus alteri obsit. Præterea oportet creditor sit & quidem in pignore potior, aliàs teneretur emptori, *leg.* 1. *Cod d. t.* quia quod dixit, non præstat. Quod & dicendum in casu, quo culpâ creditoris res evincitur, quam ut ipse luat, æquum est.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 2. de Evictionibus. &c.

Adn. 1. *&* 10. Singulare est de Jure Saxonico, quòd Judæus venditor de evictione nō teneatur. 3 Landtrecht/ 7. *Col. diff.* 26. ideoque rem furtivā apud se deprensam, contra jus commune, *l.* 2. *C. De furt.* sine

ſine pretio non reſtituit: Quia autem Judæus hoc modo melioris conditionis eſt, quàm Chriſtianus, meritò hæc conſuetudo improbatur, & inter irrationabiles refertur. *Vid* Weh. *in obſ. Pract. verb.* Gewehr/Wehrſchafft/rc *& in verb.* Gewonheit/ gute und böſe Gewonheiten/rc.

Ad n. 17. Evictione remiſſâ, an detur actio quanti minoris, ſi res ſit Emphyteutica? *Vid. ap. Surd. decis Mant.* 165.

Ad n. 21. Neceſſaria eſt litis denuntiatio, ut venditor ſe defendendi remedium habeat: omiſſâ enim litis denuntiatione, reque evictâ, author rei ſeu venditor evincentem convenire non poteſt: Non jure proprio, quia cum evincinte non contraxit, non etiam rei vindicatione, quia dominium ſemel tranſtulit in Emptorem, neque jure Emptoris, qui re ſemel evictâ, actionem non habet, quam Authori ſuo cedere poſſet. Covar. *lib.* 3. *variar. reſol. cap.* 17.

In tranſactione locum non habet litis Denunciatio, ratione rei illius, quæ ex cauſſa tranſactionis dimittitur; quod tamen eo trahendum non eſt, quando ex tranſactione aliquid datur, factâ evictione, hujus enim nomine agi poteſt. Bart. Bald. Salic. & Jal. *in l. ſi profundo* 33 *C. de tranſact.* Frideric. Pruckm. *lib* 1. *conſil* 48. *n.* 177 *& ſeqq.* Hartm. Piſtor. *obſ.* 127. *n.* 40. Carpzov. *part.* 1. *conſtit.* 3. *def.* 26.

Ad n. 31. Si res emptori de facto, per violentiam & injuſtitiam, vel per injuſtam Sententiam à ſuperiore latam, evincatur, venditor rem nec defendere, nec evictionem præſtare tenetur. Dañ [ſecund. vulgarum] vor Gewalt iſt man zu wehren nicht ſchuldig Salic. & Dd. *comm. ad l. fin. C. de action Empt.* Beſold. *in theſ. Pract. verb.* Auſſerhalb Rechtens gewehren. Cothman *conſil.* 33. *n.* 47 *& ſeq.* Vigel. im Richterb *cent.* 1. *caſ.* 33. 34 Mynſ *cent* 1. *obſ.* 54. Gomez 2. *var. reſol.* 2. *n.* 43. Covar. 3. *var.* 17. *n.* 7.

TITVLVS III.

De exceptione rei venditæ, & traditæ.

1 Contingit venditorem, præcipuè rei non ſuæ, ſi ejus poſtea dominus fiat, eam vindicare, quem rectè emptor, ejuſque heres Exceptione rei venditæ, & traditæ repellet, uti & ejus ſucceſſorem, *leg.* 3. *hoc tit.* quia nemo facto ſuo poteſt contravenire, & hæredem tenet factum defuncti. Quod & obtinebit, ſi non ipſe quidem vendidit, ſed alius ejus mandato, *leg.* 1. *h. tit.* quæ Exceptio etiam opponetur fidejuſſori venditoris, controverſiam emptori moventi, *l Exceptio* 11. *C. de evict.* nam & quod hic ſemel probavit, temere poſtea improbat.

FINIS LIBRI XXI.

HENRICI ZOESII J.C.
IN LIBRUM XXII.
DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De Vſuris, & fructibus, cauſſis, & omnibus acceſſionibus, & mora.

SUMMARIUM.

1. *Acceſſionum nomine quid hic veniat.*
2. *Vſura unde dicta; quid & quotuplex.*
3. *Compenſatoria uſura utroque jure licita.*
4. *Punitoria ſimiliter ſi pœna adjecta ſpecici debita.*
5. *Item ſi debito quantitatis, jure civili.*
6. *Non etiam jure Canonico.*
7. *Lucratoria damnata jure naturali, divino, Canonico.*

8. In-

8. *Iudæis quatenus permissa usura.*
9. *Vsura an jure civili permissa.*
10. *Vsuras toleravit Iustinianus Imp.*
11. *Vsurarum modus Centesima, trientes, semisses, quincunces.*
12. *Modus usurarum excedi non potest.*
13. *Antichresis jure Canonum damnata.*
14. *Fallit in re feudali obligata domino.*
15. *Excessus fructuum an domino in sortem imputandus.*
16. *Fallit & in re pignorata, donec des solvatur.*
17. *Ratio decisionis* cap. Salubriter 16. ⁑ h. t.
18. *Vsuras an inducere testator possit.*
19. *Census sive reditus quid & quotuplex.*
20. *Reditus realis liber ab usuraria.*
21. *Licet pensiones multiplicatæ excedant sortem.*
22. *Reditus personalis an licitus & liber ab usura?*
23. *Probatur, esse licitum & extra usuram.*
24. *Satis fit argumentis contrariis.*
25. *Census vitalis similiter licitus.*
26. *An & constitutus ad certum tempus.*
27. *Vsuræ usurarum prohibita.*
28. *In bona fidei judiciis ex nudo pacto debentur.*
29. *In strictis ex stipulatione adjectâ.*
30. *Etiam post & propter litis contestationem.*
31. *Fallit in rebus fungibilibus mutuo datis.*
32. *Intellectus* l. Usuræ 34. hoc tit.
33. *Intellectus* l. Lite 35. hoc tit.
34. *Vsuræ solutæ etiam ex pacto non condicuntur.*
35. *Pignoris retentio non est propter usuras.*
36. *Vsurarum solutio ex pacto nudo ad tempus an ulterius obliget.*
37. *Alimenta ad tempus præstita an & præstanda in futurum.*
38. *Tempus immemoriale loco constituti.*
39. *Vsuræ ex mora in quibus caussis debeantur.*
40. *Fructus alij naturales, alij industriales.*
41. *Fructus qui & quando restituendi.*
42. *Fructus in bona fidei judiciis ex mora veniunt officio judicis.*
43. *In strictis demum lite contestatâ.*
44. *Caussarum nomine quid hic veniat.*
45. *Mora quid?*
46. *Committitur ex re & ex persona.*
47. *Interpellatio una an sufficiat ad moram.*
48. *Intellectus* l. Mora 32. §. 1. hoc tit.
49. *Lapsus diei an interpellet pro homine.*
50. *Conditionis eventus non constituit debitorem in mora.*
51. *Neque dies incertus.*
52. *Idque in testamentis & contractibus.*
53. *Mora quomodo & quando purgetur.*
54. *Vsurarum obligatio extinguitur remissione, pro parte vel in totum.*
55. *Remissio quanto tempore inducatur.*
56. *Extinguitur & obligatio usurarum compensatione.*
57. *Item præscriptione actionis principalis.*
58. *Obligatio alia verbalis, alia realis.*
59. *Verbali non sistuntur usuræ.*
60. *Oblatione reali quando sistantur.*
61. *Oblatio cum obsignatione & depositione inducit debiti liberationem.*
62. *Sufficit depositio talis fiat propriâ auctoritate.*
63. *Oblatio in ultima voluntate operatur effectum sine depositione.*

Rerum creditarum, de quibus supra, vel in bonæ fidei, vel in strictis judiciis variæ sunt accessiones, de quibus h. Tit. subjungitur. • Ac- [1] cessionum nomen hic videtur specificè poni, quasi distinctum à prioribus Rubricæ partibus, cum latissimè potiùs pateat, & comprehendat ejus rei, quæ in judicium venit, cujusve nomine actio vel persecutio est, appendices, sequelas, consequentias omnes, uti usuras, fructus, caussas. Subjungitur de mora; quia non rarò caussa est, cur accessiones veniant, de quibus ordine secundùm ordinem Rubr. agetur.

Prima pars loquitur de Usuris Nominis ratio [2] sumpta ab usu rei alicujus; quo modo Cicero pro Rabirio dixit, *usuram lucis, usuram vitæ*, pro usu. Hac in materia nomen istud denotat accessionem ad quantitatem, sive id, quod ad sortem accedit; ut describatur esse lucrum ultra sortem. Lucri nomine venit pecunia, vel quæcumque alia res temporalis pretio æstimabilis. Ejus faciunt triplicem speciem Jurisconsulti, aliam scilicet Compensatoriam, quâ venit id, quod abest, sive ratione damni accepti, sive lucri erepti, *l. Si commissa ff. Rem rat. hab.* & eatenus convenit cum eo, quod interest: aliam Punitoriam, quæ debetur non propter lucrum petentium; sed propter moram non solventium, vel nõagentium id, quod convenit, *l. Cum quidam 17. §. pupillo h. t.* aliam denique Lucratoriam, quæ continet aliquod lucrum temporale, causâ, & nomine debitæ quantitatis principaliter exactum.

Prima species nihil in se vitii, aut reprehensio- [3] nis habet, secundùm leges, & Canones; quatenus tamen verè interest creditoris; cum nemo teneatur alteri prodesse, extra casum necessitatis suo

dispendio, nec contrarium sit officio aliquem juvare cum sui indemnitate, qua de re latius infra, *ad tit. De re judic.* Ad hanc speciem rectè refertur, quod dictum supra, *De actionibus empti*, usuras rectè exigi à venditore in compensationem fructuum ab emptore perceptorum, non soluto pretio.

4 Secunda species minimè damnatur, si pœna adjecta sit speciei debitæ, in cujus solutione mora fit, vel obligationi faciendi; nam citra labem in his mora punitur, & lex, quam conventionalem vocant, servanda est *l. Legem* 10. *C. De pact.* etiam jure Ecclesiastico, quo sustinetur conditio privationis juris emphyteutici, si biennio possessor canonem solvere differat. Permittit & idem exigi pœnam compromisso statutam ab eo, qui stare eidem recusat, *c. Per tuas* ;; *De arbit.* Pœnas quoq; in testamento adscriptas hæredi, in casum, quo aliquid non facit, Ecclesia approbat; cùm nihil mali involvant, & tendant ad observationẽ voluntatis defuncti. Quod idem dicendum de aliis obligationibus facti, vel speciei, *c.* 4. ;; *De arbitr.* tametsi ab Ecclesiasticis personis, & præcipuè Episcopis, conveniens sit eas non recipi, ne videantur lucro inhiare. Unde Gregorius Pont. *can. Fraternitatis* 12. *q.* 2. nomine rei furto substractæ Ecclesiæ noluit pœnam pecuniariam exigi, quòd non deceat Ecclesiam lucro aliorum damnis quærere.

5 * Debito quantitatis jure civili stipulatione in casum moræ adjectas pœnas, vel usuras peti posse, receptum, quatenus non excedunt legitimum usurarium modum, ne earum conventio tendat in fraudem legis, *l. Iulianus §. idem sup. De act. empti l. Cum allegas Cod. hoc tit.*

6 Ubi quæritur, An idem obtineat jure Canonico? Veriùs est, ejusmodi pœnam isto jure non haberi liberam ab usurarum vitio, eò quòd præsumatur adjecta pœna in fraudem usurarum *arg. c. Consuluit* 10. ;; *hoc tit.* Fraude tamen cessante adjecta pœna moderata secundùm culpæ mensuram exigi poterit citra vitium, quatenus verè interest.

7 Tertia species; quia merè lucrum continet, principaliter nomine mutui exactum, dãnata est, & divino jure, & naturali, item & lege Evãgelica, & Canonica. De divino jure patet, *can. Quoniam* 14. *quæst.* 4. ubi dicuntur obliti præcepti divini dantes pecunias suas ad usuras: & deinde quia ad furti speciem pertinet improbati jure divino in Decalogo. De jure naturali probatur ex eo, quod injustũ contineat proximi damnũ dum ex re non fructifera, sed omnino sterili, fructus petuntur, & commoditas, quod natura non patitur. Deinde qui usuras accipit, vel accipit eas pro sorte, & sic eamdem rem bis petit; nam præter usuras integrum illi est jus ad sortem principalem: vel accipit eas pro usu sortis, & sic vendit debitori usum rei non suæ, sed alterius, cjus scilicet, qui mutuum accipit, in quem dominium, & periculum est translatum. Binsfeld. *ad c. Quia in omnibus* 3. *quæst* 1. ;; *h. t.* De lege Evangelica patet ex lege Salvatoris, *Mutuum date, nihil inde sperantes.* De Canonica *toto tit.* ;; *De usuris, & eod. tit. in* 6. *Distinct.* 47 *&* 14 *quæst.* 3 *&* 4. quibus locis Canones passim detestantur Usuras, ut improbatas.

8 Nec rectè quis objecerit id, quod habetur *Deuteron.* 23. ubi permittitur Judæis usurarum exactio ab alienigenis, non etiam à fratribus. Nam respondetur primò illam permissionem processisse potiùs per dissimulationem, ad vitandum majus malum, ut potiùs alienos quam suos fratres usuris exinanirent; & hoc ob cordis duritiem istius gentis. & nimiam avaritiam, qua etiamnum hodie laborat, usuris passim inhians: qua de caussa & illis erat permissus libellus repudii, Binsfeld. *ad d. c.* 3. *q.* 1. Secundò, admisso agi ibi de propria permissione, & approbatione exigendi usuras ab alienigenis, non tamen de omnibus id indistinctè intelligendum; sed tantũ m de iis, qui hostes sunt, quos cum rectè vita spolies, multò magis bonis, secundùm Ambros. in *can. fin.* 14. *q.* 4. & quasi cui per vim eripere bona licet, etiam hac via licitè subtrahas. Verum hoc nõ absolutè dici intelligendum; cùm etsi hostem licitè spolies jure belli, per contractũ tamen jure divino, & naturali hostem fraudare sit prohibitum, qui nisi tempore pacis rectè cum hoste initur. Ut moderanda videatur ista sententia, scilicet quatenus damnorum injustè ab hoste illatorum compensatio patitur. Videatur Covar. 3. *Var. resol. c.* 1. *n.* 7.

9 Quæstio major est, An & jure civili usuræ possint dici prohibitæ? Quod negandum, si jus Digestorum inspicias, cum passim eo jure admittantur usuræ *l. Placuit* 29. *hoc tit.* Idem jure Codicis videtur dicendum, nisi quod Glossa in *Auth. Ad hæc C. h. t.* velit eas esse prohibitas per Justinianum, hoc argumento, quòd in *l. Inter claras §. suscipimus C. De summa Trinit.* declaret Imp. se suscipere quatuor Oecumenica Concilia tamquam regulas Patrum, eaque velit obtinere vim legum, eorumque dogmata velut sacras Scripturas accipiat: quibus cùm Usuræ sint prohibitæ non potest non easdem videri prohibuisse Justinianus, ne alias temerè dicat approbare sed dicta Concilia, quorum aliquos articulos non approbat. Verum

Verùm obstat isti Glossæ, quod ipse Justinianus usuras permiserit, præscribēs certum modum earum exactioni, in *l. Eos 26. C. h. t.* Ut ex dicta lege non possit sumi firmum argumentum, a Justiniano damnatas esse usuras; cum argumentum à tacito non procedat, quando contrarium est expressum, quod tacito prævalet. Et licet ignoretur, dicta *l. 26.* posterior sit, an prior dicta *l. 7.* quia de tempore promulgationis non constet: tamen ut fuerit prior, nihil hoc promovebit Glossæ opinionem, cum Justinianus in *Novell. ut partic. usurar. solut.* 121. usurarum exactionem in duplum permittat, quam esse posteriorē dicta *l. 8.* omnino certum est. Nec obstat, quòd idem Imp. *Nov. De Ecclesiast. titulis* 131. quatuor Oecumenica Concilia iterum approbet, quia non potest per hoc videri revocasse *d. l. 26.* aut *d. Novell.* 121. tum quòd earum mentionem non faciat, ut dicendæ sint nō correctæ, secundum decisionem *l. Præcepimus Cod. De appellat.* tum quòd postea, *Nov. De argentar. contractib.* 136. permittat besses usuras, Covarr. *d. c. 1. n. 6.*

10 * Nisi dicamus, quod probabilius est, Justinianum non approbasse usuras; sed tantum tolerasse, majoris mali evitandi caussâ, in egentium subsidium, ut pulchrè declarat Leo Imp. *Novella* 82. eo modo, quo lupanaria tolerata, tamquam minùs mala, ad evitanda graviora, caussata per adulterium, sodomiam, & similia detestanda libidinum genera. Binsfeld. *ad d. c. 3. q. 4.*

11 Tolerasse itaque usuras dicendus Justinianus, qui earum exactioni certum modum præscripsit, secundum qualitatē personarum. Sūt autem aliæ usuræ Centesimæ, quæ centesimò mense, id est octo annis, & quatuor mensibus sortē æquant, & ex centum nummis in singulos annos penduntur duodecim. Quæ usura est gravissima, ut eam meritò Seneca 7. *De benef. cap.* 10. vocet sanguinolentam, habetq; locum in pecuniis trajectitiis, *d. l. 26. §. in trajectitiis, & dicetur inf. t. seqq.* Aliæ Trientes usuræ vocantur, sive tertia centesimæ, quòd trecētis mensibus sortem æquent, danturq; quatuor ex centum in singulos, quæ illustribus personis permissæ, *d. l. 26. §. 1.* Aliæ Besses, quæ centesimo quinquagesimo mense sortem æquant, danturq; octo ex centum in singulos annos; hæ mercatoribus permittuntur, *d. §. 1.* Aliæ Semisses, quæ ducētesimo mense sortem adæquant, danturq; sex ex centum in singulos annos, quæ reliquis personis sunt permissæ, *d. §. 1. versic. cæteris.* Est & Usura Quincunx quæ mensibus ducentis quadraginta, annis verò viginti sortē adæquat, datis in singulos annos quinque ex centum, cujus fit mentio in *l. Cum quidam 17. in pr. h. t.* & *l. 5. Cod. eod.* Freder. Martini *De jure Censuum c. 1. n. 56. & seqq.*

12 Modus iste usurarum ita præscriptus, ut eum nemo excedere possit, sive stipulando, sive paciscendo, adeò ut jure non exigat creditor usuras ultra istum modum, & exactas in sortem computare compellatur, *d. l. 26. §. si quis autem. & l. Si non sortem 26. in princ. sup. De condict. indeb.* Excessus enim in fraudem legitimarum usurarum creditur exactus, qui tamen non vitiat promissionem usque ad modum legitimum, *l. Cum allegas 15. Cod. h. t.* ne utile per inutile vitietur. Hoc tamen ita, nisi prohibitum sit aliquibus per se vel per alios exercere fœnus, ut illis, qui officia administrant in provinciis tempore officii; *leg. 3. C. De reb. creditis.*

13 Antechreseos pactum, quo fructus pignoris cedunt creditori, in vicem legitimarum usurarum jure civili receptum esse, propter incertum fructuum eventum, dictum supra *tit. de pignor. act.* damnatum verò à Canonibus, quòd ultra sortem ratione dilatæ solutionis lucrum capiat creditor non sine labe. Quod tamen isto jure duplicē pati videtur exceptionem.

14 * Prior est in re feudali per vasallum obligata ipsi domino, ex qua fructus perceptos tempore obligati feudi nō tenetur dominus computare in sortem, sed citra vitium Usuræ eos sibi retinere, salvâ exactione sortis, rescriptum *cap. 1. X de feudis, & c. Conquestus 8. h. t.* Super adæquatâ decisionis ratione multum disputatur, eo quòd dictum, citra usuram non posse creditorem retinere fructus pignoris. Eam communiter tradunt; quòd interim, dum est oppignoratum domino feudum, vasallus liber sit à servitio præstando, in cujus recompensam feudum habuit. Quæ res erit extra difficultatem, si fructus non excedant servitia; quia tunc nomine interesse retinentur fructus, Innoc. *ad d. c. 1.* Covarr. *3. Var. resol. c. 1. n. 4.*

15 Sed quid si fructus excedant servitia, an dominus feudi sibi oppignorati tenebitur eos imputare in sortem? Covar. *d. loco n. 4.* post Innoc. satis insinuat id ab usura non fore alienum. Verùm dicta capp. loquuntur generaliter, & indistinctè, non facta mentione, excedant an correspondeant fructus: ut ejus opinio, licet ratione subnixa, textui tamen minus conveniat, Glossa in *d. c. 1.* id putat etiā esse singulare in Ecclesia. Verùm nec ejus nomine usura, divino, naturali, Canonico jure damnata, tolerari potest, *cap. 4. X h. t.* ubi non toleratur propter piam caussam, quæ rem in se malam non potest facere bonam. Alii in eo vim ponunt; quòd utile dominiū cum directo tantum consolidetur. Verum hoc est falsum; cùm utilis dominii jus sit salvum isti vasallo. Rectiùs vis ponitur

in conditione feudi, quæ est, ut fructus cedant vasallo servitium præstanti; in quo si cesset, fructus non percipiet. Cessat autem in casu præsenti, in quo non venit considerandus excessus fructuum, siquidem ab initio liberaliter fructus ampliores pro servitio dati, qui meritò retinentur, servitio cessante.

Restringe tamen istam resolutionem Primò, Si gratis sit concessum feudum: nam si pecunia intervenerit, ut fieri posse traditum de feudis, non erit à labe usuraria alienum, fructus non computare in sortem; quia excedunt servitia, ut cesset interesse domini. Secundò, Si non sit res multùm aucta, & meliorata industria, & expensis vasalli; quia & tunc ratione excessus fructuum cessat interesse servitii nõ præstiti, ut ille excessus labe hac adficiat tum Clericum, tum Laicum. Ita rectè Navarrus post alios, quos citat in *Manuali c. 17 n. 218.*

16 Altera exceptio est in re per socerum pignori obligata genero, in securitatem dotis numerandæ (ita enim legendum est in textu mox allegando, non etiam, *numerata*, cum hæc non desideret securitatem) ex qua perceptos interea fructus non cogitur gener in sortem computare; sed sibi servat nec acceptâ dote restituit, *c. Salubriter 16.* ※ *hoc tit.* Quæ res non pateretur difficultatem, si res frugiferæ in dotem forent promissæ, tunc enim fructus pignoris viderentur percepti in compensationem fructuum rei promissæ in dotem, & non solutæ: Verùm cùm *d. c. 16.* non agat de re frugifera promissa; sed de quantitate, ut patet ex verbo, *numeranda*, super decisionis illius ratione dubitatur. • Aliqui eam ponunt in favore do-

17 tis, quæ multa specialia continet: sed obstat *d. cap. 4. hoc tit.* Ubi ne quidem pia caussa facit Usuras licitas Alii in conventione: sed nec ea potest salvare labem; cùm malitiam rei non alteret voluntas partium Rectiùs alii totam vim ponunt in interesse damni emergentis, quod sentit maritus sustinendo onera matrimonii, dote promissâ non recepta, in cujus compensationem fructibus prædii oppignorati, donec dos solvatur, utitur maritus, non computando eos in sortem. Ut dicendum sit aliquam subesse specialitatem hac in parte ex caussa dotis, eamq; consistere in subintellecto pacto liberali percipiendi fructus, non tam ex dotis favore, quã causa emergentis damni vel loco satisfactionis pro oneribus matrimonii. Quò facit ratio Pontificis in *d. c. 16.* quod fructus dotis frequẽter non sufficiat oneribus matrimonii; uti marito non sustinente onera matrimonii, non sit caussa salvans istam decisionẽ. Videatur Covar. *3 Var. 1. num. 3.* Navar. *de restitut. lib 2. cap. 3. num. 354. & seq.* Panorm. *in d. c. Salubriter.* Castren. *in lib. In insulam 42. §. usuras inf. Soluto matrim.* Extra illas duas exceptiones acceptum ultra sortem, ratione dilatæ solutionis labe non non caret.

18 Ubi quæsitum, An rectè maritus testamento caveat, ut, donec uxori viduæ dos restituatur, aliquid annuum ei præstetur? Si jus civile inspicias res ista est extra dubium, *l. 3. § fin. inf. de annuis leg.* De jure Canonico non videtur procedere, quod secundum plerosque sapiat labem usurariam ex eò, quòd ratione dilatæ solutionis capiatur lucrum sorte salvâ: nisi respexerit testator vero simile interesse, ratione damni emergentis vel lucri cessantis Covar. *d. c. 1. nu. 9.* Et hoc ita, si dos consistat in quantitate: nam si aliis in rebus hujusmodi pœna per testatorem causâ dilationis addita videtur sustinenda, secundum dicta superius. Latè Fachin. *lib. 6. capit. 72.* Binsfel. *ad c Super eo 4. quæst. 2.* ※ *hoc tit.* Menoch. *Conf 441. l. 5.*

19 Quæri & hic posset, an emptio annui censûs sive reditus sit extra vitium usuræ? Verbum istud, Census à Censendo, id est, æstimando dictum, est variæ significationis. Hic capitur pro legitimè constituto jure recipiendæ annuæ pensionis ex re vel obligatione aliena. Alius est realis, qui rebus, vel prædiis est impositus ex iisque obligatis debetur: alius personalis, qui in sola obligatione personali consistit sine hypotheca. Ille vel est fundarius, quando dominus fundum suum in alium transtulit, eâ Lege, ut ex eodem reciperet annuam pensionem, quæ salarii nomine venit, *l Etiam 15. sup Qui pot. in pig. hab.* ex eo, quod pro solo pendatur, *l. 2. §. Si quis nemine inf. Ne quid in loco publ.* vel est constitutus, quem quis fundo, vel rebus suis imposuit, ut est etiamnum hodie frequens.

20 Quantùm ad realem reditum, etsi fuerint, qui illum non esse liberum ab usura contenderint, quos citat Covar. *3 Var. Resol. c. 7. nu. 3.* ex eo quod occasione pecuniæ detur annua pensio, quæ res videtur non esse extra usuram, quia pecunia non fructificet: certũ tamen est esse extra omnẽ labem, cùm Martinus V. & Calixtus III. eum permiserint *in Extravag 1. & 2. h. tit.* ut à labe usuraria alienum: siquidem usura tantùm in mutuo consistat, in quo creditori competit repetitio, & condictio sortis suæ pro lubitu; cùm è contra census hujus sive reditus creditori ad sortem à se numeratam condicendam nulla competat actio; sed tantùm jus percipiendi annui reditus, quod est loco mercis venditæ, & pretio cõsiderabile, cujus nomine

nomine sors ipsa tamquam ejus pretium soluta, Deinde potest quis talem obligationem super rebus suis alteri constituere donando, quidni & vendendo? Ut plerique auctoris reditus super re immobili constitutionem non tam improbent, quam approbent. Covarr. *d. loco* & alii.

21 Nihil movere debet, quod ultra sortem recipiantur pensiones, quæ ipsam tandem vel exæquent, vel etiam excedant: nam non recipiuntur nomine sortis, ut in usuris; sed nomine acquisiti juris. Nec æstimandum, quòd per multiplicatas pensionum solutiones contingat pretium datum excedi; cum & fructus ex empto prædio percepti ipsum longè excedant, nec tamen ideo damnentur prædiorum emptiones. Et hoc sive census sit redimibilis, sive irredimibilis, quæ res nihil mutat, cùm gravamen pretio cōpensetur, sive reditus in pecunia sit sol vendus, sive in fructibus, uti oleo, frumento aut aliis. Vid. Less. *De just. & jure lib. 2. cap. 22. dub. 2* Fachin. *lib. 8 cap. 2.*

22 Major quæstio est, An reditus sive census personalis sit licitus? videtur non paucis illicitus, inter quos est Navar. *de usuris n. 81* alios plures citans, variis in eam partem adductis argumentis. Primò, quòd, cum pecunia sit sterilis, nullumque sui præbeat fructum, id quod venit annuè præstandum, non possit dici nisi lucrum ultra sortem, quæ salva manet creditori, atque ita implicitum lucrum ex mutuo. Secundò quod Martinus, & Calixtus PP. approbarint solos reditus reales, super fundis scilicet constitutos. Tertiò quod Pius V. anno 1562. damnaverit personales reditus, qui sine hypotheca in sola obligatione

23 personali consistunt. • Verum usus etiam merè personalem reditum passim recepit, & probabile est nihil magis vitii in se continere hunc, quàm illum priorem; cùm & in isto principalis obligatio ponatur in persona, accessoria autem sit realis, in securiorem solutionē. Quod patet ex eo, quòd re supposita pignori destructa aut extinctâ, nihilominus maneat obligata persona debitoris, qui cogi non potest exsolvere ipsam summam principalem, ut expressè habent dictæ Extravagantes, in quibus PP. satis fatentur, jus ad reditum manere, quod non potest esse nisi personale, extinctâ utique re, super qua positū. Atque ita Soto *de just. & jure lib. 6. q. 5. art. 1.* Conrad. *de contract. q. 74. & seq* Covar. alios citans 3. *Var. Resol. c. 7. num. 5.*

24 Non obstat primum argumentum; quia non intenditur lucrum ex mutuo, sed tantum jus pensionis, non secus atque in reali. Et licet lucrum per frequentes pensiones excedere possit ipsam sortem, etiam sorte salvâ; hoc tamen potiùs jure emptionis, quam mutui ratione; cùm ad sortem nec sit actio emptori, nec repetitio, uti est in mutuo.

25 Nihil faciunt Extravagantes Martini, & Calixti, quæ approbant quidem reditus reales, non tamen dicendæ ideo personales improbare; cum Pontifices isti de facto consulti decidant tantùm id, quod erat propositum. Denique Constitutio Pii V. damnat quidem reditus merè personales; ex recepta tamen sententia non obligat extra terras Pontificii patrimonii, sive quia non est extra eas promulgata, & recepta, sive quia, quatenus merè personales damnat, magis civili quâdam ratione procedat, quàm divina, ac naturali, ut Principes sæculares, eorumq; subditos nō liget. Ut autem liciti sint super persona tantùm constituti reditus, est tamen cavendum emptori, qui se periculo exponit perdendi summam principalem, quòd facile sit, personam obligatam ejusve hæredem fieri non solvendo. Hæc quoad censum personalem perpetuum.

26 Est & census, qui ad incertum tempus imponitur, ut quoad vixerit emptor, quem vitalem, vel vitalitium vocant; de quo dubitari posset, an sit licitus; Videtur hic contractus justior cæteris, propter incertitudinem lucri, *arg. l. Si eâ lege C. h. t.* ut si lucrum contingat sortem datam excedere in duplum, triplum & ultra, hoc tantum casui sit imputandum & attribuendum; cum è contra contingere possit, & contingat ut præmaturâ morte emptoris ipsa sors tota vel bona ejus pars resideat apud venditorem: ut incertitudo ista faciat nihil illiciti continere ejusmodi contractum, Covar. *d. cap. 7. n. 3. versic item & hac.* Navar. *de usuris nu. 71.* Sit tamen pretium commensuratum juxta spem probabilem vitæ, aliarumque circumstantiarum; nam aliter statuendum super puero robusto, aliter super sene.

Quid si census constituatur ad certum tempus? Videtur ejusmodi constitutio non esse immunis à labe usuraria; cum salva actione sortis, lucrum ultra eam contingat emptori non sine labe; nisi excuset lucrum cessans, vel probabile periculum, cujus nomine pensio datur. Quod si sors non sit salva, & repeti non possit, sed tantùm pensiones ad aliquot annos sint præstandæ, illæ junctæ sortem non excedant, nihil vitii talis contractus continebit. Sin excedant, videtur quidem abesse vitium usuræ quod est circa mutuum, in quo est salva condictio sortis, quæ hic cessat; non tamen omnino abest vitium, propterea quod

ultra sortem lucrum resideat penes emptorem, propter multiplicatas pensiones, summam mutuò datam excedentes: nisi lucrum cessans, aut damnum emergens, vel probabiles expensæ futuræ, aut aliud periculum excuset accipientem. Covarr. *d. loco num.* 4. Hæc ita, quatenus justo pretio census emitur: quod majus est in perpetuo, quàm temporali, id est ad vitam; majus etiam in irredimibili, quam redimibili, cum gravius onus, quod imponitur venditori per censum perpetuum, cumque irredimibilem, graviùs sit luendum, qua in re attēdendæ locorum consuetudines. Vid. Gail. 2. *Obser.* 7. Fachin. *lib.* 2. *Contr. cap.* 43. Less. *d. cap.* 22. *dub.* 14.

Jure itaque civili usurarum exactio permissa, aut saltem tolerata, non tamen ultra legitimum, & præscriptum modum, *l. Eos* 25. *C. hoc tit.* Imputandæ enim forent in sortem, vel debitori restituendæ, *l. in sortem.* 26. *sup. de condict. indeb.*

27 * Hinc usuræ usurarū hoc jure omnino prohibitæ, *l. fin. Cod. hoc tit.* qui modus anatocismus dicitur, quoties usura sorti conjuncta alias usuras parit, ut in *l. Qui negotiationem* 58. §. 1. & §. *fin. inf. De admin. tutur.* quod grave debitoribus. Solutas tamen usuras in sortem redigere non videtur prohibitum, *d. l. fin.* cùm nova sors constituatur.

28 Exiguntur usuræ non nisi ex conventione, eaque, aut nudâ, aut stipulatione firmatâ, & ex mora: ex nudo pacto debentur in bonæ fidei judiciis; quatenus tamen pactum in continenti contractui est adjectum; quia tale inest ipsi contractui, *l.* 7. §. *quinimò sup. de pactis.* Sic in deposito ea de causâ præstandas usuras responsum, in *l. & Lucius* 24. *sup. Depositi*; in emptione venditione in *l.* 5. *C. De pactis inter emp. & vend.* in locatione conductione, *l. Cum quidam* 17. §. *ex locato h. t.* Idem non operatur pactum ex intervallo adjectum; quod contractui non insit; ut maneat in terminis nudi pacti, ex quo non datur actio, *d.* §. *quinimo,* quamvis ad exceptionem prosit.

29 * In strictis judiciis, sive cōtractibus stricti juris usurarum exactio sine effectu est, nisi stipulatione sint promissæ, *l. Idmque* 10. §. *si quis Titio sup. Mandati*, *l. Titius* 14. *sup. De præscript. verbis*, *l.* 1. & 3. *Cod. hoc tit.* ex ratione modò dicta.

30 Sed dubitatum hic, An & per litis contestationem inducatur obligatio usurarum? Aliquorum est opinio, & inter alias Costalii in *l. Videamus* 28. *hoc tit.* Movetur primò, responso Ulpiani in *l. Usura* 34. *hoc tit.* quòd habet, usuras rationem fructuum obtinere, & merito non debere à fructibus separari. Debentur autem fructus in strictis judiciis continuò à lite contestata. Secundò, per *l. Lite* 35. *hoc tit.* ubi dicitur lite contestatâ usuras currere. Verius usuras post & propter litem contestatam in strictis judiciis non deberi aliter, quàm stipulatione promissas *l.* 3. *Cod. h. t.* Adeò ut nec pactum nudum, nec alia conventio regulariter sufficiat, etiam in continenti contractui subjecta: stricta enim judicia strictam interpretationem recipiunt, nec per pacta adjecta licet in continenti informantur, ut dictum supra de pactis. Deinde obligationem usurarum, debitoribus duram, sine magna caussa veteres admittēdam non censuerunt, Duar. *tit. de usur. cap.* 2. Dixi, regulariter;

31 * nam volunt exceptas res fungibiles mutuò datas, in quibus ex pacto nudo videtur deberi usuræ, *l. Frumenti* 12. & *l. Olei* 23. *Cod. hoc tit.* Rationem ponunt in certo earum pretio mutationi obnoxio, ut exinde damnum creditori facilè contingere possit. Excipiunt etiam pecunias creditas à civitate, *l. Etiam* 30. *hoc tit.* quod civitatum nomine multa recepta sint singularia, *l. Civitas sup. De reb. cred.* Duar. *d. cap* 2.

32 Nihil obstat receptæ sententiæ dicta *l.* 34 nam quod ibi dicitur, usuras obtinere vim fructuum, qui post litem contestatam veniunt, verum tantum videtur in contractibus bonæ fidei, & judiciis, quæ iis comparantur, uti legatis, fidei commissis, de quibus *d. l.* 34. In quibus ut ex mora debentur fructus, ita & usuræ; mora autem committitur post litem contestatam. Verum obstat *l.* 3. §. 1. *hoc tit.* Ubi non tantùm in bonæ fidei judiciis omnis caussa dicitur post litem contestatam præstanda, sed & in aliis. Dicendum tamen Jurisconsultum ibi agere de causa, quo nomine non continentur usuræ, ut patet ex Rubr. Nec etiam veniunt nomine fructuum, qui id denotant, quod ex ipso corpore est: cum usuræ ex nova obligatione præstentur, *l. Usura* 121. *inf. De V. S.*

33 Nihil etiam obstat *d. l. Lite* 35. Cùm non sit mens J. C. ibi adserere, lite contestatâ, aut post litem contestatam usuras deberi, aut venire de novo, sed currere. Quod nihil aliud significat, quam constitutam semel modo legitimo usurarū obligationem non sisti, vel perimi per litem contestatam; sed perseverare nihilominus, & currere. Quod idem expressis verbis rescriptum in *l.* 1. *Cod. de judic.* Et ita verbum *Currere* à J. C. usurpari solet, uti in *l. In judicium* 26. *inf. de excep. rei ju-*

tat ju lic & alibi. Dubitandi caussam dedit, quod in judiciis quasi contrahatur, *l. 4. §. idem scribit inf. De pecul.* ut possit videri prior obligatio novata, *l. Aliam 29. inf. de novat.* Novatio autem ut principalem obligationem extinguit, ita facit non stare accessoriam, nisi repetitam, *l. Novatione 18. inf. De novat.* Verùm ut hoc ipsum obtineat in novatione voluntaria, de qua *d. l. 18.* non tamen & in necessaria, inducta per litis contestationem, propter defectum voluntatis: ut rectè dicat J. C. lite contestatâ currere usuras, id est, non sisti aut perimi, secundùm *d. l 1.* Duar. *d. cap. 2.* Et hæc solutio ad *d. l. 53.* facilis est, & tollit difficultatem. Unum addendum ad *d. l. 34.* in ea non loqui generaliter Jurisconsultum: sed tantùm de persecutione fidei commissi, & aliarum actionum bonæ fidei, in quibus usuræ à fructibus non separandæ, ut rectè tradit Cujac. *18. Observ. cap. 3. & idem repetit. ad l. 3. h. t.*

34 Verior itaque ea sententia, quæ docet, in strictis judiciis non nisi per stipulationem promissas exigi posse usuras, etsi solutæ etiam ex pacto non condicantur, *d. l. 3. hoc tit.* quia pactum nudum ponit naturalem obligationem (& sic verum debitum) si non ad actionem, ad exceptionem tamen proficientem, & condictionem impedientem; adeo ut ne quidem debitori sint in sortem imputandæ, *d. l. 3.*

35 De pignore dato aliquod hic dubium, An propter usuras ejus sit retentio? Volunt hoc aliqui, quasi hoc ipso, quo datur pignus, fiat conventio de eo retinendo, ratione usurarum. Verum nulla id ipsum auctoritate adserunt; cùm passim requiratur, vel stipulatio ad exactionem, vel saltem nuda conventio ad retentionem, *l. 4. Cod. hoc tit.* ubi per retentionem pignoris usuræ servantur, de quibus præstandis convenit, etiam sine stipulatione. Idem habet *l. Pignoribus 22. C. hoc tit.* & *l. Solu um 11. §. si in sortem sup. De pign. act.* ubi nisi pignus etiam in usuras sit obligatum, non est ejus retentio. Videatur Cujac. *15. Observat. cap. 22.*

Usurarum itaque in strictis judiciis ex stipulatione adjecta est exactio, aut ex nudo pacto retentio, quæ est loco exceptionis, quam dat pactum nudum. Si tamen certus sit earum modus, nam aliàs nullius erit momenti conventio, quam incertitudo vitiat *l. Quando 31. & l. Tutor. 41. §. fin. hoc tit.*

36 Dubitatio hic una est, An usuræ ex pacto nudo ad tempus præstitæ, in posterum sint præstandæ? Non videtur, *l. Si certis 28. C. De pactis*, ubi solutio promissi ex nudo pacto per certos annos non obligat solventem ulterius, quòd consensu libero præstitum obligationem non inducat, *leg. 7. Cod. hoc tit.* Neque enim certorum annorum præstatio sufficit ad inducendam perpetuam obligationem.

37 Obstare videtur *l. 1. Cod De fideicom.* ubi alimenta ab hærede in triennium præstita, in futurum dicuntur præstanda. Verùm ejus rescripti vis non ponitur in nuda præstatione, quæ nudum tantùm pactum continet, non efficax ad continuandam obligationem, *d. l. 28.* & *d. l. 7.* sed in approbatione, sive ratihabitione voluntatis defuncti, quæ colligitur ex iterata tertio alimentorum menstruorum præstatione, secundum defuncti voluntatem per hoc agnitam, vel dubiam explicatam.

Objicitur & *l. 6. hoc tit.* ubi longo tempore præstitæ usuræ, sunt in posterum præstandæ, verùm nec ibi ex pacto nudo solutio facta; sed tanquam ex obligatione, quæ præsumitur agnita, vel subesse ex præstatione, Cujac. *ad d. l. 1.* Covar. *ad c. Possessor p. 2. §. 4. & 1. Var. Resol. c. 17.* Donel. *ad d. l. 7.* Costal. *ad d. l. 6.*

38 Tempus immemoriale, cùm sit loco constituti *l. Hoc jure §. ductus aqua inf. De aq. plu. arcen.* firmat præstationem usurarum. Eo contra facile est, ut illi exceptio obstet, cui majores etiam promissæ, minores autem per multos annos solutæ; quia facilis est remissio, *l. Qui semisses 11. in pr. h. t.*

39 Ex mora debentur usuræ in bonæ fidei judiciis, *l. 1. Cod. act. empti & l. 2. C. hoc tit.* Idem obtinet in legatorum, & fidei commissorum persecutione *l. 3. hoc tit.* nam quamvis actio, quâ legatū, vel fideicommissum petitur, non sit bonæ fidei, comparantur tamen eatenus legata & fidei commissa judiciis bonæ fidei, *l. 3. in quib. caus. in integ restit. necess. non est*, ubi & in minorum persona idem responsum. Idem obtinet & in aliis quibusdam, ut mox latiùs deducetur.

40 Altera Rubricæ pars est de fructibus, qui secundum Varronem à ferendo dicti designant propriè eos, qui naturaliter ex ipsa re nascuntur, uti poma, segetes, lac, lana, pilus, *l In pecudum 28. h. t.* quorum alii sunt naturales, suâ sponte provenientes, alii Industriales, qui hominum culturâ, & curâ egent, qua de re infra *tit. De acquir. rer. dom.* Partum ancillæ fructibus annumerari nolunt leges, quod absurdum videtur hominem in fructu esse, cujus gratiâ omnes Fructus natura comparavit, *d. l. in pecudum §. 1.* * Fructus restituendos esse

41 statim

Facit ad idem *l. fin. C. De jure emphyt.* In qua propter verbum singulare, quo utitur illa lex, sufficit una denuntiatio. Deinde facit, quod semel factus certior non sit amplius certiorandus, *cap. Eum qui De R I. in 6.*

48 Et hoc, quando agitur tantùm, ut habeatur simplex rei notitia, ut in casu præsenti. Obstare videtur, *d. l. 32. §. in fine*, Ubi omissâ repetendi debiti instantiâ non protinus per debitorem facta mora intelligitur. Sed dicendum ibi agi de denuntiatione facta servo non sufficienti, ex eo, quod debitor postea fecerit sui copiam, & à creditore interpellatus non fuerit, cui proinde omissio iteratæ denuntiationis obstat, quòd potuerit servus negligens domino non denuntiasse. Quò facit *lex item 20. §. petitum sup. De pet. hered.* Ubi non sufficit procuratori denuntiatum esse, nisi is certioraverit dominum, Menoch. *d. loco* & Cujac. *ad Africanum tract. 8. ad l. Cum patrifam. 27. hoc tit.*

49 Et hoc ita in obligationibus purè sine die, aut conditione initis; nam de ea, quæ diem habet, quæstio est, An requiratur interpellatio post diei lapsum, an verò solus lapsus sufficiat? Prius videri potest ex eo, quòd debitoris gratiâ adjectum sit tempus stipulationibus, *l. Cùm tempus 17. in fine De R. I.* Quod & affirmare videtur Ulp. in *l. Stipulatio 38. §. inter, & leg. Eum qui Kalendis 40. §. 1. in fine inf. De V. O.* Et facit, quòd alias, si poneretur hoc ipso in mora, adjectio temporis non tam operaretur favorem debitoris, quam odium, qui fortè non cogitans in mora suo creditori poneretur. His tamen non obstantibus, veriùs est, debitorem in mora poni per lapsum diei. Quæ sententia probatur per expressum textum in *l. Si fundum 114. inf. De oblig.* Ubi J. C. *Si fundum*, inquit, *certo die præstari stipuler, & per promissorem steterit, quo minùs ea die præstetur, consecuturum me, quanti mea intersit, moram factam non esse*, quæ non posset dici ibi facta, nisi lapsus diei interpellaret pro homine, qui frustrationem dicitur ponere in ipso debitore, *l. hominem 17. sup Mandati.* Expressè pro hac parte facit *l. Magnam 12. Cod. De Contrah & committ. stipulat.* quæ habet, debitorem poni in mora per lapsum diei interpellantis pro homine. Quod & rescriptum in 3. *Cod. In quib. caussis integr. restit. necess. non est.* ut ea res sit extra controversiam Facit ratio, quòd interpellatio ideo requiratur, ut sciat debitor velle creditorem sibi adjecto tempore solvi, cujus proinde lapsu redditur memor sui officii. Possent in eam rem plura exempla adduci, nisi res clara foret.

50 Nihi faciunt loca in contrarium adducta; quia quantum ad dilationem attinet solutionis, tempus intermedium respicit quidem favorem rei; non tamen ideo minus lapsus diei in mora constituit, qui propterea statutus ut sciret debitor sibi tum solvendum esse, qui favore dilationis usque ad eum diem usus erat. Menoch. *d. loco nu. 46.* Ant. Baet. *ad l. Vinum nu. 29. sup De reb. cred.*

Quæritur; An & conditionis eventus in mora statuat debitorem? R. negativè, quòd conditionis eventus tantùm purificet obligationem, hoc est, eam præsentem & puram faciat, ut proinde postea non minùs desideretur interpellatio ad effectum moræ, quàm desiderat pura ab initio obligatio, Bart. in *leg Quoties 59. De V. O.* Nec facit, quòd textus ibi comparet diem & conditionem; Nam hoc in eo tantùm, quòd ut ante diei eventum non rectè petitur, ita nec ante implementum conditionis, manente in alio diversitate, scilicet quod per adjectionem diei non impediatur obligationis ortus; sed tantùm differatur petitio, conditio verò etiam impediat obligationis ortum, ut colligitur ex dicendis inferiùs in materia conditionis.

51 Idem dicendum videtur de die incerto adjecto, cùm sit loco conditionis, *l. Dies 75 inf. De condit. & demonst.* faciatque obligationis ortum suspendi donec dies evenerit, *l. 1. §. dies inf. d. tit.* & *l. Si dies 21. in princ. inf. Quando dies legat. cedat.* Quod verum est, si talis sit dies, qui potest non evenire: nam si non possit non evenire, non potest esse loco conditionis, nec suspendet obligationem; ex qua tamen ante diem non agetur, licet solutum ante non repetatur, cùm verè debeatur, *l. Sub conditione 16. & 17. sup. de condict. indeb.* Baet. *d. loco nu 32. & seq.*

52 Dictum de die incerto procedit & in testamentis, *d l 75.* & in contractibus, *l. Sufficit 56, inf De condict. indeb.* quatenus potest non evenire. Nisi quòd in quibusdam casibus sit differentia inter contractus, & ultimas voluntates; uti quòad hæc verba, *Cum moriar*, quæ in istis habent vim conditionis, *d. l. 75* non etiam in his, in quibus continuò ponunt obligationem, *d. l. 17.* Cujus ratio est, quod in contractibus quis sibi, & hæredi prospiciat, ad quem conditionis spes transit; in testamentis verò esset talis provisio; cùm testator solus disponat, qui legatario tantum bene vult in casu, quo supervixit, non etiam hæredi. Cujac 13. *Obser. cap. 20.*

53 Dicta de usuris, & aliis ratione Moræ debitis, procedunt, si Mora purgata nō fuerit, vel si aliqua

non sit caussa excusans ipsum debitorem, ut quia ignorat petitorem esse hæredem creditoris, aut alia similis, secundum Menoch. *d. loco nu. 49. & seq.* Re integrâ mora potest purgari, *l. Mancipiorum 6 inf. De opt. leg.* Sic in obligationibus faciendi Moram ante litem contestatam purgari receptum, non etiam postea, *l. Si insulam 84. inf. De verb. oblig.* quòd faciat rem non esse integram. Diei adjectæ solutioni lapsus purgationem non admittit; sed continuò ad pœnam, vel usuras conventas dat jus principali ex mente contrahentium, *l. Celsus 13. in princ. sup. De recept. arbitr. l. Trajectitia 23. inf. De oblig. & actionib.* Jason. *ad l. Si ex legati. n. 11. inf. D. V. O* Cujac. *ad l. 84.* Excusationes tamen, uti dictum, admittuntur justis de caussis, ut habet *d. l. 13. §. 1.* Judici examinandis.

54 Notandum præterea, obligationem usurarum, vel pro parte, vel in totum extingui. Pro parte, quando debitor, qui majores erat stipulatus, aliquot annis minores accepit, intelligitur enim majoribus renuntiasse, *l. 5. C. h. t.* idq; vi taciti pacti. Nec facit quòd dictum supra, non induci usurarum obligationem ex eo, quòd annis aliquot sint præstitæ, & hujusmodi pactum, ex diuturna procedens præstatione, nec obligationem producere, nec actionem; quæ ab initio non fuit, constituere; Quia facilior est remissio obligationis, quàm inductio *l. 7. hoc tit.* In liberationem enim leges promptiores sunt. Quod & in civitate creditrice dicendum procedere, *d. l. 5. ubi* Cujac. Sic & retentio pignoris concessa pro minoribus usuris non tectè fit majoribus, de quibus ante actum, *l. 4. h. t.* nisi aliter conventum fuerit.

55 Quæstionis autem est, Quanto tempore fit opus ad hanc remissionem? Non malè videtur cum Azone sufficere triennium, *arg. l. 1. C. De fideicom.* Ubi triennium sufficit ad perpetuandam fideicommissi præstationem; ut multò magis sufficere debeat ad remissionem inducendam, per *d. l. 5. C. h. t.* quæ agit de certis annis, juncta *d. l. 1.* Quæ agit de multo tempore, quod interpretatur non minus triennio Sichard. *ad d. l. 5. numer. 4. per l. Quicumque Cod. De apoch. public. lib. 12.* Et hoc ita, quatenus minores datæ pro majoribus propter factum creditoris concurrens. Aliud dicendum videtur in remissione omnium usurarum, ad quam videtur opus decennio, *l. Cum quidam 17. §. 1. h. t.* Ubi longum tempus dicitur desiderari. Barbosa *ad l. Qua dotis 54. n. 47. & seqq. inf. soluto matrim.*

56 Extinguitur omnino usurarum obligatio per compensationem, pro rata debiti & crediti, ut traditum supra de compensationibus; quia extincta est sors principalis, ut etiam cessare debeat exactio usurarum, scilicet accessoria, & sui lata cum principali, *l. Qui per collusionem 49. in fine sup. De actionib. empti.* Etsi enim officio judicis veniant; illud tamen non subservit nisi actioni, quia est mercenarium, ut actione sublatâ nihil sit, circa quod versetur.

57 Idem est si principalis actio sit sublata præscriptione, *l. Eos, C. h. tit.* Item si per sententiam judicis actio sit finita, *l. 4. Cod. depositi.* Cessat enim officium judicis dictâ sententiâ, *l. Iudex 55, inf. De re judic.* cum non sint duæ actiones, altera sortis, altera usurarum, sed una tantum, quâ per sententiam sublatâ, repellitur per exceptionem creditor, postea petens usuras, *d. l. 4.* Et ita in actionibus istis, in quibus usurarum obligatio est accessoria; non etiam in quibus usuræ principaliter debentur per stipulationem, ut diversam constituant actionem à principali, super qua finito judicio non potest censeri finita usurarum petitio, *l. 1. C. de judic.* Multò minus tolli per novationem, quæ inducitur per litis contestationem, patet ex dictis, quòd illa, utpote necessaria, non novet principalem obligationem, nec ejus accessoria tollat. Per quam nec tolluntur illa, quæ ex officio judicis veniunt, quod non cessat nisi absoluto judicio; absolvitur autem demum per sententiam definitivam.

58 Facit & oblatio rei debitæ impediri moram cessare cursum usurarum. Ad cujus pleniorem intellectum sciendum, oblationem aliam esse verbalem, quâ quis verbo se paratum indicat debitum solvere: aliam realem, eamque duplicem, unam, quâ quis pecuniam realiter offert, non autem deponit consignatam; alteram, qua quis realiter offert, & de præsenti, eamq; non acceptam, consignatam deponit.

59 Verbalis non magnum operatur effectum quòad usuras, imò nullum, nisi fiat in judicio, *l. Si rei 9 § fin. sup. De pign. act.* quia facta in judicio majoris sunt momenti. Volunt tamen si necdum inceperint currere usuræ, per nudam oblationem sisti earum cursum, *l. Si per te C. h. t.* quòd non steterit tam per debitorem, quàm per creditorem. Sed lex illa loquitur magis de oblatione reali citra depositionem, quàm verbali, ut ex ipso textu apparet.

60 An autem realis oblatio ab usuris liberet, disputatum, Cujac. 8. *ad African. ad l. Si soluturus 39. inf. De solut.* distinguit inter usuras debitas ex sola mora, utiin judiciis bonæ fidei; & debitas ex stipulatione, quòd scilicet ab istis liberatio contingat

solâ

solâ reali obligatione, non etiam ab his. Prius videtur probare *l. Qui Romæ 122. Seia inf. De V.O.* Ubi qui non cessavit pecuniam ex officio tutelæ debitam offerre, in mora non fuit, nec tenetur ad usuras: & *l. 2 C. h. t.* Ubi ut usuræ sistantur, requiritur oblatio pecuniæ per emptorem. Posterius probat *l. Si creditrici. l. Acceptam 19. C. eod.* Ubi ut usuræ per stipulationem promissæ sistantur, requiritur oblatio cum depositione. Ratio differentiæ est, quod illo casu tantùm debeantur ratione moræ, quæ cùm purgetur per realem oblationem, nô est ratio, quare exigantur usuræ, *l. Interdum 73. in fine inf. De V.O.* In hoc verò debeantur ratione usus pecuniæ, & stipulationis: ut, cum usus pecuniæ maneat penes debitorem, & subsistat stipulatio, veniant præstandæ usuræ. Nisi tamen non steterit per debitorem, quò minùs debitum offerat, ut quia illiquidum, aut quia creditor non compareт, aut ei solvi non potest, quia pupillus fortè, tunc enim citra oblationem sistuntur usuræ *l. Cum quidam 7 §. si pupillo h. t.* Verum cùm & per stipulationem promissæ usuræ non alias debeantur, & exigantur, quàm ratione moræ, nô obstante istâ Cujacii distinctione, volunt alii indistinctè ad impediendam moram, & sistendas eo nomine usuras, nô sufficere solam oblationem realem; sed requiri conjunctam obsignationem, & depositionem, per *d. l. 6.* quæ dicit usuras ex eo tempore, quo oblatum & obsignatum debitum, non deberi: & *d. l. 19.* quæ idem vult, ad sistendum cursum usurarum. Idem etiam volunt 3. *C. De luit pignor. & l. fin. C. De pactis pignor.* quæ requirût depositionem. Nec facit, quòd istis locis non tantum agatur de usurarum liberatione; sed & de ipsius pignoris; Nam *d. l. 6.* nullâ factâ mentione pignoris, requirit tamen obsignata deponatur. Ratio est plana, nam cum debeantur usuræ ratione usus pecuniæ, *l. Socium 60, in princ. sup. pro socio*, hoc sublato per depositionem tamquam caussam, cessare etiam debet usurarum cursus, ut ejus effectus; non depositis autem pecuniis non cessat usus. Videatur Donel. *ad d. §. Seia*, Barbosa *ad l. Si mora 10. p. 2. n. 79. inf. Soluto matrim.*

61 Inducit & oblatio ista omnimodam debiti liberationem, adeò ut periculum ad creditorem transeat. Cui imputandum, quòd non acceptaverit debitum oblatum, modò totum opportuno loco, & tempore fuerit oblatum, nec sit caussa, ob quam recuset creditor oblatum recipere, *d. l. Si solutorum 39. inf. De solut.* modo etiam pecunia obsignata deposita maneat; nam si per debitorem repetatur, habebitur acsi non fuisset deposita.

62 Quæritur hic, an ut obsignati debiti depositio effectum habeat, sufficiat eam fieri propriâ auctoritate? requirunt aliqui mandatum, & auctoritatem judicis competentis, per *d. l. 19.* in verbis, *vel ubi competens judex.* Verùm cùm iste textus loquatur in casu, quo depositio fit post litem contestatam, dicendum ante litem contestatam rectè fieri propriâ auctoritate, ut plura loca probant, *l. 9. C. h. t. l. 9 Cod. De solution. l. 2. Cod. De jure emphyt. in fine.* Ubi tantùm requiritur, obsignatum debitum secundum legem deponatur loco scilicet tuto, & in sacculo clauso sigilloque obsignato, juxta *l. fin. sup. De l. commiss.* Barbosa *d. loco nu. 80.*

63 Patiuntur dicta de oblatione reali exceptionem in ultima voluntate, in qua oblatio realis citra depositionem operatur, ut indistinctè iterum non sit oblatio facienda, ad effectum parendi conditioni à testatore adjectæ; ex ratione, quòd per oblationem semel hæredi factam habeatur conditio pro impleta; quia stat per eum, in cujus personâ implenda quò minùs impleatur, *l. Iure civili 24. inf. De condit. & demonst.*

ADDITAMENTA.

Ad lib. 22. ff. tit. 1. De Usuris & fructibus, causis & omnibus accessionibus & mora.

Ad n. 1. 2. 3. 4. 5. & seq. DE Usuris licitis & illicitis hactenus multi multa scripserunt: qui tamen omnes consideratis & pensatis hujus rei circumstantiis, in hoc côveniunt, quod divi Imperatores, habito respectu ad commercia hominum, quibus in hac societate humana carere non possumus, & quæ absq; pecuniis paratis exerceri nequeût, ut & in egentium subsidiû, majoris mali evitandi caussâ, côcesserint, usuras, pro mutuo non tâ in stipulatû deduci, quàm rectè exigi posse: restringêdo tamen sese, ad certû usurarû modû: hinc in Imp. Rom. Germ. permissû est, quinq; annua pro singulis centenis accipere, vulgò

vulgò von Hundert Gülden Haupt Gut / jährlichen 5. Gülden Abzinß oder Interesse zunehmen. *Rulant. de commiss. part. 4. lib. 6. cap. 6. num. 13.* R. A. *de anno* 1500. 1519. 1548. 1577. *tit.* von Wucherlichen Contracten / *&c.* & R. A. zu Regensp. *de anno* 1654. §. a reichend / *&c.* Idque etiam in emptione redituum annuorum servatur. *Coler. de process. executiv. part. 1. cap. 10. num. 74. 82. & seqq. Wes. consil. 14. num. 43. & consil. 50. numer. 34.* Si igitur ultra has publicâ lege concessas quincunces usuras, aliquid promissum fuerit, non debetur. *Carpzov. part. 2. constit. 30. defin. 1. num. 15.* quamquam inter mercatores, consuetudine quorundam locorum, usuræ besses, id est octo pro centum, tolerentur. *modo dict. Auth. cit. loc. defin. 2. numer. 4.* In annuis reditibus autem, quando emptio illorum excedit justam pensionem, puta quincunces, hoc est si ultra quinque, in singula centena, annuatim aliquid accipiatur, tunc illud quod excedit justam pensionem, rejicitur, & fit reductio, ad legitimum modum usurarum. *Gail. 2. obs. 5. numer 10.* Præter hæc tamen & hæc meminisse oportet, propter illicitam usurarum stipulationem, sortem principalem non amitti, quia hoc pactum illicitum non vitiat contractum, aliàs per se licitum, sed vitiatur, & pro non adjecto habetur. Gail. *prox. cit. loc. numer 7. Mynf. c. 15. num 2. Web. in obs. Pract. verb.* Zinß *pag.* 716. Etsi etiam Usuræ, si sortem æquaverint, de Jure Civili, desinant deberi. Treutl. *vol 2. disp. 5 th fin. lit. d.* Tamen hoc ex probabili legitimarum usurarum ratione non attenditur: sed quamdiu durat mutuum, tamdiu præstantur usuræ & pensiones, etiamsi ad centum, vel mille annos duraret obligatio. Frider. Mindon. *lib. 2. de Mandat. c. 37. in fin.* Berlich. *part. 2. const. 38. n. 3. 36. 37.*

Ad hæc, si inter partes conventum fuerit, de præstandis usuris quincuncibus, quæritur, si creditor majus interesse probare possit, an debitor ad illud solvendum sit condemnandus? quod affirmatur per illa quæ habet *Coler. part. 1. cap. 10. nu* 101. & 102. & Carpzov. *pag. 2. const. 30. defin. 10.* Quando creditor probat se ob defectum pecuniæ, quam debitor justo tempore non solvit, coactum fuisse vendere lares paternos, vel prædia, vel aliunde, sub usuris pecuniam mutuò accipere, in hoc casu unà cum sorte omne interesse petere potest: sec. Berlich. *p. 1. concl. 66. num* 10. Quomodo autem interesse lucri cessantis & damni emergentis probari debeat vid. *Coler. in process. exec. pag. 1. capit. 10. num. 101. &* Gail. *2. obs. 6. num. 4. & 5.* Berlich. *pag. 2. concl 38. num. 32. ibique alleg.* Carpzov. *p 2. const. 30. def. 10. num fin.*

Fidejussor, pecuniâ destitutus, si aliunde mutuum accipit, sub gravioribus usuris, quàm hactenus mentionata patriæ nostræ consuetudo permittit, eamque pecuniam mutuò acceptam creditori incessabiliter instanti solvit, eas usuras à debitore repetere potest, & ad illas consequendas, executio contra debitorem ei concedenda est, per fundamenta Juris fortissima, quæ collegit Dan. Moller. *lib. 2. Semestr. cap. 40. per tot.* Non obstantibus illis, quæ contra hanc sententiam allegat & adducit Carpzov. *p rt. 2. concl. 30. defin 16. &* Berlich. *part. 2. conclus. 38. n. 27. 28.*

Ad n. 27. An ut usuras usurarum, ita & interesse alterius interesse exigere prohibitum sit? *vid.* Berlich. *part. 2. concl. 38. num. 33.* Carpzov. *part. 2. constit. 30. def. 29. n. 3.* Menoch. *de arbi. r. iudic. quæst. lib. 2. cent. 2. Cas. 119. num. 17. & seq.*

Usuras usurarum solvit tutor de pecunia pupillari, non autem alius debitor extraneus. Carpz. *prox. cit. loc. def. 30.* Wes. *part. 2. Consil. 72. n. 12.* Molin. *de Usur. q. 77. n. 601.*

Ad n. 45. Ut quis in mora constituatur, non sufficit debitum, sed oportet, ut illud quod debetur, sit liquidum, in illiquido enim debito mora contrahi & committi non potest, *Dd. ad l. acceptam C. h. t.* Gail. *2. obs. 19. nu. 8.* Tiraq. *de retract. concl. 9 §. 1. & 2.*

Ad n. 49. Regula, quod dies solutionis interpellet pro homine, inter cætera singulariter limitatur non obtinere, nec diem solutionis faciendæ in certo loco debitorem constituere in mora, quando creditor & debitor sunt diversi fori, nec accessit ea die creditor ad locum destinatum solutioni, ut reciperet. Mynf. *cent. 3. obs. 95. n. 3.*

Ad n. 53. Quando à lege vel statuto certum tempus præfigitur, eo lapso, non admittitur moræ purgatio, qui terminus legis est peremptorius. Gail. *2. obs. 19. num.* 11. (12.) Moræ purgatorium non habet locum, pœnâ & die expressâ. *ut hic: &* Carpzov. *p. 1. const. 16. def. 4. n. 6.* (3.) Si res non amplius est integra, h. e. quando alterius partis Jus fit deterius Carpzov. *part. 2. constit. 38. defin. 11. in fin.* vel aliàs Actoris cepit interesse. *modo dict. Auth. part. 1. const. 20. def. 21. num. 5. Adde* Tessaur. *dec. 212. &* Goedd. *ad l. 12. § 1. de V. S. num. 10.*

Ut a. mo-

Ut autem moræ purgatio post lapsum terminum admittatur, quæ requirantur? *vid. ap.* Carpzov. *part.*1.*constit.*32.*de fin.*5.*n* 3.*ibique alleg.* Tessaur.*decis* 77.

TITULUS II.

De nautico fœnere.

SUMMARIUM.

1. *Fœnus nauticum quid, & quando locum habeat.*
2. *Habet & locum in trajectitia pecunia per terras periculosas.*
3. *Fœnus hoc an probatum jure Canonico?*
4. *Intellectus* c. Naviganti fin. ⁒ De usuris.

1 NAuticum Fœnus, de quo hoc Tit. diversum à vulgaribus usuris, habet locum in maritima, & trajectitia pecun ia, uti nomen sonat. In hoc periculum sortis creditæ suscipit in se mutuans, *l.* 1. *Cod. hoc t.* hac le ;e, ut si merx trajicienda pereat, nihil veniat reddendum mutuanti; si verò salva ad locum destinatum transvehatur, tunc & ipsa sors reddatur cum convento augmento, *l.*1.*&* 2.*h t.l.fin.Cod.eod* tamquam periculi pretium, *l.* 5.*h.t.* Et hoc non tantùm si per stipulationem tale Fœnus sit promissum, verùm etsi per pactum nudum, *d.l.*5.*in fine, & l.*7.*hoc tit.* Extenditur etiam ad usuram centesimâ, idq; ratione periculi, quod tanto pretio æstimabile est, *l. Eos* 2.§1 *C.h.tit.*

2 Dicitur autem in *l.* 1. *h. t.* trajectitiam dici pecuniam, quòd trans mare vehatur, ut videri possit, non idem dicendum esse de suscepto periculo mutuatarum pecuniarum transvehendarum per terras periculosas: verùm rationis identitas, scilicet periculi, quod subest susceptio, idem vult statui, Bald. *in d. l.* 5. *h. t.* Castrens. *in l.*1 *Cod. eod.* Quæ res jure civili est certa & extra controversiā.

3 De jure Canonico dubitari poterat, propter *cap. Naviganti fin.* ⁒ *hoc tit.* Quo tamen non obstante, dicendum cum plerisque DD. isto jure ejusmodi Fœnus non posse dici improbatum esse; siquidem isto jure non damnetur lucrum ex mutuo receptum; nisi principaliter nomine mutui receptum sit, non etiam ratione damni accepti, vel lucri cessantis, vel respectu periculi suscepti pecuniâ æstimabilis, uti in casu *d.l.*5.*hoc tit.* nam tunc non tam ratione mutui quid capitur ultra sortem, quam nomine justi periculi. * Sed mo-

4 vētur aliqui in contrarium, per *d. c. fin.* cujus verba sunt: *Naviganti, vel eunti ad nundinas certā mutuans pecunia quantitatem, eò quòd in se suscipit periculū, aliquid accepturus ultra sortem, usurarius est censendus.* Variæ à variis adducuntur istius textus conciliationes in defensionem communis opinionis, optimâ ratione nixæ. Sunt qui culpent exscriptorum culpam, & volunt addi negativam, scilicet, *usurarius non est censendus*, propter subsequentia verba. Nam cùm ante posuisset Pont. casum à labe usuraria alienum, subjungit, *ille quoque &c.* quòd copula debeat copulare similes casus, non etiam cōtrarios. Ita Joan. Bernart. *De utilit. leg. hist. lib.*2. Quæ conciliatio subtilis quidē est, & posset videri verò proprior, sed divinatoria, Juris cōsulto minimè digna, cum omnes textus legant affirmativè. Alii man[us] dant, & secundùm textū istum ponunt in prædicto casu labē usurariam. Navarr, *ad d. c. Navigan.* alios citans, contra rationem jam dictā; cum pecunia, quæ datur, detur non tam ratione mutui principaliter, quàm ratione oneris, quod est æstimabile. Quomodo dicendum in *d. c.* Pontificem nō ponere labē usurariam in eo quòd aliquid ultra sortem capiatur, etiā nomine periculi; sed in eo, quòd creditor non aliàs mutuum dare voluerit transmarinum, quàm in se suscepto periculo: quæ res quia gravis debitori, ad ejus onus spectans, qui maluisset ipse subire periculū non ita præsens, ponit labem usurariam in creditore secūdùm Pont. qui nō vult quālibet periculi susceptione licitum fieri receptū ultra sortem, sed eâ tantū, quæ verè talis est, pecuniâ conventâ respondente periculo Covarr. 3. *Var. Res.c.*2.*n.*5. Jo. Lup[us] *add c. Naviganti* §.3.*n.*15. Vide & Fach. *l.*2.*c.*48. Binsfeld. *ad d c. Naviganti q.*1.

ADDITAMENTA.

Ad tit 2. *De Nautico fœnore.*

USura nautica adhuc hodie est in usu (Galli *asseurer* vocant) sunt enim singularia Collegia mercatorum, qui incidentia omnia pericula in se suscipiunt, tutamque & indemnem navem præstant, ab aqua, igne, tempestatibus, Amicis, inimicis, ab arrestis regum, à negligentia Nautarum, &c. Vid. *Historiam Amstelodamensem Pontani, lib.*4.*cap.*4.

TITVLVS III.

De Probationibus & Præsumptionibus.

SUMMARIUM.

1. *Probatio quid & quotuplex.*
2. *Circa quæ versetur, & in quibus.*
3. *Probatio cui incumbat.*
4. *Negantis factum nulla est probatio directa.*
5. *Probatio facienda lite contestatâ.*
6. *Probat actor, tum reus excipit.*
7. *Reus in probatione exceptionis deficiens an condemnandus?*
8. *Effectus plenæ probationis.*
9. *Probatio semiplena non facit fidem.*
10. *Probationes duæ semiplenæ junctæ an plenam fidem faciant.*
11. *Præsumptio quid?*
12. *Præsumptio alia juris, alia juris & de jure.*
13. *Præsumptio hominis quæ dicatur.*
14. *Præsumptio est instar probationis.*
15. *Præsumptio an admittat probationem in contrarium.*
16. *Confessio judicialis partis adversæ an æquivaleat præsumptioni juris & de jure.*
17. *Extra judicialis non æquivalet plenæ probationi.*
18. *Notorium an & quando prævaleat?*
19. *Præsumptio in foro conscientiæ non operatur.*
20. *Ex præsumptione an ferri sententia possit?*

CUm inanes sint actiones, de quibus hactenus, nisi indubitatâ probationis fide apud Judicem competĕtem de iis constet, quòd non probata habeantur, quasi non essent, non tam deficiente jure, quàm non patente, *l. Duo 30. inf. De testam. tut.* ideo hic subjungitur de Probationibus.

1 Probatio est rei dubiæ, vel non apertè per argumenta facta fides. Aliam ponunt Artificialem, ex ipsa caussâ adsumptam, & dicitur Insita. Cujus ordinis est præsumptio ex facti circumstantiis dimanans: aliam Inartificialem, quæ & Adsumpta dicitur, quòd extra caussam adsumatur, cujus ordinis sunt testes, tabulæ, & alia similia. Est alia Probatio plena, per quam fit judici tanta fides, ut plenè instructus, sententiam super eâ ferre possit; ut si res duobus testibus probetur fide dignis aut instrumentis publicis, vel aliis fidem merentibus, legitimis item indiciis, præsumptionibusve: alia Semiplena plenam fidem, vel certam caussam non ponens; sed opinionem potius, quàm fidem gignens; est tamen adminiculum aliquod Probationis, ne si res probetur per unum testem licet fide dignissimum, vel plures singulares, *de quibus tit. seq.* Ad probationem etiam olim referebantur probationum species, tam vulgarium, quàm Canonicarum; sed prius illud genus omninò cessare jussum, ut incertum, & non minùs execrandum, de quo ❡ *De purgat. vulgar.*

2 Versatur Probatio circa ea, quæ dubia sunt & quidem facti; nam ea plerumq; incerta & dubia. Illa, quæ juris sunt, cùm per se nota sint (etenim jura certa habentur) probanda minimè veniunt; nisi fortè juris esse negentur: quo modo consuetudo probanda dicitur, *capit. 1. De constitutionibu. in 6.* Et quidem in omnibus judiciis, in quibus aliquod factum vertitur, utimur Probationibus, tam civilibus, quàm criminalibus; hoc tamen discrimine, quod in criminalibus probationes: equirantur, luce meridianâ clariores, *l. fin. C. h. t.* quòd in his plerumque agatur de vita hominis, in quibus, nisi ita de objecto flagitio constet, ut vix etiam ipse ea, quæ commiserit, negare queat, facile judicandum non est, *l. qui sententiam 16. C. De pœnis.*

3 Incumbit verò Probatio alleganti, sive is sit actor, sive reus, *l. 1. & l. Verius 21. hoc tit. l. 1. Cod. eod.* Actorem regulariter tenet onus probandi; quòd ad judicium provocet, non etiam reum, nisi excipiendo actoris vices subeat (quòad exceptionem enim est loco actoris, *l. In exceptionibus 19. in princ. hoc tit.*) vel aliàs ex speciali caussâ onus probandi in eum lex rejiciat, ut in casu *l. Cum indebito hoc tit. & l. 6. inf. De donat. inter vir. & ux.* In communibus judiciis utrique incumbit Probatio; quia uterque agit & allegat; & si æquè probet, absolvitur reus, nisi actoris partem foveat favorabilis caussa, *capit. 3.* ❡ *hoc tit.* vel nisi alter probet antiquiorem possessionem, *c. Licet 9. eod.* Et communiter is superat, pro quo stat firmior probatio, *cap. 4. eod.*

4 Negans probatione non oneratur, quòd per rerum naturam factum negantis nulla sit probatio, *l. Actor. 23 Cod. hoc tit.* Negationis enim, ut non entis, nullæ sunt differentiæ, nullæ qualitates, nulla propria, secundùm quæ formatur Probatio, & ex quibus desumitur, *l. Adseveratio 10. De non numer. pecunia.* Nisi talis sit negatio, quæ includat affirmationem; ut in casu, *l. Si fili 8. h. t.* Ubi filius negans se sub patris esse potestate, probare

probare debet, quòd hoc ipso adferat se emancipatum: & in casu *c. Super 5.* ⁑ *De renunciat.* Ubi negans spontaneam renuntiationem, implicitè adierit coactam, & ad probandum admittitur. Similiter negativa juris probanda venit; ut si quis neget aliquem prohibitum specialiter lege, vel constitutione ab aliquo actu, uti procuratorem esse non posse, vel non ritè emancipatum, *l. 1. h. t.* Denique negativa coarctata loco, & tempore indirectam Probationem admittit; ut si quis arguatur homicidium, vel furtum Romæ certo die commisisse, ille autem neget se tunc Romæ fuisse, admittetur ad probandum, se ea die, vel hora in distanti loco fuisse *l. O. ima. vers. nisi C. De contrah. & commit. stipul* Menoch. *l. 2. Præsump. cap. 50.*

5 Facienda Probatio post litem contestatam: ante enim nihil est, super quo adhibeatur; cùm actor non tam petere, quam petere voluisse videatur: nisi valetudo, vel diuturna futura absentia testium aliud exigat, quâ de re ⁑ *Ut lite non contest.* Dilatoriæ quoq; exceptionis Probatio ante litis ingressum admittitur, quòd ante eum de illa constare debeat, qua de re infra *De exceptionib.*

In probando ordo servandus, Primò intentionem suam probat actor, id est caussam ex qua agit, tum reus in sua exceptione auditur, *l. 1. & l. Exceptionem Cod. h. t.* Deficiente actore in sua probatione, reus absolvitur, etiamsi nihil allegaverit, 6 *l. Qui accusare C. De edendo.* • Potest tamen actor ex novis Probationibus caussam redintegrare, si tantùm ab instantia reus sit absolutus; non etiam si definitivè ab ipsa caussa, *l. Argëtarius sup. De edendo:* caussam enim sopitam resuscitari non fert quies publica. Quod si reus fretus jure suo velit, non audito actore, suam exceptionem probare non est prohibendus, quòd cuilibet sit liberum juri suo renunciare, *l penult. Cod. De pact.*

7 Quo tamen casu quæri potest, An in Probatione deficiens, actore nihil probante, sit condënandus quasi confessus? Negandum id omnino, quod per hoc non possit dici fundata intentio actoris, cujus Probatio desideratur, *l. Non utique n f De except.* Costal. in *l. Circa 14. h. t* allegans tamen solutionem à se factam; si non eam probet, non potest non videri firmasse intentionem actoris, videtur enim se agnovisse debitorë, Cujac. in *Recit. C. eod.*

8 Effectus Probationis, quod plena, certa, liquida, (maximè in capitalibus) non impertinens, respondens libello saltem qualitate, faciat secundùm se ferri sententiam, *l. Si scriptum 11. cum seq. C. h. t.* ut purgatio non sit admittenda, *c. ad nostrã 12.* ⁑ *h. t.* Quando plena sit censenda, & quantum fidei testibus sit habendum, arbitrio judicis relinquendum; quia facti hæc res est, ex circumstantiis judicanda. • Semiplenæ Probationis nõ 9 est magnus effectus; unde & Probationis simpliciter positæ nomine non venit. Interdum tamẽ onus Probationis in adversarium retorquet, *arg. l. fin. in princ. sup. Quod metus caussa &c.* & interdum aliquam fidem facit; cùm faciat deferri juramentum necessariũ, ut dictum supra *ad tit. De jurejur.* & ad torturam indicendam sufficiat, quâ de re infra, *De quæstionib.*

Sed quæritur, An duæ semiplenæ Probationes, veluti unius testis, & instrumenti privati faciant plenam probationem? Videtur hoc posse admitti in caussa civili non ardua, si testis sit fide dignus, & instrumentum, vel aliud adminiculum concurrens semiplenam Probationem adimpleat; qua in re judici cautè advertendum, Menoch. *1. De Præs. c. 41.* In arduis non facilè conjungendæ semiplenæ Probationes, præcipuè in criminalibus, propter præjudicium partis, ut in iis non obtineat regula: Et quæ non prosunt singula, plura juvant Menoch. *d. l. n. 8.* Gail. *Cum opin. lib. 2. de prob. conc. 1.* Adde Mynsing. *Cent. 1. Obs. ult. & Cent. 5. Obs 33.* 10

Altera Rubricæ pars est de Præsumptionibus, 11 quas dictum paulò ante spectare ad artificialem probationem speciem, sive insitam, quòd ex circumstantiis caussæ antecedentibus, vel subsequentibus colligantur. Est autem præsumptio conjectura ex aliquo veri simili signo ad probandum adsumpta. Distinguitur à Fictione, quæ licet naturam imitetur veritati, *§. minorë Inst. De adopt.* non tamen consonat, cùm, quod impossibile est in specie lex fingat, ita postulante æquitate, ut videre est in jure postliminii, & lege Cornelia, quòad captum reversum aut mortuum.

Præsumptionem aliam faciunt legis, aliam hominis. Iterum aliam juris & de jure, aliam juris tantùm. Hæc est dispositio legis, ex aliquo signo, vel indicio quid præsumentis: exemplum est in *c. Adferre 10. & aliis* ⁑ *h. t.* & *l. Filium sup. De his qui sui jur.* Illa est dispositio legis, ex aliquo signo quid præsumentis, & super prusumpto tamquam comperto jus statuentis. Dicitur juris, quia à lege est inducta. Dicitur, de jure; quia super tali præsumptione lex firmum jus statuit, eam habendo pro veritate. Alciat. *De præsumpt. parte 2. num. 5.* Exemplum est secundum jus vetus in *c. Is qui fid m* ⁑ *De sponsalib us* & in *l fin. Cod. De iure de liber.* • Præsumptionẽ hominis eam dicunt, quæ 13 lege quidẽ nõ est expressa, est tamẽ justa, & rationi respon-

ultra sortem lucrum resideat penes emptorem, propter multiplicatas pensiones, summam mutuò datam excedentes: nisi lucrum cessans, aut damnum emergens, vel probabiles expensæ futuræ, aut aliud periculum excuset accipientem. Covarr. *d. loco num. 4*. Hæc ita, quatenus justo pretio census emitur: quod majus est in perpetuo, quàm temporali, id est ad vitam; majus etiam in irredimibili, quam redimibili, cum gravius onus, quod imponitur venditori per censum perpetuum, eumque irredimibilem, graviùs sit luendum, qua in re attēdendæ locorum consuetudines. Vid. Gail. 2. *Obser. 7*. Fachin. *lib. 2. Contr. cap. 43*. Less. *d. cap. 22. dub. 14*.

Jure itaque civili usurarum exactio permissa, aut saltem tolerata, non tamen ultra legitimum, & præscriptum modum, *l. Eos 25. C. hoc tit.* Imputandæ enim forent in sortem, vel debitori restituendæ, *l. in sortem. 26. sup. de condict. indeb.*

27 * Hinc usuræ usurarū hoc jure omnino prohibitæ, *l fin. Cod. hoc tit.* qui modus anatocismus dicitur, quoties usura sorti conjuncta alias usuras parit, ut in *l. Qui negotiationem 58. §. 1. & §. fin. inf. De admin. tutur.* quod grave debitoribus. Solutas tamen usuras in sortem redigere non videtur prohibitum, *d. l fin.* cùm nova sors constituatur.

28 Exiguntur usuræ non nisi ex conventione, eaque, aut nudâ, aut stipulatione firmatâ, & ex mora: ex nudo pacto debentur in bonæ fidei judiciis; quatenus tamen pactum in continenti contractui est adjectum; quia tale inest ipsi contractui, *l. 7. §. quinimò sup. de pactis*. Sic in deposito ea de causâ præstandas usuras responsum, in *l. & Lucius 24. sup. Depositi*; in emptione venditione in *l. 5. C. De pactis inter emp. & vend.* in locatione conductione, *l. Cum quidam 17. §. ex locato h. t.* Idem non operatur pactum ex intervallo adjectum; quod contractui non insit; ut maneat in terminis nudi pacti, ex quo non datur actio, *d. §. quinimo*, quamvis ad exceptionem prosit.

29 * In strictis judiciis, sive cōtractibus stricti juris usurarum exactio sine effectu est, nisi stipulatione sint promissæ, *l. Idemque 10. §. si quis Titio sup. Mandati*, *l. Titius 14. sup. De præscript. verbis*, *l. 1. & 3. Cod. hoc tit.* ex ratione modò dicta.

30 Sed dubitatum hic, An & per litis contestationem inducatur obligatio usurarum? Aliquorum est opinio, & inter alias Costalii in *l. Videamus 28. hoc tit.* Movetur primò, responso Ulpiani in *l. Usura 34. hoc tit.* quòd habet, usuras rationem fructuum obtinere, & merito non debere à fructibus separari. Debentur autem fructus in strictis judiciis continuò à lite contestata. Secundò, per *l. Lite 35. hoc tit.* ubi dicitur lite contestatâ usuras currere. Verius usuras post & propter litem contestatam in strictis judiciis non deberi aliter, quàm stipulatione promissas *l. 3. Cod. h. t.* Adeò ut nec pactum nudum, nec alia conventio regulariter sufficiat, etiam in continenti contractui subjecta: stricta enim judicia strictam interpretationem recipiunt, nec per pacta adjecta licet in continenti informantur, ut dictum supra de pactis. Deinde obligationem usurarum, debitoribus duram, sine magna caussa veteres admittēdam non censuerunt, Duar. *tit. de usur. cap. 2*. Dixi, regulariter;

31 * nam volunt exceptas res fungibiles mutuò datas, in quibus ex pacto nudo videtur deberi usura, *l. Frumenti 12. & l. Olei 23. Cod. hoc tit.* Rationem ponunt in certo earum pretio mutationi obnoxio, ut exinde damnum creditori facilè contingere possit. Excipiunt etiam pecunias creditas a civitate, *l. Etiam 30. hoc tit.* quod civitatum nomine multa recepta sint singularia, *l. Civitas sup. De reb. cred.* Duar. *d. cap 2*.

32 Nihil obstat receptæ sententiæ dicta *l. 34* nam quod ibi dicitur, usuras obtinere vim fructuum, qui post litem contestatam veniunt, verum tantum videtur in contractibus bonæ fidei, & judiciis, quæ iis comparantur, uti legatis, fidei commissis, de quibus *d. l. 34*. In quibus ut ex mora debentur fructus, ita & usuræ; mora autem committitur post litem contestatam. Verùm obstat *l. 3. §. 1. hoc tit.* Ubi non tantùm in bonæ fidei judiciis omnis caussa dicitur post litem contestatam præstanda, sed & in aliis. Dicendum tamen Jurisconsultum ibi agere de causa, quo nomine non continentur usuræ, ut patet ex Rubr. Nec etiam veniunt nomine fructuum, qui id denotant, quod ex ipso corpore est: cum usuræ ex nova obligatione præstentur, *l. Usura 121. inf. De V. S.*

33 Nihil etiam obstat *d. l. Lite 35*. Cùm non sit mens J. C. ibi adserere, lite contestatâ, aut post litem contestatam usuras deberi, aut venire de novo, sed currere. Quod nihil aliud significat, quam constitutam semel modo legitimo usurarū obligationem non sisti, vel peremi per litem contestatam; sed perseverare nihilominus, & currere. Quod idem expressis verbis rescriptum in *l. 1. Cod. de judic.* Et ita verbum *Currere* à J. C. usurpari solet, uti in *l. In judicium 26. inf. de except. rei ju-*

rei judic & alibi. Dubitandi cauſſam dedit, quod in judiciis quaſi contrahatur, *l. 4. §. idem ſcribit inf De pecul.* ut poſſit videri prior obligatio novata, *l. Aliam 29. inf. de novat.* Novatio autem ut principalem obligationem extinguit, ita facit non ſtare acceſſoriam, niſi repetitam, *l. Novatione 18. inf De novat.* Verùm ut hoc ipſum obtineat in novatione voluntaria, de qua *d. l. 18.* non tamen & in neceſſaria, inducta per litis conteſtationem, propter defectum voluntatis: ut rectè dicat J. C. lite conteſtatâ currere uſuras, id eſt, non ſiſti aut perimi, ſecundum *d. l* 1. Duar. *d. cap.* 2. Et hæc ſolutio ad *d. l.* 51. facilis eſt, & tollit difficultatem. Unum addendum ad *d. l.* 34. in ea non loqui generaliter Juriſconſultum: ſed tantùm de perſecutione fidei commiſſi, & aliarum actionum bonæ fidei, in quibus uſuræ à fructibus non ſeparandæ, ut rectè tradit Cujac. 18. *Obſerv. cap.* 3. *& idem repetit. ad l.* 3. *h. t.*

34 Verior itaque ea ſententia, quæ docet, in ſtrictis judiciis non niſi per ſtipulationem promiſſas exigi poſſe uſuras, etſi ſolutæ etiam ex pacto non condicantur, *d. l.* 3. *hoc tit.* quia pactum nudum ponit naturalem obligationem (& ſic verum debitum) ſi non ad actionem, ad exceptionem tamen proficientem, & condictionem impedientem; adeo ut ne quidem debitori ſint in ſortem imputandæ, *d. l.* 3.

35 De pignore dato aliquod hic dubium, An propter uſuras ejus ſit retentio? Volunt hoc aliqui, quaſi hoc ipſo, quo datur pignus, fiat conventio de eo retinendo, ratione uſurarum. Verum nulla id ipſum auctoritate adſerunt; cùm paſſim requiratur, vel ſtipulatio ad exactionem, vel ſaltem nuda conventio ad retentionem, *l. 4. Cod. hoc tit.* ubi per retentionem pignoris uſuræ ſervantur, de quibus præſtandis convenit, etiam ſine ſtipulatione. Idem habet *l. Pignoribus* 22. *C. hoc tit.* & *l. Solu um* 11. *§. ſi in ſortem ſup. De pign. act.* ubi niſi pignus etiam in uſuras ſit obligatum, non eſt ejus retentio. Videatur Cujac. 15. *Obſervat. cap.* 22.

Uſurarum itaque in ſtrictis judiciis ex ſtipulatione adjecta eſt exactio, aut ex nudo pacto retentio, quæ eſt loco exceptionis, quam dat pactum nudum. Si tamen certus ſit earum modus, nam aliàs nullius erit momenti conventio, quam incertitudo vitiat *l. Quando* 31. *& l. Tutor.* 41. *§. fin. hoc tit.*

36 Dubitatio hic una eſt, An uſuræ ex pacto nudo ad tempus præſtitæ, in poſterum ſint præſtandæ? Non videtur, *l. Si certis* 28. *C. De pactis*, ubi ſolutio promiſſi ex nudo pacto per certos annos non obligat ſolventem ulterius, quòd conſenſu libero præſtitum obligationem non inducat, *leg.* 7. *Cod. hoc tit.* Neque enim certorum annorum præſtatio ſufficit ad inducendam perpetuam obligationem.

37 Obſtare videtur *l.* 1. *Cod De fideicom.* ubi alimenta ab hærede in triennium præſtita, in futurum dicuntur præſtanda. Verùm ejus reſcripti vis non ponitur in nuda præſtatione, quæ nudum tantùm pactum continet, non efficax ad continuandam obligationem, *d. l.* 28. & *d. l.* 7. ſed in approbatione, ſive ratihabitione voluntatis defuncti, quæ colligitur ex iterata tertio alimentorum menſtruorum præſtatione, ſecundum defuncti voluntatem per hoc agnitam, vel dubiam explicatam.

Objicitur & *l.* 6. *hoc tit.* ubi longo tempore præſtitæ uſuræ, ſunt in poſterum præſtandæ, verùm nec ibi ex pacto nudo ſolutio facta; ſed tanquam ex obligatione, quæ præſumitur agnita, vel ſubeſſe ex præſtatione, Cujac. *ad d. l.* 1. Covar. *ad c. Poſſeſſor p.* 2. *§.* 4. *&* 1. *Var. Reſol. c.* 17. Donel. *ad d. l.* 7. Coſtal. *ad d. l.* 6.

38 Tempus immemoriale, cùm ſit loco conſtituti *l. Hoc jure §. ductus aquæ inf. De aq. plu. arcen.* firmat præſtationem uſurarum. E contra facile eſt, ut illi exceptio obſtet, cui majores etiam promiſſæ, minores autem per multos annos ſolutæ; quia facilis eſt remiſſio, *l. Quæ remiſſes* 13. *in pr. h. t.*

39 Ex mora debentur uſuræ in bonæ fidei judiciis, *l.* 4. *Cod. act. empti & l.* 2. *C. hoc tit.* Idem obtinet in legatorum, & fidei commiſſorum perſecutione *l.* 3. *hoc tit.* nam quamvis actio, quâ legatū, vel fidei commiſſum petitur, non ſit bonæ fidei, comparantur tamen eatenus legata & fidei coiſſmmta judiciis bonæ fidei, *l.* 3. *in quib. cauſ. in integ. reſtit. neceſ. non eſt*, ubi & in minorum perſona idem reſponſum. Idem obtinet & in aliis quibuſdam, ut mox latiùs deducetur.

40 Altera Rubricæ pars eſt de fructibus, qui ſecundum Varronem à ferendo dicti deſignant propriè eos, qui naturaliter ex ipſa re naſcuntur, uti poma, ſegetes, lac, lana, pilus, *l. In pecudum* 28. *h. t.* quorum alii ſunt naturales, ſuâ ſponte provenientes, alii Induſtriales, qui hominum culturâ, & curâ egent, qua de re infra *tit. De acquir. rer. dom.* Partum ancillæ fructibus annumerari nolunt leges, quod abſurdum videtur hominem in fructu eſſe, cujus gratiâ omnes Fructus natura comparavit, *d. l. in pecudum §.* 1. * Fructus reſtituendos eſſe

41 ſtatim

Facit ad idem *l. fin. C. De jure emphyt.* In qua propter verbum singulare, quo utitur illa lex, sufficit una denuntiatio. Deinde facit, quod semel factus certior non sit amplius certiorandus, *cap. Eum qui De R. I. in 6.*

48 Et hoc, quando agitur tantùm, ut habeatur simplex rei notitia, ut in casu præsenti. Obstare videtur, *d. l. 32. § in fine*, Ubi omissâ repetendi debiti instantiâ non protinus per debitorem facta mora intelligitur. Sed dicendum ibi agi de denuntiatione facta servo non sufficienti, ex eo, quod debitor postea fecerit sui copiam, & à creditore interpellatus non fuerit, cui proinde omissio iteratæ denuntiationis obstat, quòd potuerit servus negligens domino non denuntiasse. Quò facit *lex item 20. §. petitum sup. De pet. hæred.* Ubi non sufficit procuratori denuntiatum esse, nisi is certioraverit dominum, Menoch. *d. loco* & Cujac. *ad Africanum tract. 8. ad l. Cum patrisfam. 27. hoc tit.*

49 Et hoc ita in obligationibus purè sine die, aut conditione initis; nam de ea, quæ diem habet, quæstio est, An requiratur interpellatio post diei lapsum, an verò solus lapsus sufficiat? Prius videri potest ex eo, quòd debitoris gratiâ adjectum sit tempus stipulationibus, *l. Cùm tempus 17. in fine De R. I.* Quod & affirmare videtur Ulp. in *l. Stipulatio 38. §. inter, & leg. Eum qui Kalendis 40. §. 1. in fine inf. De V. O.* Et facit, quòd aliàs, si poneretur hoc ipso in mora, adjectio temporis non tam operaretur favorem debitoris, quàm odium, qui fortè non cogitans in mora suo creditori poneretur. His tamen non obstantibus, veriùs est, debitorem in mora poni per lapsum diei. Quæ sententia probatur per expressum textum in *l. Si fundum 114. inf. De oblig.* Ubi J. C. *Si fundum*, inquit, *certo die præstari stipuler & per promissorem steterit, quo minus ea die præstetur, consecuturum me, quanti mea intersit, moram factam non esse*, quæ non posset dici ibi facta, nisi lapsus diei interpellaret pro homine, qui frustrationem dicitur ponere in ipso debitore, *l. hominem 47. sup Mandati.* Expresse pro hac parte facit *l. Magnam 12. Cod. De Contrah & commit. stipulat.* quæ habet, debitorem poni in mora per lapsum diei interpellantis pro homine. Quod & rescriptum in 3. *Cod. In quib. caussis integr. restit. necess. non est.* ut ea res sit extra controversiam. Facit ratio, quòd interpellatio ideo requiratur, ut sciat debitor velle creditorem sibi adjecto tempore solvi, cujus proinde lapsu redditur memor sui officii. Possent in eam rem plura exempla adduci, nisi res clara foret.

Nihil faciunt loca in contrarium adducta; quia 50 quantum ad dilationem attinet solutionis, tempus intermedium respicit quidem favorem rei; non tamen ideo minùs lapsus diei in mora constituit, qui propterea statutus ut sciret debitor sibi tum solvendum esse, qui favore dilationis usque ad eum diem usus erat. Menoch. *d. loco nu. 46.* Arn. Baer. *ad l. Vinum nu. 19. sup De reb. cred.*

Quæritur; An & conditionis eventus in mora statuat debitorem? R. negativè, quòd conditionis eventus tantùm purificet obligationem, hoc est, eam præsentem & puram faciat, ut proinde postea non minùs desideretur interpellatio ad effectum moræ, quàm desiderat pura ab initio obligatio, Bart. in *leg. Quoties 59. De V. O.* Nec facit, quòd textus ibi comparet diem & conditionem; Nam hoc in eo tantùm, quòd ut ante diei eventum non rectè petitur, ita nec ante implementum conditionis, manente in alio diversitate, scilicet quod per adjectionem diei non impediatur obligationis ortus; sed tantùm differatur petitio, conditio verò etiam impediat obligationis ortum, ut colligitur ex dicendis inferiùs in materia conditionis.

Idem dicendum videtur de die incerto adjecto, 51 cùm sit loco conditionis, *l. Dies 75 inf. De condit. & demonst.* faciatque obligationis ortum suspendi donec dies evenerit, *l. 1. §. dies inf. d. tit.* & *l. Si dies 21. in princ. inf. Quando dies legat. cedat.* Quod verum est, si talis sit dies, qui potest non evenire: nam si non possit non evenire, non potest esse loco conditionis, nec suspendet obligationem; ex qua tamen ante diem non agetur, licet solutum ante non repetatur, cùm verè debeatur, *l. Sub conditione 16. & 17. sup. de condict. indeb.* Baer. *d. loco nu 32. & seq.*

Dictum de die incerto procedit & in testamen- 52 tis, *d. l 75.* & in contractibus, *l. Sufficit 56. inf De condict. indeb.* quatenus potest non evenire. Nisi quòd in quibusdam casibus sit differentia inter contractus, & ultimas voluntates; uti quòad hæc verba, *Cum moriar*, quæ in istis habent vim conditionis, *d. l. 75* non etiam in his, in quibus continuò ponunt obligationem, *d. l. 17.* Cujus ratio est, quod in contractibus quis sibi, & hæredi prospiciat, ad quem conditionis spes transit; in testamentis verò cesset talis provisio; cùm testator solus disponat, qui legatario tantum bene vult in casu, quo supervixit, non etiam hæredi. Cujac 13. *Obser. cap. 10.*

Dicta de usuris, & aliis ratione Moræ debitis, 53 procedunt, si Mora purgata nō fuerit, vel si aliqua

non fit caussa excusans ipsum debitorem, ut quia ignorat petitorem esse hæredem creditoris, aut alia similis, secundum Menoch. *d. loco nu. 49. & seq* Re integrâ mora potest purgari, *l. Mancipiorum 6 inf. De opt. leg* Sic in obligationibus faciendi Moram ante litem contestatam purgari receptum, non etiam postea, *l. Si insulam 84. inf. De verb. oblig.* quòd faciat rem non esse integram. Diei adjectæ solutioni lapsus purgationem non admittit; sed continuò ad pœnam, vel usuras conventas dat jus principali ex mente contrahentium, *l. Celsus 13. in princ. sup. De recept. arbitr. l. Trajectitia 23. inf. De oblig. & actionib.* Jason. *ad l. Si ex legati. n. 12. inf. D. V. O* Cujac. *ad l. 84.* Excusationes tamen, uti dictum, admittuntur justis de caussis, ut habet *d. l. 13. §. 1.* Judici examinandis.

54 Notandum prætereà, obligationem usurarum, vel pro parte, vel in totum extingui. Pro parte, quando debitor, qui majores erat stipulatus, aliquot annis minores accepit, intelligitur enim majoribus renuntiasse, *l. 5. C. h. t.* idq; vi taciti pacti. Nec facit quòd dictum supra, non induci usurarum obligationem ex eo, quòd annis aliquot sint præstitæ, & hujusmodi pactum, ex diuturna procedens præstatione, nec obligationem producere, nec actionem; quæ ab initio non fuit, constituere; Quia facilior est remissio obligationis, quàm inductio *l. 7. hoc tit.* In liberationem enim leges promptiores sunt. Quod & in civitate creditrice dicendum procedere, *d. l. 5. ubi* Cujac. Sic & retentio pignoris concessa pro minoribus usuris non rectè fit majoribus, de quibus ante actum, *l. 4. h. t.* nisi aliter conventum fuerit.

55 Quæstionis autem est, Quanto tempore sit opus ad hanc remissionem? Non malè videtur cum Azone sufficere triennium, *arg. l. 1. C. De fideicom.* Ubi triennium sufficit ad perpetuandam fideicommissi præstationem; ut multò magis sufficere debeat ad remissionem inducendam, per *d. l. 5. C. h. t.* quæ agit de certis annis, juncta *d. l. 1.* Quæ agit de multo tempore, quod interpretatur non minus triennio Sichard. *ad d. l. 5. numer. 4. per l. Quicumque Cod. De apoch. public. lib. 12.* Et hoc ita, quatenus minores datæ pro majoribus propter factum creditoris concurrens. Aliud dicendum videtur in remissione omnium usurarum, ad quam videtur opus decennio, *l. Cum quidam 17. §. 1. h. t.* Ubi longum tempus dicitur desiderari. Barbosa *ad l. Qua dotis 54. n. 47. & seqq. inf. soluto matrim.*

56 Extinguitur omnino usurarum obligatio per compensationem, pro rata debiti & crediti, ut traditum supra de compensationibus; quia extincta est sors principalis, ut etiam cessare debeat exactio usurarum, scilicet accessoria, & sublata cum principali, *l. Qui per collusionem 49. in fine sup. De actionib. empti.* Etsi enim officio judicis veniant; illud tamen non subservit nisi actioni, quia est mercenarium, ut actione sublata nihil sit, circa quod versetur. • Idem est si principalis actio 57 sit sublata præscriptione, *l. Eos, C. h. tit.* Item si per sententiam judicis actio sit finita, *l. 4. Cod. Depositi.* Cessat enim officium judicis dictâ sententia, *l. Iudex 55. inf. De re judic.* cum non sint duæ actiones, altera sortis, altera usurarum, sed una tantùm, quâ per sententiam sublatâ, repellitur per exceptionem creditor, postea petens usuras, *d. l. 4.* Et ita in actionibus istis, in quibus usurarum obligatio est accessoria; non etiam in quibus usuræ principaliter debentur per stipulationem, ut diversam constituant actionem à principali, super qua finito judicio non potest censeri finita usurarum petitio, *l. 1. C. de judic.* Multò minus tolli per novationem, quæ inducitur per litis contestationem, patet ex dictis, quòd illa, utpote necessaria, non novet principalem obligationem, nec ejus accessoria tollat. Per quam nec tolluntur illa, quæ ex officio judicis veniunt, quod non cessat nisi absoluto judicio; absolvitur autem demum per sententiam definitivam.

58 Facit & oblatio rei debitæ impediri moram cessate cursum usurarum. Ad cujus pleniorem intellectum sciendum, oblationem aliam esse verbalem, quâ quis verbo se paratum indicat debitum solvere: aliam realem, eamque duplicem, unam, quâ quis pecuniam realiter offert, non autem deponit consignatam; alteram, qua quis realiter offert, & de præsenti, eamq; non acceptam, consignatam deponit. • Verbalis non magnum operatur effectum quòad usuras, imò nullum, nisi fiat 59 in judicio, *l. Si rei 9 § fin. sup. De pign. act.* quia facta in judicio majoris sunt momenti. Volunt tamen si necdum inceperint currere usuræ, per nudam oblationem sisti earum cursum, *l. Si per te C. h. t.* quòd non steterit tam per debitorem, quàm per creditorem. Sed lex illa loquitur magis de oblatione reali citra depositionem, quàm verbali, ut ex ipso textu apparet.

60 An autem realis oblatio ab usuris liberet, disputatum, Cujac. 8. *ad African. ad l. Si soluturus 39. inf. De solut.* distinguit inter usuras debitas ex sola mora, utiin judiciis bonæ fidei; & debitas ex stipulatione, quòd scilicet ab istis liberatio contingat solâ

solâ reali obligatione, non etiam ab his. Prius videtur probare *l. Qui Romæ* 122. *Seia inf. De V.O.* Ubi qui non cessavit pecuniam ex officio tutelæ debitam offerre, in mora non fuit, nec tenetur ad usuras: & *l.* 2. *C.h.t.* Ubi ut usuræ sistantur, requiritur oblatio pecuniæ per emptorem. Posterius probat. *l. Si creditrici.l. Acceptam* 19. *C.eod.* Ubi ut usuræ per stipulationem promissæ sistantur, requiritur oblatio cum depositione. Ratio differētiæ est, quod illo casu tantùm debeantur ratione moræ, quæ cùm purgetur per realem oblationem, nō est ratio, qua re exigantur usuræ, *l. Interdum* 73. *in fine inf. De V.O.* In hoc verò debeantur ratione usus pecuniæ, & stipulationis: ut, cum usus pecuniæ maneat penes debitorem, & subsistat stipulatio, veniant præstandæ usuræ. Nisi tamen non steterit per debitorem, quò minùs debitum offerat, ut quia illiquidum, aut quia creditor non comparet, aut ei solvi non potest, quia pupillus fortè, tunc enim citra oblationem sistuntur usuræ *l. Cum quidam* 7 §. *si pupillo h.t.* Verum cùm & per stipulationem promissæ usuræ non alias debeantur, & exigantur, quàm ratione moræ, nō obstante istâ Cujacii distinctione, volunt alii indistinctè ad impediendam moram, & sistendas eo nomine usuras, nō sufficere solam oblationem realem; sed requiri conjunctam obsignationem, & depositionem, per *d.l.* 6. quæ dicit usuras ex eo tempore, quo oblatum & obsignatum debitum, non deberi: & *d l.* 19. quæ idem vult, ad sistendum cursum usurarum. Idem etiam volunt 3. *C. De luit pignor. & l. fin. C. De pactis pignor.* quæ requirūt depositionem. Nec facit, quòd istis locis non tantum agatur de usurarum liberatione; sed & de ipsius pignoris; Nam *d.l.* 6. nullâ factâ mentione pignoris, requirit tamen obsignata deponatur. Ratio est plana, nam cum debeantur usuræ ratione usus pecuniæ, *l. Socium* 60. *in princ. sup. pro socio*, hoc sublato per depositionem tamquam caussam, cessare etiam debet usurarum cursus, ut ejus effectus: non depositis autem pecuniis non cessat usus. Videatur Donel. *ad d.* §. *Seia*, Barbosa *ad l. Si mora* 10. *p.* 2. *n.* 79. *inf. Soluto matrim.*

61 Inducit & oblatio ista omnimodam debiti liberationem, adeò ut periculum ad creditorem transeat. Cui imputandum, quòd non acceptaverit debitum oblatum, modò totum opportuno loco, & tempore fuerit oblatum, nec sit caussa, ob quam recuset creditor oblatum recipere, *d.l. Si soluturus* 39. *inf. De solut.* modo etiam pecunia obsignata deposita maneat; nam si per debitorem repetatur, habebitur acsi non fuisset deposita.

62 Quæritur hic, an ut obsignati debiti depositio effectum habeat, sufficiat eam fieri propriâ auctoritate? requirunt aliqui mandatum, & auctoritatem judicis competentis, per *d l.* 19. in verbis, *vel ubi competens judex.* Verùm cùm iste textus loquatur in casu, quo depositio fit post litem contestatam, dicendum ante litem contestatam rectè fieri propriâ auctoritate, ut plura loca probant, *l.* 9. *C.h.t.l.* 9 *Cod. De solution. l.* 2. *Cod. De jure emphyt. in fine.* Ubi tantùm requiritur, obsignatum debitum secundùm legem deponatur loco scilicet tuto, & in sacculo clauso sigilloque obsignato, juxta *l. fin. sup. De l. commiss.* Barbosa *d. loco nu.* 80.

63 Patiuntur dicta de oblatione reali exceptionem in ultima voluntate, in qua oblatio realis citra depositionem operatur, ut indistinctè iterum non sit oblatio facienda, ad effectum patendi conditioni à testatore adjectæ; ex ratione, quòd per oblationem semel hæredi factam habeatur conditio pro impleta; quia stat per eum, in cujus personâ implenda quò minùs impleatur, *l. Iure civili* 24. *inf. De condit. & demonst.*

ADDITAMENTA.

Ad lib. 22. *ff. tit.* 1. *De Usuris & fructibus, caussis & omnibus accessionibus & mora.*

Ad n. 1. 2. 3. 4. 5. *& seq.* DE Usuris licitis & illicitis hactenus multi multa scripserunt: qui tamen omnes consideratis & pensatis hujus rei circumstantiis, in hoc cōveniunt, quod divi Imperatores, habito respectu ad cōmercia hominum, quibus in hac societate humana carere non possumus, & quæ absq; pecuniis paratis exerceri nequeūt, ut & in egentium subsidiū, majoris mali evitandi caussâ, cōcesserint, usuras, pro mutuo non tā in stipulatū deduci, quàm rectè exigi posse: restringēdo tamen sese, ad certū usurarū modū: hinc in Imp. Rom. Germ. permissū est, quinq; annua pro singulis cētenis accipere, vulgò

vulgò **von Hundert Gülden Haupt Gut / jährlichen 5. Gülden Abzinß oder** Interesse **zunehmen.** *Rulant. de commiss. part. 4. lib. 6. cap. 6. num. 13.* **R. A. de anno** 1500. 1519. 1548. 1577. *tit.* **von Wucherlichen Contracten / &c.** & **R. A. zu Regensp.** *de anno* 1654. §. **a reichend / &c.** Idqueetiam in emptione redituum annuorum servatur. *Coler. de process. executiv. part. 1. cap. 10. num. 74. 82. & seqq. Wes. consil. 14. num. 43. & consil. 50. numer. 34.* Si igitur ultra has publicâ lege concessas quincunces usuras, aliquid promissum fuerit, non debetur. *Carpzov. part. 2. constit. 30. defin. 1. num. 15.* quamquam inter mercatores, consuetudine quorundam locorum, usuræ besses, id est octo pro centum, tolerentur. *modo dict. Auth. cit. loc. defin. 2. numer. 4.* In annuis reditibus autem, quando emptio illorum excedit justam pensionem, puta quincunces, hoc est si ultra quinque, in singula centena, annuatim aliquid accipiatur, tunc illud quod excedit justam pensionem, rejicitur, & fit reductio, ad legitimum modum usurarum. *Gail. 2. obs. 5. numer. 10.* Præter hæc tamen & hæc meminisse oportet, propter illicitam usurarum stipulationem, sortem principalem non amitti, quia hoc pactum illicitum non vitiat contractum, alias per se licitum, sed vitiatur, & pro non adjecto habetur. Gail. *prox. cit. loc. numer 7. Myns. c. 1. 15. num 2.* **Web.** *in obs. Pract verb.* **Zinß** *pag. 716.* Etsi etiam Usuræ, si sortem æquaverint, de Jure Civili, desinant deberi. Treutl. *vol 1. disp. 3 th fin. lit. d.* Tamen hoc ex probabili legitimarum usurarum ratione non attenditur: sed quamdiu durat mutuum, tamdiu præstantur usuræ & pensiones, etiamsi ad centum, vel mille annos duraret obligatio. Frider. Mindon. *lib. 2. de Mandat. c. 37. in fin.* Berlich. *part. 2. concl. 38. n. 3. 36. 37.*

Ad hæc, si inter partes conventum fuerit, de præstandis usuris quincuncibus, quæritur, si creditor majus interesse probare possit, an debitor ad illud solvendum sit condemnandus? quod affirmatur per illa quæ habet Coler. *part. 1. cap. 10. nu 101. & 102. &* Carpzov. *pag. 2. const. 30. defin. 10.* Quando creditor probat se ob defectum pecuniæ, quam debitor justo tempore non solvit, coactum fuisse vendere lares paternos, vel prædia, vel aliunde, sub usuris pecuniam mutuò accipere, in hoc casu unâ cum sorte omne interesse petere potest: sec. Berlich. *p. 1. concl. 66. num 10.* Quomodo a. interesse lucri cessantis & damni emergentis probari debeat vid. *Coler. in process. exec. pag. 1. capit. 10. num. 101. &* Gail. *2. obs. 6. num. 4. & 5.* Berlich. *pag. 2. concl 38. num. 32. ibique alleg.* Carpzov. *p 2. const. 30. def. 10. num fin.*

Fidejussor, pecuniâ destitutus, si aliunde mutuum accipit, sub gravioribus usuris, quàm hactenus mentionata patriæ nostræ consuetudo permittit, eamque pecuniam mutuò acceptam creditori incessabiliter instanti solvit, eas usuras à debitore repetere potest, & ad illas consequendas, executio contra debitorem ei concedenda est, per fundamenta Juris fortissima, quæ collegit Dan. Moller. *lib. 2. Semestr. cap. 40. per tot.* Non obstantibus illis, quæ contra hanc sententiam allegat & adducit Carpzov. *p rt. 2. concl. 30. defin 16. &* Berlich. *part. 2. conclus. 38. n. 27. 28.*

Ad n. 27. An ut usuras usurarum, ita & interesse alterius interesse exigere prohibitum sit? *vid.* Berlich. *part. 2. concl. 38. num. 33.* Carpzov. *part. 2. constit. 30. def. 29. n. 3.* Menoch. *de arbitr. iudic. quæst. lib. 2. cent. 2. Cas. 119. num. 17. & seq.*

Usuras usurarum solvit tutor de pecunia pupillari, non autem alius debitor extraneus. Carpz. *prox. cit. loc. def. 30.* Wes. *part. 2. Consil. 72. n. 12.* Molin. *de Usur. q. 77. n. 601.*

Ad n. 45. Ut quis in mora constituatur, non sufficit debitum, sed oportet, ut illud quod debetur, sit liquidum, in illiquido enim debito mora contrahi & committi non potest, *Dd. ad l. acceptam C. h. t.* Gail. *2. obs. 19. nu. 8.* Tiraq. *de retract. concl. 9 §. 1. & 2.*

Ad n. 49. Regula, quod dies solutionis interpellet pro homine, inter cætera singulariter limiatur non obtinere, nec diem solutionis faciendæ in certo loco debitorem constituere in mora, quando creditor & debitor sunt diversi fori, nec accessit ea die creditor ad locum destinatum solutioni, ut reciperet. Myns. *cent. 3. obs. 95. n. 3.*

Ad n. 53. Quando à lege vel statuto certum tempus præfigitur, eo lapso, non admittitur moræ purgatio, qui terminus legis est peremptorius. Gail. *2. obs. 19. num. 11. (12.)* Moræ purgatorium non habet locum, pœnâ & die expressâ. *ut hic: &* Carpzov. *p. 1. const. 16. def. 4. n. 6.* (3.) Si res non amplius est integra, h. e. quando alterius partis Jus fit deterius Carpzov. *part. 2. constit. 38. defin. 11. in fin.* vel aliàs Actoris cepit interesse. *modo dict. Auth. part. 1. const. 20. def. 21. num. 5. Adde* Tessaur. *dec. 212. &* Goedd. *ad l. 12. § 1. de V. S. num. 10.*

Ut a. mo-

Ut autem moræ purgatio post lapsum terminum admittatur, quæ requirantur? *vid. ap.* Carpzov. *part.1.constit.32.de fin.5.n 3.ibique alleg.* Tessaur.*decis 77.*

TITULUS II.
De nautico fœnere.
SUMMARIUM.

1. *Fœnus nauticum quid, & quando locum habeat.*
2. *Habet & locum in trajectitia pecunia per terras periculosas.*
3. *Fœnus hoc an probatum jure Canonico?*
4. *Intellectus* c. Naviganti fin. ꝟ De usuris.

1 NAuticum Fœnus, de quo hoc Tit. diversum à vulgaribus usuris, habet locum in maritima, & trajectitia pecunia, uti nomen sonat. In hoc periculum sortis creditæ suscipit in se mutuans, *l.1. Cod. hoc t.* hac lege, ut si merx trajicienda pereat, nihil veniat reddendum mutuanti; si verò salva ad locum destinatum transvehatur, tunc & ipsa sors reddatur cum convento augmento, *l.1. & 2. h t. l. fin. Cod. eod.* tamquam periculi pretium, *l. 5. h. t.* Et hoc non tantùm si per stipulationem tale Fœnus sit promissum, verùm etsi per pactum nudum, *d. l.5. in fine, & l. 7. hoc tit.* Extenditur etiam ad usuram centesimā, idq; ratione periculi, quod tanto pretio æstimabile est, *l. Eet 2. § 1 C. h. tit.*

2 Dicitur autem in *l. 1. h. t.* trajectitiam dici pecuniam, quòd trans mare vehatur, ut videri possit, non idem dicendum esse de suscepto periculo mutuatarum pecuniarum transvehendarum per terras periculosas: verùm rationis identitas, scilicet periculi, quod subest suscepto, idem vult statui, Bald. *in d. l. 5. h. t.* Castrens. *in l. 1 Cod. eod.* Quæ res jure civili est certa & extra controversiā.

3 De jure Canonico dubitari poterat, propter *cap. Naviganti fin.* ꝟ *hoc tit.* Quo tamen non obstante, dicendum cum plerisque DD. isto jure ejusmodi Fœnus non posse dici improbatum esse; siquidem isto jure non damnetur lucrum ex mutuo receptum; nisi principaliter nomine mutui receptum sit, non etiam ratione damni accepti, vel lucri cessantis, vel respectu periculi suscepti pecuniâ æstimabilis, uti in casu *d. l. 5. hoc tit.* nam tunc non tam ratione mutui quid capitur ultra sortem, quam nomine justi periculi.

4 Sed movētur aliqui in contrarium, per *d. c. fin.* cujus verba sunt: *Naviganti, vel eunti ad nundinas certā mutuans pecuniæ quantitatem, eò quòd in se suscipit periculū, aliquid accepturus ultra sortem, usurarius est censendus.* Variæ à variis adducuntur istius textus conciliationes in defensionem communis opinionis, optimâ ratione nixæ. Sunt qui culpent exscriptorum culpam, & volunt addi negativam, scilicet, *usurarius non est censendus*, propter subsequentia verba. Nam cùm ante posuisset Pont. casum à labe usuraria alienum, subjungit, *ille quoque &c.* quòd copula debeat copulare similes casus, non etiam cōtrarios. Ita Joan. Bernart. *De utilit. leg. hist. lib. 2.* Quæ conciliatio subtilis quidē est, & posset videri verò proprior, sed divinatoria, Juris cōsulto minimè digna, cum omnes textus legant affirmativè. Alii man⁹ dant, & secundùm textū istum ponunt in prædicto casu labē usurariam. Navarr. *ad d. c. Navigan.* alios citans, contra rationem jam dictā; cum pecunia, quæ datur, detur non tam ratione mutui principaliter, quàm ratione oneris, quod est æstimabile. Quomodo dicendum in *d. c.* Pontificem nō ponere labē usurariam in eo quòd aliquid ultra sortem capiatur, etiā nomine periculi; sed in eo, quòd creditor non aliàs mutuum dare voluerit transmarinum, quàm in se suscepto periculo: quæ res quia gravis debitori, ad ejus onus spectans, qui maluisset ipse subire periculū non ita præsens, ponit labem usurariam in creditore secūdùm Pont. quinō vult quâlibet periculi susceptione licitum fieri receptū ultra sortem, sed eâ tantū, quæ verè talis est, pecuniâ conventâ respondente periculo Covarr. *3. Var. Res. c. 2. n. 5.* Jo. Lup⁹ *ad c. Naviganti § 1. n. 5.* Vide & Fach. *l. 2. c. 48.* Binsfeld. *ad d c. Naviganti q. 1.*

ADDITAMENTA.
Ad tit 2. De Nautico fænore.

USura nautica adhuc hodie est in usu (Galli *asseurer* vocant) sunt enim singularia Collegia mercatorum, qui incidentia omnia pericula in se suscipiunt, tutamque & indemnem navem præstant, ab aqua, igne, tempestatibus, Amicis, inimicis, ab arrestis regum, à negligentia Nautarum, &c. Vid. *Historiam Amstelodamensem Pontani, lib. 4. cap. 4.*

TITULUS III.

De Probationibus & Præsumptionibus.

SUMMARIUM.

1. *Probatio quid & quotuplex.*
2. *Circa quæ versetur, & in quibus.*
3. *Probatio cui incumbat.*
4. *Negantis factum nulla est probatio directa.*
5. *Probatio facienda lite contestatâ.*
6. *Probat actor, tum reus excipit.*
7. *Reus in probatione exceptionis deficiens an condemnandus?*
8. *Effectus plenæ probationis.*
9. *Probatio semiplena non facit fidem.*
10. *Probationes duæ semiplenæ junctæ an plenam fidem faciant.*
11. *Præsumptio quid?*
12. *Præsumptio alia juris, alia juris & de jure.*
13. *Præsumptio hominis quæ dicatur.*
14. *Præsumptio est instar probationis.*
15. *Præsumptio an admittat probationem in contrarium.*
16. *Confessio judicialis partis adversæ an æquivaleat præsumptioni juris & de jure.*
17. *Extra judicialis non æquivalet plenæ probationi.*
18. *Notorium an & quando prævaleat?*
19. *Præsumptio in foro conscientiæ non operatur.*
20. *Ex præsumptione an ferri sententia possit?*

CUm inanes sint actiones, de quibus hactenus, nisi indubitatâ probationis fide apud Judicem competêtem de iis constet, quòd non probata habeantur, quasi non essent, non tam deficiente jure, quàm non patente, *l. Duo 30. inf. De testam. tut.* ideo hic subjungitur de Probationibus.

1 Probatio est rei dubiæ, vel non apertè per argumenta facta fides. Aliam ponunt Artificialem, ex ipsa caussâ adsumptam, & dicitur Insita. Cujus ordinis est præsumptio ex facti circumstantiis dimanans: aliam Inartificialem, quæ & Adsumpta dicitur, quòd extra caussam adsumatur, cujus ordinis sunt testes, tabulæ, & alia similia. Est alia Probatio plena, per quam fit judici tanta fides, ut plenè instructus, sententiam super eâ ferre possit; ut si res duobus testibus probetur fide dignis aut instrumentis publicis, vel aliis fidem merentibus, legitimis item indiciis, præsumptionibusve: alia Semiplena plenam fidem, vel certam caussam non ponens; sed opinionem potius, quàm fidem gignens; est tamen adminiculum aliquod Probationis, ne si res probetur per unum, testem licet fide dignissimum, vel plures singulares, *de quibus tit. seq.* Ad probationem etiam olim referebantur probationum species, tam vulgarium, quàm Canonicarum; sed prius illud genus omninò cessare jussum, ut incertum, & non minùs execrandum, de quo *tit. De purgat. vulgari.*

2 Versatur Probatio circa ea, quæ dubia sunt & quidem facti; nam ea plerumq; incerta & dubia. Illa, quæ juris sunt, cum per se nota sint (etenim jura certa habentur) probanda minimè veniunt; nisi fortè juris esse uegentur: quo modo consuetudo probanda dicitur, *capit. 1. De constitutionibus in 6.* Et quidem in omnibus judiciis, in quibus aliquod factum vertitur, utimur Probationibus, tam civilibus, quàm criminalibus; hoc tamen discrimine, quod in criminalibus probationes: equirantur, luce meridianâ clariores, *l. fin. C. h. t.* quòd in his plerumque agatur de vita hominis, in quibus, nisi ita de objecto flagitio constet, ut vix etiam ipse ea, quæ commisit, negare queat, facile judicandum non est, *l. qui sententiam 16. C. De pœnis.*

3 Incumbit verò Probatio alleganti, sive is sit actor, sive reus, *l. 1. & l. Verius 21. hoc tit. l. 1. Cod. eod.* Actorem regulariter tenet onus probandi; quòd ad judicium provocet, non etiam reum, nisi excipiendo actoris vices subeat (quòad exceptionem enim est loco actoris, *l. In exceptionibus 19. in princ. hoc tit.*) vel aliàs ex speciali caussâ onus probandi in eum lex rejiciat, ut in casu *l. Cum indebito hoc tit. & l. 6. inf. De donat. inter vir. & ux.* In communibus judiciis utrique incumbit Probatio; quia uterque agit & allegat; & si æquè probet, absolvitur reus, nisi actoris partem foveat favorabilis caussa, *capit. 1. tit. hoc tit.* vel nisi alter probet antiquiorem possessionem, *c. Licet 9. eod.* Et communiter is superat, pro quo stat firmior probatio, *cap. 4. eod.* * Negans probatione non oneratur,

4 quòd per rerum naturam factum negantis nulla sit probatio, *l. Actor. 23 Cod. hoc tit.* Negationis enim, ut non entis, nullæ sunt differentiæ, nullæ qualitates, nulla propria, secundùm quæ formatur Probatio, & ex quibus desumitur, *l. Adseveratio 10. De non numer. pecunia.* Nisi talis sit negatio, quæ includat affirmationem; ut in casu, *l. Si filii 8. h. t.* Ubi filius negans se sub patris esse potestate, probare

probare debet, quòd hoc ipso adferat se emancipatum: & in casu *c. Super 5.* ⁑ *De renunciat.* Ubi negans spontaneam renunciationem, implicitè adierit coactam, & ad probandum admittitur. Similiter negativa juris probanda venit, ut si quis neget aliquem prohibitum specialiter lege, vel constitutione ab aliquo actu, uti procuratorem esse non posse, vel non ritè emancipatum, *l. 1. h. t.* Denique negativa coarctata loco, & tempore indirectam Probationem admittit; ut si quis arguatur homicidium, vel furtum Romæ certo die commisisse, ille autem neget se tunc Romæ fuisse, admittetur ad probandum, se ea die, vel hora in distanti loco fuisse *l. O. ima vers. nisi C. De contrah. & commit. stipul* Menoch. *l. 2. Præsump. cap. 50.*

5 Facienda Probatio post litem contestatam: ante enim nihil est, super quo adhibeatur; cùm actor non tam petere, quam petere voluisse videatur: nisi valetudo, vel diuturna futura absentia testium aliud exigat, quâ de re ⁑ *Ut lite non contest.* Dilatoriæ quoq; exceptionis Probatio ante litis ingressum admittitur, quòd ante eum de illa constare debeat, qua de re infra *De exceptionib.*

In probando ordo servandus, Primò intentionem suam probat actor, id est caussam ex qua agit, tum reus in sua exceptione auditur, *l. 1. & l. Exceptionem Cod. h. t.* Deficiente actore in sua probatione, reus absolvitur, etiamsi nihil allegaverit,

6 *l. Qui accusare C. De edendo.* • Potest tamen actor ex novis Probationibus caussam redintegrare, si tantùm ab instantia reus sit absolutus; non etiam si definitivè ab ipsa caussa, *l. Argẽtarius sup. De edendo:* caussam enim sopitam resuscitari non fert quies publica. Quod si reus fretus jure suo velit, non audito actore, suam exceptionem probare non est prohibendus, quòd cuilibet sit liberum juri suo renuntiare, *l penult. Cod. De pact.*

7 Quo tamen casu quæri potest, An in Probatione deficiens, actore nihil probante, sit condẽnandus quasi confessus? Negandum id omnino, quod per hoc non possit dici fundata intentio actoris, cujus Probatio desideratur, *l. Non utique ff De except.* Costal. in *l. Circa 14. h. t* allegans tamen solutionem à se factam; si non eam probet, non potest non videri firmasse intentionem actoris, videtur enim se agnovisse debitorẽ, Cujac. in *Recit. C. eod.*

8 Effectus Probationis, quod plena, certa, liquida, (maximè in capitalibus) non impertinens, respondens libello saltem qualitate, faciat secundùm se ferri sententiam, *l. Si scriptum 11. cum seq. C. h. t.* ut purgatio non sit admittenda, *c. ad nostrã 12.* ⁑ *h. t.* Quando plena sit censenda, & quantum fidei testibus sit habendum, arbitrio judicis relinquendum; quia facti hæc res est, ex circumstantiis judicanda. • Semiplenæ Probationis nõ 9 est magnus effectus; unde & Probationis simpliciter positæ nomine non venit. Interdum tamẽ onus Probationis in adversarium retorquet, *arg. l. fin. in princ. sup. Quod metus caussa &c.* & interdum aliquam fidem facit; cùm faciat deferri juramentum necessariũ, ut dictum supra *ad tit. De jurejur.* & ad torturam indicendam sufficiat, quâ de re infra, *De quæstionib.*

10 Sed quæritur, An duæ semiplenæ Probationes, veluti unius testis, & instrumenti privati faciant plenam probationem? Videtur hoc posse admitti in caussa civili non ardua, si testis sit fide dignus, & instrumentum, vel aliud adminiculum concurrens semiplenam Probationem adimpleat; qua in re judici cautè advertendum, Menoch. *1. De Præs. c. 41.* In arduis non facilè conjungendæ semiplenæ Probationes, præcipuè in criminalibus, propter præjudicium partis, ut in iis non obtineat regula: Et quæ non prosunt singula, plura juvant Menoch. *d. l. n. 8.* Gail. *Cum opin. lib. 2. de prob. conc. 1.* Adde Mynsing. *Cent. 1. Obs. ult. & Cent. 5. Obs 33.*

11 Altera Rubricæ pars est de Præsumptionibus, quas dictum paulò ante spectare ad artificialem probationum speciem, sive insitam, quòd ex circumstantiis caussæ antecedentibus, vel subsequentibus colligantur. Est autem præsumptio conjectura ex aliquo veri simili signo ad probandum adsumpta. Distinguitur à Fictione, quæ licet naturam imitetur veritati, *§. minorẽ Inst. De adopt.* non tamen consonat, cùm, quod impossibile est in specie lex fingat, ita postulante æquitate, ut videre est in jure postliminii, & lege Cornelia, quòad captum reversum aut mortuum.

12 Præsumptionem aliam faciunt legis, aliam hominis. Iterum aliam juris & de jure, aliam juris tantùm. Hæc est dispositio legis, ex aliquo signo, vel indicio quid præsumentis: exemplum est in *c. Adferre 10. & aliis* ⁑ *h. t.* & *l. Filium sup. De his qui sui jur.* Illa est dispositio legis, ex aliquo signo quid præsumentis, & super prusumpto tamquam comperto jus statuentis. Dicitur juris, quia à lege est inducta. Dicitur, de jure; quia super tali præsumptione lex firmum jus statuit, eam habendo pro veritate. Alciat. *De præsumpt. parte 2. num. 5.* Exemplum est secundùm jus vetus in *c. Is qui fid m* ⁑ *De sponsalibus* & in *l fin. C od. De jure de liber.* • Præsumptionẽ hominis eam dicunt, quæ 13 lege quidẽ nõ est expressa, est tamẽ justa, & rationi respon-

pi respondens: eamq; vel violentam faciunt, quæ urgenti conjecturâ nititur, vel probabilem, quæ probabili. Videtur tamen aliis non dari præsumptio hominis, quæ licita sit dicenda; cùm lege nō nitatur, quia aliàs potiùs erit temerarium judicium, quàm justa præsumptio *cap.* 2. ⁙ *De Reg. Iur.* Ut aliqui eam referant ad illam præsumptionis speciem, quam levem, & temerariam dicunt; quæ meritò rejicienda; cùm nullâ nitatur ratione, & peccatum sit temere aliquid præsumere.

14 Quæritur, An præsumptio sit instar probationis? Propriè quidem non est probatio, quòd ea percipiatur sensu, uti visu, auditu, præsumptio verò per discursum rationis colligatur ex facti circumstantiis: est tamen loco probationis, & ejus effectum habet, atque ab onere probandi relevat, idque in adversarium rejicit: cùm paria sint, probare & habere pro se præsumptionem. Quod non tantum verum est in præsumptionibus juris, & de jure; sed & in ea, quæ juris tantùm, uti aliis allegatis probat Alciat. *De præsumpt. pag.* 3. *num.* 2. & 3. Ut autem in arbitrio est judicis, quantum fidei testibus habeat, ita & perscrutatur, quales sint conjecturæ, quæ apparent. Menoch. 1. *Præs. cap.* 3 . quod in facto consistit, in quo requiritur arbitrium judicis, & quidem discretum.

15 Aliud quæritur, An præsumptio admittat probationem in contrarium? Non dubitatur, quin ea, quam hominis vocant, illam admittat, cùm vera probatio admittat probationem in contrarium, cui tamen non æquivalet ista præsumptio. Idem dicendum de ea, quæ juris est; quòd tantùm faciat præsumi pro veritate, adinstar alterius probationis, quâ non est fortior: ut cùm ista admittat probationem in contrarium, illa etiam debeat admittere secundùm rationem æquiparatorum. Quò facit, quòd in *l. fin. C. si minor se majorem dix.* veritati per probationem patefactæ dicatur cedere. Sic licet quis præsumatur bonus, & nō recessisse à solita modestia, vitæq; innocentia, admittitur, tamen probatio in contrarium, *c.* 3. *ibi Gl.* & *c. fin.* ⁙ *De præsumpt.* Necesse autem est probatio sit plena, *l. ult. in fine sup. Quod met. caussa gest. erit*. aliàs prævaleret præsumptio juris, quæ plenæ probationi æquivalet. Ea, quæ juris & de jure nullam admittit probationem in contrarium; cum lex tale præsumptum tamquam verum habeat, *d. c.* 19 cui fidit, ut ampliùs non veniat dubitandum, aut inquirendum.

16 Confessio tamen adversæ partis adversus istam præsumptionem communiter videtur admitti, & prævalere, saltem judicialis. Pro quo facit bona ratio, quòd ne quidem talis præsumptio ponat veritatem; sed tantùm probabilis habeatur, versetutq; nihilominus circa dubium: confessio autem adversæ partis habeatur vera; eum nullâ sit melior probatio, quàm proprii oris confessio. 17 Extra judicialis confessio non videtur habere eam vim: quòd nō sit tam certa, nec æquivaleat plenæ probationi. Ubi nihil faciet, quòd in judicio per testes probetur; tunc enim non tam in confessione, quàm in testib. vis ponetur, qui non admittuntur cōtra istam præsumptionē, Alciat. *d. p.* 2. *n.* 6. & 7.

18 Notorium etiam prævalere dictæ præsumptioni est dicendum; cùm adveniente veritate cesset dubium, circa quod versatur præsumptio. Et hoc in notorio permanente, quod ponit rei evidentiā fortiorem præsumptione. Aliud dicendum de notorio transeunte, quod probandum per testes, quibus ista præsumptio est efficacior, & prævalet. Alciat. *d. l. v.* 19. De juramēto ejus, cui obstat illa præsumptio, non debet quæri; cùm illud judex nō deferat, nisi ubi caussa est dubia, *l. In contractibus* 14. §. *illo Cod. De non num. pec.* Appellationē quin impediat, & faciat ei non deferri, non est dubium; quòd cùm ista præsumptio habeatur pro veritate, & rejiciat probationem in contrarium, non possit videri appellatio justa, cui idē temerè deferretur.

19 In foro conscientiæ non operatur, quòd versetur circa dubium casum? in conscientia autem omnia sint certa. Menoch. 4. *Præsumpt. c.* 8. Quo modo hæres, omisso inventario, non tenetur in foro conscientiæ ultra vires hæreditarias.

20 Solet quæri, An sententia ex præsumptione ferri possit: Hoc dicendum, non tantùm de ea, quæ est juris, & de jure, qualis habetur instar plenæ probationis, & pro veritate, ita ut probationem in contrarium non admittat; sed & de ea, quæ juris tantùm; nā & hæc probationis vim obtinet, quatenus non evertitur contraria probatione. Unde ut ex plena probatione sententia fertur, ita & ex præsumptione, quæ est instar plenæ probationis, ne aliàs res reddatur improbabilis. Hinc ex actu propinquo adulterio dicitur adulter manifestus, *in c. Literis* 12. ⁙ *De præsumpt.* Quod si non sint certa indicia, sed iis subsit hæsitatio, non videtur judex procedere posse ad condemnationem, sed absolvendum esse reum: ut mediâ viâ, scilicet ut minus puniatur, locum habere non possit, ne vel innocens oneretur, vel nocenti justa delicti pœna non irrogetur. Solet tamen in caussa hæreseos adjuratio injungi suspecto, & alia cautio adhiberi, ut pos-

ut possit constare de veritate, *c. Literas* 14. ⁊ *De præsumpt.*

Non obstat *l. Absentem inf. De pœnis*, quia vult non esse damnandum aliquem ex suspicionibus, quæ continet levia signa. Non obstat etiam *c.* ⁊ *d tit.* nam in eo agitur civiliter ad restitutionem prolis, & super eâ tantùm judicatur nullâ factâ mentione criminalis judicii, quod non controvertebatur. Sarmientus 1. *Select. Interpret. cap.* 1. Praxi tamen videtur receptum, pœnam delicti tantùm præsumptivè probati mitigendam esse, quòd, licet non omnino videatur reus innocens, non pateat tamen de crimine per veram probationem; qua de re latè Menoch. *lib.* 1. *Præs. cap.* 97. Barbosa *ad leg.* 1. *in pr. n.* 76. *& seq. inf. Solut. matr.* Hominis præsumptio, cùm lege non nitatur, non est magnæ efficaciæ: arbitrio tamen judicis relinquendum volunt, quantum ei fidei habeat; cujus est hac in parte cautè & circũspectè agere, ne facilè litem suam faciat Menoch. *d. lib.* 1. *cap.* 43.

ADDITAMENTA.

Ad tit. De probationibus & præsumptionibus.

Adn. 1. PRobationum species sunt decem: 1. per Instrumenta 2. per Testes 3. per Confessionem 4. per Jusjurandum 5. per Rem Judicatam. 6. per Rei evidentiam. 7. per vehementem Opinionem. 8. per Rationem naturalem. 9. per Rationem conjecturalem. 10. per Conjecturam hominis. Borell *de comprom.* §. 8. *gl.* 2. *n.* 2. *p.* 72

Rerum genera quæ probantur, sunt quatuor, licet ad tria dirigi posse videantur. I. Quædam Solis Instrumentis probantur, non testibus. II. Quædam contra; Solis testibus, non Instrumentis. III Pleraque utrisque. IV. Equibus tamen alia melius testibus probantur De quibus omnibus exempla vide ap Schvvanmannum *in diff. Iur Civil. & Camer. diff.* 4. *n* 5 ... 9 60. *& seqq. ad finem usque.*

Adn. 2. Plures imperfectæ probationes, an in criminalibus rectè conjungantur, ut integram fidem faciant: vid. Mynf *cent.* 5. *obs.* 37. Gail. 1 *obs.* 103. *n.* 13. Luddov. Peguer. *quo. crim.* 17. Gabriel. *lib.* 1. *tit.* . Schrad. *ad l. admonend. n.* 29. *f.* 1.332. *& seq.*

Adn. 3. Quod fundamentum suæ intentionis, unusquisque probare teneatur: hoc innumeris exemplis plusquam latissimè probat. *Ioseph. Ludov. Com concl.* 14. adde Berlich. *p.* 1. *concl.* 37.

Adn. 4. Negatio est duplex, alia pura, alia prægnans, quæ affirmationem continet: de qua ultima vid. eleg. Bacc. *ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 4. *th.* .. *lit. b. & th.* 4 *per tot. ibique à Tr. alle.* Carpz. *part.* 1 *const.* 10. *def.* 8. Hartm. Pist. *p.* 1. *q.* 22. *n.* 2. Cravett. *cons.* 192. *n.* 15. Fulv. Pacian. *de prob. lib.* 1. *c.* 22. *n.* 45. Ant. Gabri. *lib.* . *concl. tit.* 5. *concl.* 6. *n.* 5. *& seqq.*

Adn. 5. De Testibus ante litem contestatam quandoque examinandis. vid. Farin. *qu.* 76. *n.* 11. Nicol Rucker *de comm. J. ad recip. test. dep offic. fol.* 1. *& seq.* Hartm. Pist. *lib.* 1. *qu* 39. Treutl. *vol.* 2. *disp.* 5. *th* 7. *lit f. ibique* Bacc. Mynf. *cent.* 1. *obs.* 10. *& cent.* 4. *obs.* 71. Gail. 1. *obs.* 92. Berlich. *part.* 1. *concl.* 46. Carpzov. *part.* 1. *const* 16. *def.* 35.

Quæ requirantur, ut quis in Camera Imperiali, commissionem ad perpetuam rei memoriam obtineat? vid. eleg. Schvvan. *in diff. Iur civil. & Camer diff* 9. *per tot præsertim. n.* 23. 24. *& seq.*

De termino probatorio, intra quem, probationes perfici debent. vid. eleg. Berlich. *part.* 1. *concl.* 38. Carpz. *p.* 1. *const.* 16. *def.* 1. *n.* 1. *& const.* 17 *def* 1 Gail. 1 *obs.* 35. *n* 20, Treutl. *vol.* 2. *disp.* 4. *th.* 6 *l d.*

Adn. 10. De plenis & semiplenis probationibus & præsumptionibus: & an & quatenus duæ semiplenæ probationes, vel præsumptiones, ad constituendam plenam probationem, simul jungi possint. vid. Berlich. *prox. alleg. l concl.* 3 *per tot.*

Adn. 11. Plures fictionis & præsumptionis differentias recenset. *Menoch. . præs.* 8. *allegatus à. Treut. vol.* 2. *disp.* 4. *th.* 1. *lit. a.*

Adn. 8. De notorio ejusque probatione: & quid discriminis sit inter notorium & manifestum; vid. Mynf. *cent.* 6. *obs.* 3. Gail. 1. *obs.* 31. *n.* 4. 5. 6. *& l.* 1. *obs.* 17. *n.* 14. . . *&* 18.

Adn 20. An ex præsumptionibus violentis seu vehementissimis, possit aliquis criminaliter condemnari: Item ex semiplenis probationibus, junctis adminiculis? Et an Judex possit ordinariam pœnam condemnato, ex præsumptionibus imponere? vid. Farinac *lib.* 1. *consil.* 60. *in ad lit. lit. K & L. item consil.* 73. *lit. C. & consil.* 78. *lit. a. b. c. & consil* 82. *lit. a.*

Ex duabus pluribus vè præsumptionibus, quarum una alteri præferatur, docet Menoch. *de præsumpt. l.1. quæst.29. Eidem de arbitr. Iudic. quæstion. lib.2. Cas.472.*

Hucusque hæc prælegentem Cl. V. HENRICUM ZOESIUM piæ mem. præmatura & deplorata mors de vitæ statione dejecit die 16. Februarii anno CIↃ.IↃC XXVII. Quæ deinceps sequuntur usque ad librum 28. exclusivè ex aliis ejusdem D. ZOESII Prælectionibus, potissimùm quas privatim in **Codicem** habuit, opera Viri docti atque industrii collecta, ne quid ad perfectionem operis deesset, hic subtexuimus.

TITULUS IV.

De fide instrumentorum, & amissione eorum.

SUMMARIUM.

1. *Instrumentum quid?*
2. *Aliud privatum, aliud publicum.*
3. *Materia & forma instrumenti publici.*
4. *Effectus est, plenam fidem facere.*
5. *Protocollo habenda fides.*
6. *Privatum probat contra scribentem.*
7. *Pro scribente an & quatenus probet.*
8. *Libri mercatorum an & quam fidem faciant.*
9. *Instrumentum negatum per comparationem literarum quomodo probandum.*
10. *Ex duobus instrumentis eodem die confectis quod prævaleat.*
11. *Instrumentum cancellatum, rasum &c.*
12. *Falsum pro parte an totum tale judicandum.*
13. *Instrumenta contraria.*
14. *Contra instrumenta qui testes & quot admittendi.*
15. *Amissio instrumenti creditori non nocet.*
16. *Instrumentum cancellatum apud debitorem inventum inducit liberationem.*
17. *Instrumentum simulatè scriptum cedit veritati.*

PEr instrumenta, & testes præcipuè instruitur judex: non enim minor est vis probandi in instrumentis, quàm testibus, *l. In exercendis 15. C. hoc tit.* [1] Deductum nomen ab instruendo. Specialiter pertinet ad eam caussæ instructionem, quæ fit per scripturam, ad rei alicujus probationem. Aliud est Publicum, factum auctoritate publicâ, aut à persona publica, vel in judicio, cujusmodi sunt acta judicii, vel extra judicium à Notario legitimè creato. [2] Aliud Privatum, à privatis factum, quod non nisi impropriè instrumenti nomen meretur, sed potiùs scripturæ, ac scedulæ, *Auth. Contra G. De non num. pecun. & l. Scripturas Cod. Qui pot. in pig. hab.* cujus generis est Apocha, Antapocha. Apocha est solutæ datæque pecuniæ cautio, quâ creditor à debitore pecuniam se accepisse testatur. Antapocha est scriptura, continens confessionem debiti soluti per debitorem, data creditori ad faciliorem probationem debiti in futurum, *l. plures 19. C. d. tit.*

[3] Instrumentum fit super quavis materia, & de omnibus actibus jurisdictionibus, sive voluntariæ, ut emancipationis *l. 11. C. hoc tit.* sive contentiosæ, *l. Gesta 6. inf. De re judic.* deque omni genere contractuum; *l. Contractuum 17. C. d. tit.*

Ad cujus solemnitatem videtur inprimis requiri, ut præmittatur divini nominis invocatio: cujus tamen omissione non vitiari de jure scripto instrumenta, tradit Panor. *ad c. 1. nu. 3. h. t. Covarr. Pract. qq. c. 20. nu. 1.* Exprimatur annus regnantis Principis, Consulis & Indictionis, *Nov. Ut præpon. nomine Imp. 47.* Non videre tamen & hanc necessariam adjectionem putat idem Covarr. *1. Var. Resol. c. 12. in fine* Annus, mensis, dies, locus contractus omnino apponendi, *l. Optimam C. De contrah. stipul.* Sunt & necessarii testes ipsi instrumento inscribendi, ut per eos, si dubium oriatur, possit constare de veritate, quorum tamen subscriptio non semper est necessaria; Notarii verò necessaria est, neque aliàs subsisteret instrumentum: Sufficit autem ejus subscriptio, licet ab alio fuerit scriptum instrumentum, modò rei gestæ interfuerit. Covarr. *Pract. qq. c. 21. num. 1.*

[4] Effectus instrumenti est, quòd fidem faciat, & quidem plenam, si publicam fuerit; cùm præsumatur de ejus veritate, & solemnitate, *l. 11. C. h. t.* Si tamen authenticum seu originale, neque enim exemplo (quod est scriptura ab originali traducta, *l. 2. hoc tit. & Copiam*, sive *transumptum* vulgò

vulgò vocant) eadem est vis, nisi auctoritate judicis traductio sit facta *c. fin.* ꝟ *h. t.* Covar. *d. loco.*

Quid si Notarius fuerit putativus? Sustinebuntur nihilominus ejus acta, propter errorem communem, qui jus facit, *arg. l. Barbarius sup. De offic. Prætor.* modò titulum habeat; quia aliàs non esset, in quo fundaretur error communis, Panorm, in *c. Sicut nu. fin.* ꝟ *Ne Cler. vel Monach* &c.

5 Habenda & fides protocollo, ex quo instrumẽtum extrahitur. Nam Protocollum accipitur pro memoriali tabellionis scriptura domi adservata, in qua gesti negotii annotatio breviter cõtinetur Vig. *l. ad §. nihil inst. De testam. ordin.* Covar. *Pract. qq. c. 19. nu. 20.* Ut multò magis ipsum protocollum probet, quàm Instrumentum inde extractũ, ex regula: Propter quod unumquodque est tale ipsum est magis tale: & facit *c.* ꝟ *hoc tit.* ubi auctoritate publica transumptũ ex protocollo Notarii mortui facit fidem. Ut etiam in casu, quo protocollum contrariatur instrumento aut litteris in forma expeditis secundum illud, sit potius standum protocollo tamquam priori, & continenti ipsum contractum, uti primò est cõceptus Felin. *in c. Quoniam* to. ꝟ *De probat.* Guido Papæ *quæst. 19. nu. 4.* & *5.* Covar. *d. c. 19.*

6 Privatum instrumentum contra scribentem regulariter valet, si de scriptura constet, *l. Publia 2. 26. §. fin sup. Depositi* & caussa sit adjecta, *c. Si cautio* ꝟ *hoc tit.* quæ facit indebiti probationem incumbere scribenti. Aliàs, esse debitum foret probandum actori, nisi circumstantiæ pro creditore faciant præsumi contra scribentem, ut puta conjunctio sanguinis, juncto modo, & genere promissi *l. Virum 47 inf. De donat. inter vir. & uxor.* Quod si ad caussam præcedentem referatur, certum est, quòd effectum habebit; cùm non possit dici caussa deesse, *l. Triticum 94. inf. De V. O.* Liberatoriam confessionem sine caussa valere volunt, quando quis profitetur sibi solutum esse à quopiam, idque favore liberationis, *l. Tale pactum 40. sup. De pactis.*

7 Pro scribente nullam fidem facit, nisi trium testium signis sit roboratum, *l. Scripturas C. Qui pot. in pign. hab.* Si agatur cum imperito litterarum quinq; testes desiderantur, quando contractus libram auri excedit, *Nov. De instrum. cautela 7. §. oportet.* Alias privata scriptura non prodest scribenti, nec alteri oberit etiam accuratissima, *l. Rationes 6. §. De probat.* Hinc testamento, licet sanctè, & religiosè confici solito à morituris, quo scriptum, quod suum esse, aut sibi debitum à quopiam, non statur sine alia probatione, *d. l. 6.*

8 Ubi quæsitum, An libris mercatorum, quibus inscribunt sibi debita, sit standum? R. Eos non excedere privati instrumenti vim; atque ita nec debere fidem facere pro ipsis mercatoribus scribentibus: quamvis consuetudine contrarium sit receptum, accedente juramento scribentis, cujus fama illæsa, & semotis aliis circumstantiis, quæ possent notare librorum fidem. Unde non excluditur arbitrium judicis, quo ex aliis advertat, quantum fidei istis libris habeat. Vid. Menoch. 2. *Arbitr. qq. casu 91. 92. 93* Gail. 2. *Observ 20.* & *41.* Quod & post mortem scribentis obtinere vult idem Gail. *d. lib. 2. c. 21.*

9 Quid si quis Instrumentum à se conscriptum neget? Tunc approbatio fieri poterit per collationem alterius instrumenti publici: imò & privati, saltem jure veteri. Quod hodie non aliàs obtinet, quàm si habeat trium testium subscriptionem, ex quibus duo saltem recognoscant suam manum, aut scripsisse convincantur, *l. Comparationes 20. C. h. t.* aut privata scriptura sine testium subscriptione proferatur ex archivis publicis, aut scriptura sit, quà adversarius utitur; cùm videatur ejus probare fidem, quà suam firmat intentionem *Nov. De his qui, ingrediuntur ad appellat. 49. §. illud autem.*

10 Quid si duo instrumenta eodem die sint confecta? videtur neutrum præferendum; quia propter incertitudinem sibi obstent, *arg. l. Duo sunt Titii inf. De testam. tut.* Gl. in *l. fin. Cod. De elect. D. Adriani tollen.* Nisi prioritatem unius faciat præsumi caussæ favor; veluti si unum dotis contineat hypothecam, alterum verò mutui etiam cum hypotheca; illud enim potius erit, etiam continens tantum hypothecam tacitam. Sic & dotis caussa erit potior, si cum fisco concurrat in tali casu, *l. In ambiguis 85. inf. De Reg. Iur.* Quòd si alterum instrumentum habeat horam appositam, nihil faciet alterius privilegium: nam horam certam habens melius probat eo, quod certam horam non habet, ut non attento privilegio sit præferendum, nisi adversarius contrarium probet, ut rectè Menoch. *2. Arbitr. qq. casu 48. num 25.* Barbosa *ad l. 8. parte 2. nu. 2. inf. Soluto matrim.*

11 Instrumentis fidem derogant cancellatio, inductio, rasio, innovatio *l. Si chirographum 24. sup. tit prox* nisi tali in parte sit, quà non faciat instrumentum suspectum, *c. 3.* ꝟ *eod.* Boer *decis. num. 3.* Si contineat falsum *l. penult. C. h. t.* etiam una in parte; nam pro parte falsum, totum reddit: ut suspectum & falsum judicatur, *can. pura 111. q. 9.* ubi tota testimonii fides irrita

12

 partis.

partis mendacio declaratur. Quod omnino verum est, si sint connexa capitula, vel unum alterius sit accessorium, propterea quòd falsitas unius omnia afficiat, *cā. Si adScripturas dist. 9.* Ut producenti quòad reliqua incumbat probatio, esse vera. Quod si separata contineat capitula, & diversa, dicendum, illa non haberi suspecta, ne utile per inutile vitietur *c. Utile De R. I. in 6.* licet de eo dubitet Glos. in *d. can Si ad scripturas*, & velit totum rejici. * Ab una parte si contraria proferantur instrumenta, quæ inter se conciliari nequeant, indistinctè rejiciuntur, quòd imputet ipse sibi producens, *l. Scriptura 14. C. hoc tit.* Si hinc inde producantur contraria, puplica prævalebunt privatis, quia potiora, *l. Cum de ætate 14. sup. de prob.* nisi & privata habeant subscriptionem trium testium probatæ fidei, *l. Si scripturas C. Qui potior. in pign hab.*

14 Contra instrumenta admittuntur quidem testes, uti & aliæ legitimæ probationes, *c. Cùm à nobis 28 ※ De testib.* Verùm distinguendum inter ipsos testes inscriptos instrumento, & extraneos. Nam primo casu omnes contradicentes instrumento ipsum reprobum reddunt. Ratio est, quòd instrumentum per testium fidem firmetur; ut illâ deficiente deficiat & instrumentum. Aliqui si contradicant, & tot testes integri pro instrumento stent, ut, remota, vel adjuncta Notarii personâ, contradicentes, vel superent, vel adæquent, videtur potiùs standum esse instrumento, quàm testibus, propter Notarii fidem. Pro quo si sit bonæ famæ, est præsumptio juris, propter publicum officium, quod bene, & fideliter exercuerit, Specul. *De instrum. edit §. 8. n. 10.* nisi tamen sit testis necessarius, qui scriptum in instrumento negat se deposuisse: uti in testamento, si unus ex septem contradicat testamento; tunc enim videtur vacillare, quòd non constet suâ solemnitate necessariò requita. Quòd si testes dicant, se non esse memores eorum, quæ instrumento sunt inscripta, non potest dici vacillare ejus fides, cùm nihil contra illud dicatur. Secundo casu certum est, per unum extraneum, deponentem contra instrumentum, illud non everti; propterea quòd ejus fides validior sit, quàm ut per unum testem invalidetur. Per duos testes omni exceptione majores illud invalidari aliquorū est opinio. Quibus obstat, quod instrumentum duobus testibus firmetur, ut stante paritate potiùs pro illo sit præsumendum, atque ita necessariò plures requirantur. Si tamen testes instrumento adscripti sint defuncti, volunt quidam instrumento fidem derogari, cum tamen Notarius duobus æquivaleat, *c. Quoniam 11. ※ De probat.* ut cum sit paritas, videatur pro instrumento standum esse. Alii arbitrio judicis eam rem videntur relinquere, qui quantùm fidei habeat testibus ex circumstantiis judicet. Vid. Panor. *ad c. Ioannes ※ hoc tit* Boer. *decis. 118.13.* Menoch. *2. Arbitr. qq. casu 05.* Covar. *2. Var. Resol. c. 3.*

15 Amissio instrumēti nō obest creditori, si alias de debito constare possit, *l 1. & 4. C. h. t.* quia tantum est loco probationis, quæ suppleri potest. Probatur autem amissio per juramētū in defectum probationum, *l. fin. Cod. h. t.* sicut & ejus tenor. * Cancellatum inventum apud debitorem inducit liberationem, si debitor alleget solutionem quæ ipso jure tollit obligationem; non etiam pactum nudum de non petendo, Costal, *ad l. 2. sup. De pactis*, cum pactum tale ipso jure non liberet. Apud tertium inventum cancellatum idem non operabitur, cum præsumatur depositum. Ejus redditio non alias operabitur liberationem, quàm si alia desit ejus utilitas; præsumitur enim tunc redditum causâ liberationis, ne temeritatis arguatur creditor, si aliud non probetur. Glos. & Bart. *ad d. l. 2*

16

17 Cæterùm magna quidem instrumentis est auctoritas; non tamen tanta; ut evertant veritatem; cum magis inspiciatur, quid in veritate agitur, quàm quod simulatè scriptum; cedit enim veritati simulatio. Contingit autem aliud pro alio scribi, vel per errorem, & omnino prævalet veritas, uti in casu *l 4. De leg 1.* vel per malitiam alterius partis, uti in casu *l. 4. & fin. C. Plus valere quod agitur.* Quo casu non tam quod scriptum, quàm quod verè actum inspicitur, *l. 1. C Ant.* Et hoc, quando de veritate constat: nam alias contentum scriptura prævalet ei, quod actum, *l. Si aliis sup. De usufr. l.* quia scilicet de hoc non constet, ut sit præsumendum pro scriptura *l Antiqua C. Ad S. C. Vellejan. Glos. ad d. l. 1.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 4. De fide Instrumentorum & amissione eorum.

Adn. 1. ANtapochæ sunt utiles in annuis reditibus & præstationibus, vel aliis negotiis, in quibus creditores nullas habent cautiones, & validas probationes sui Juris: hujus formula esse potest: Lucius Titius fateor, C. Seio, die illa, tot solvisse, annui reditus nomine, quem ei debeo, ob fundum vel possessionem illam: vel tot usurarum nomine, ob creditam mihi pecuniam. *Cujac. & Godofr. ad l. 19. C. hoc tit.*

Adn. 3. De Instrumentis eorumque fide & requisitis, & quæ per ea probari queant: Et in quibus differat in his Jus Camerale à Jure civili. *vid. eleg. Schvvanmann. in diff. Iur.* Civil. *& Cam. diff. 4. per tot.*

Cum inter alia, in Instrumentis, annus nati SALVATORIS NOSTRI JESU CHRISTI, addi debeat, *sec. constit. Maxim. de anno 1512. §* und nachdem *& seq. Denaif. Camera Assessor in Iur Camer. tit. 148. §. 1.* Quæritur an hoc omitti possit, Si Notarius inter Christianum & Judæum, vel inter duos Judæos Instrumentum conficiat? Quod nego *cum Angel. à Gambil. ad proœm. Inst. num. 3.*

Indictio quid sit, unde oriatur, quomodo inveniatur, & si per Notarium erroneè & corruptè fuerit apposita quid Juris, *vid. Schvvanman. prox. tit. loc. n. 12. 13. 15. 16. 17. 18. 19. Besold. in thes. Pract. verb.* Römer Zinßzahl *& Weh in Observat. Pract. verb. isto.*

Adn. 4. Ex Instrumento, tres oriuntur præsumptiones. Primò quòd sit verum: Secundò, quòd sit solenne. *Gramm. decis. 45. n. 10. Rot. decis. 2 3. n. fin.* Tertiò quod omnia quæ in eo scripta, actenta que perhibentur, inter partes sic verè sint gesta prolata que. *Franc. Marc. quæst. 51. part. 1. & part. 2. q. 143. & 511. Menoch. consil. 343. lib. 4. Wes. in parat. ff. de fid. Instrum. n. 6. fol. 23 . & cons. 42. n. 16. Meisner. lib. 1. rerum Iudic. decis. 26. nu. 49. & 280.* ubi subjicit durioribus probationibus affici eum, qui contendere vult, Notarium aliqua, in instrumento scripsisse, sine partium consensu: quam opinionem sequitur *Gail. 2. obs. 71. num. 12.* qui multis authoritatibus confirmat præsumptionem pro Instrumento esse, quod omnia ritè celebrata factaque sint.

Exemplis Instrumentorum, an & quando fides adhibenda? *vid. eleg. Mynf. cent. 6. obs. 73. Gail. 1. obs. 91. n. 2. adde VVeh. in obs. Pract. verb.* Copey *Treutl. vol. 2 disp. 5. th. 5. lit. de ibique alleg. Carpz. p. 1. const. 17. def. 38.*

Adn. 5. Huc pertinet quæstio practica quotidiana: si statim in aliquo contractu, capitula illius conventionis summariter annotentur & subscribantur à partis ipsis, & instrumento postea insuper confecto, aliqua vel omissa vel diverso sensu inserta reperiantur, an per Instrumentum intelligatur, ab illis capitulis recessum? Nego, & hoc casu majorem, privatæ illius scripturæ partium, quam Instrumenti authoritatem esse existimo, *arg. l. 22. de probat. Iason. in l. Titia §. Idem respondit de V. O. Alex. 2. Consil. 122 nu. 2. & 5. cons. 26. n. 3. Tiraq. de retract. convent. §. 1. gl. 1. numer. 1. in fin. Surd. Consil. 262. per tot. & decis. mant. 7.*

Adn. 6. Privata scriptura quid & quotuplex sit? Et an & quando probet? *vid. Besold. in th. Pract. verb.* Handtschrifft. *late Nicol.* Janvam *tract. de privat. scrip. quæst. 4. Mynf. Resp. 21. numer. 25. & seqq.*

Privata scriptura an fidem faciat in factis antiquis *vid. Mynf. cent. 5 obs. 79. Gail. 1. obs. 71. n. 7.*

Adn. 8. Libri mercatorum an & quando plenam fidem faciant pro scribente. *vid. ap. Roland. consil. 91. vol. 3. Mascard. de probat. concl. 975. Marsil sing. 458. Fulv. Pacian. lib. 1 de probat. c. 61. n. 18. & seqq. Boer. decis. 63. per tot. P. Surd. decis. mant. 190. Menoch. de arbitr. Iud. quæst. lib. 2. cent. . Cas. 91, 92, 93. Gail 2. obs. 20. Carpzov. Iurispr. forens. part. 1 const. 7 def. 3 36.* Et de mercatorum libris falsis, quomodo & unde falsitas præsumatur, aut excusetur, *vid. ap. Farinac. lib. cons. 18. & cons. 23.* ubi tractat de laceratione foliorum.

vulgò von Hundert Gülden Haupt Gut / jährlichen 5. Gülden Abzinß oder Interesse zunehmen. *Rulant. de commiss. part. 4. lib. 6. cap. 6. num. 13.* R. A. *de anno* 1500. 1549. 1548. 1577. *tit.* von Wucherlichen Contracten / *&c.* & R. A. zu Regensp. *de anno* 1654. §. a reichend / *&c.* Idque etiam in emptione redituum annuorum servatur. *Coler. de process. executiv. part. 1. cap. 10. num. 74. 82. & seqq. Wes. consil.* 14. *num.* 43. & *consil.* 50. *numer.* 34. Si igitur ultra has publicâ lege concessas quincunces usuras, aliquid promissum fuerit, non debetur. *Carpzov. part. 2. constit. 30. defin. 1. num.* 15. quamquam inter mercatores, consuetudine quorundam locorum, usuræ besses, id est octo pro centum, tolerentur. *modo dict. Auth. cit. loc. defin. 2. numer.* 4. In annuis reditibus autem, quando emptio illorum excedit justam pensionem, puta quincunces, hoc est si ultra quinque, in singula centena, annuatim aliquid accipiatur, tunc illud quod excedit justam pensionem, rejicitur, & fit reductio, ad legitimum modum usurarum. *Gail. 2. obs. 5. numer* 10. Præter hæc tamen & hæc meminisse oportet, propter illicitam usurarum stipulationem, sortem principalem non amitti, quia hoc pactum illicitum non vitiat contractum, aliàs per se licitum, sed vitiatur, & pro non adjecto habetur. Gail. *prox. cit. loc. numer* 7. *Mynf. &c.* 15. *num* 2. *Web. in obs. Pract verb.* Zinß *pag.* 716. Etsi etiam Usuræ, si sortem æquaverint, de Jure Civili, desinant deberi. Treutl. *vol 2. disp. 3 th fin. lit. d.* Tamen hoc ex probabili legitimarum usurarum ratione non attenditur: sed quamdiu durat mutuum, tamdiu præstantur usuræ & pensiones, etiamsi ad centum, vel mille annos duraret obligatio. Fridet. Mindon. *lib. 2. de Mandat. c. 37. in fin.* Berlich. *part. 2. const.* 38. *n.* 3. 36. 37.

Ad hæc, si inter partes conventum fuerit, de præstandis usuris quincuncibus, quæritur, si creditor majus interesse probare possit, an debitor ad illud solvendum sit condemnandus? quod affirmatur per illa quæ habet Coler. *part. 1. cap.* 10. *nu* 101. & 102. & Carpzov. *pag. 2. const. 30. defin.* 10. Quando creditor probat se ob defectum pecuniæ, quam debitor justo tempore non solvit, coactum fuisse vendere lares paternos, vel prædia, vel aliunde, sub usuris pecuniam mutuò accipere, in hoc casu unà cum sorte omne interesse petere potest: sec. Betlich. *p* 1. *concl.* 66. *num* 10. Quomodo a. interesse lucri cessantis & damni emergentis probari debeat vid. *Coler. in process. exec. pag. 1. capit.* 10. *num.* 101. & Gail. 2. *obs.* 6. *num.* 4. & 5. Berlich. *pag. 2. concl* 38 *num.* 32 *ibique alleg.* Carpzov. *p* 2. *const.* 30. *def.* 10. *num fin.*

Fidejussor, pecuniâ destitutus, si aliunde mutuum accipit, sub gravioribus usuris, quàm hactenus mentionata patriæ nostræ consuetudo permittit, eamque pecuniam mutuò acceptam creditori incessabiliter instanti solvit, eas usuras à debitore repetere potest, & ad illas consequendas, executio contra debitorem ei concedenda est, per fundamenta Juris fortissima, quæ collegit Dan. Moller. *lib.* 2. *Semestr. cap.* 40. *per tot.* Non obstantibus illis, quæ contra hanc sententiam allegat & adducit Carpzov. *p rt. 2. concl. 30. defin* 16. & Berlich. *part. 2. conclus.* 38. *n.* 27. 28.

Ad n. 27. An ut usuras usurarum, ita & interesse alterius interesse exigere prohibitum sit? *vid.* Berlich. *part. 2. concl.* 38. *num.* 33. Carpzov. *part. 2. constit.* 30. *def.* 29. *n.* 3. Menoch. *de arbitr. iudic. quæst. lib. 2. cent. 2. Cas.* 119. *num.* 17. & *seq.*

Usuras usurarum solvit tutor de pecunia pupillari, non autem alius debitor extraneus. Carpz. *prox. cit. loc. def.* 30. Wes. *part. 2. Consil.* 72. *n.* 12. Molin. *de Usur. q.* 77. *n.* 601.

Adn. 45. Ut quis in mora constituatur, non sufficit debitum, sed oportet, ut illud quod debetur, sit liquidum, in illiquido enim debito mora contrahi & committi non potest, *Dd. ad l. acceptam C. h. t.* Gail. 2. *obs.* 19. *nu.* 8. Tiraq. *de retract concl.* 9 §. 1. & 2.

Ad n. 49. Regula, quod dies solutionis interpellet pro homine, inter cætera singulariter limitatur non obtinere, nec diem solutionis faciendæ in certo loco debitorem constituere in mora, quando creditor & debitor sunt diversi fori, nec accessit ea die creditor ad locum destinatum solutioni, ut reciperet. Mynf. *cent.* 3. *obs.* 95. *n.* 3.

Adn. 53. Quando à lege vel statuto certum tempus præfigitur, eo lapso, non admittitur moræ purgatio, qui terminus legis est peremptorius. Gail. 2. *obs.* 19. *num.* 11. (12.) Moræ purgatorium non habet locum, pœnâ & die expressâ. *ut hic:* & Carpzov. *p.* 1. *const.* 16. *def.* 4. *n.* 6. (3.) Si res non amplius est integra, h. e. quando alterius partis Jus fit deterius Carpzov. *part. 2. constit.* 38. *defin.* 11. *in fin.* vel aliàs Actoris cepit interesse. *modo dict. Auth. part. 1. const.* 20. *def.* 21. *num.* 5. *Adde* Tessaur. *dec.* 212. & Goedd. *ad l.* 12. § 1. *de V. S. num.* 10.

Uta. mo-

Ut autem moræ purgatio post lapsum terminum admittatur, quæ requirantur? *vid. ap.* Carpzov. *part. 1. constit. 32. de fin. 5. n 3. ibique alleg.* Tessaur. *decis.* 77.

TITVLVS II.
De nautico fœnere.
SUMMARIUM.

1. *Fœnus nauticum quid, & quando locum habeat.*
2. *Habet & locum in trajectitia pecunia per terras periculosas.*
3. *Fœnus hoc an probatum jure Canonico?*
4. *Intellectus* c. Naviganti fin. ꝟ De usuris.

1 Nauticum Fœnus, de quo hoc Tit. diversum a vulgaribus usuris, habet locum in maritima, & trajectitia pecunia, uti nomen sonat. In hoc periculum sortis creditæ suscipit in se mutuans, *l. 1. Cod. hoc t.* hac lege, ut si merx trajicienda pereat, nihil veniat reddendum mutuanti; si verò salva ad locum destinatum transvehatur, tunc & ipsa sors reddatur cum convento augmento, *l. 1. & 2. h t. l. fin. Cod. eod.* tamquam periculi pretium, *l. 5. h. t.* Et hoc non tantum si per stipulationem tale Fœnus sit promissum, verùm etsi per pactum nudum, *d. l. 5. in fine, & l. 7. hoc tit.* Extenditur etiam ad usuram centesimã, idq; ratione periculi, quod tanto pretio æstimabile est, *l. Eos 2. § 1 C. h. tit.*

2 Dicitur autem in *l. 1. h. t.* trajectitiam dici pecuniam, quòd trans mare vehatur, ut videri possit, non idem dicendum esse de suscepto periculo mutuatarum pecuniarum transvehendarum per terras periculosas: verùm rationis identitas, scilicet periculi, quod subest susceptio, idem vult statui, Bald. *in d. l. 5. h. t.* Castrens. *in l. 1 Cod. eod.* Quæ res jure civili est certa & extra controversiã.

3 De jure Canonico dubitari poterat, propter *cap. Naviganti fin.* ꝟ *hoc tit.* Quo tamen non obstante, dicendum cum plerisque DD. isto jure ejusmodi Fœnus non posse dici improbatum esse; siquidem isto jure non damnetur lucrum ex mutuo receptum; nisi principaliter nomine mutui receptum sit, non etiam ratione damni accepti, vel lucri cessantis, vel respectu periculi suscepti pecuniã æstimabilis, uti in casu *d. l. 5. hoc tit.* nam tunc non tam ratione mutui quid capitur ultra sortem, quam nomine justi periculi. * Sed movē-
4 tur aliqui in contrarium, per *d. c. fin.* cujus verba sunt: *Naviganti, vel eunti ad nundinas certã mutuans pecuniæ quantitatem, eò quòd in se suscipit periculũ, aliquid accepturus ultra sortem, usurarius est censendus.* Variæ à variis adducuntur istius textus conciliationes in defensionem communis opinionis, optimã ratione nixæ. Sunt qui culpent exscriptorum culpam, & volunt addi negativam, scilicet, *usurarius non est censendus*, propter subsequentia verba. Nam cùm ante posuisset Pont. casum à labe usuraria alienum, subjungit, *ille quoque &c.* quòd copula debeat copulare similes casus, non etiam cõtrarios. Ita Joan. Bernart. *De utilit. leg. hist. lib. 2.* Quæ conciliatio subtilis quidē est, & posset videri verò proprior, sed divinatoria, Juris cõsulto minimè digna, cum omnes textus legant affirmativè. Alii man* dant, & secundùm textũ istum ponunt in prædicto casu labē usurariam. Navarr, *ad d. c. Navigan.* alios citans, contra rationem jam dictã; cum pecunia, quæ datur, detur non tam ratione mutui principaliter, quàm ratione oneris, quod est æstimabile. Quomodo dicendum in *d. c.* Pontificem nõ ponere labē usurariam in eo quòd aliquid ultra sortem capiatur, etiã nomine periculi; sed in eo, quòd creditor non aliàs mutuum dare voluerit transmarinum, quàm in se suscepto periculo: quæ res quia gravis debitori, ad ejus onus spectans, qui maluisset ipse subire periculũ non ita præsens, ponit labem usurariam in creditore secũdùm Pont. quinõ vult quãlibet periculi susceptione licitum fieri receptũ ultra sortem, sed eã tantũ, quæ verè talis est, pecuniã conventã respondente periculo Covarr. 3. *Var. Res. c. 2. n. 5.* Jo. Lup* *add c. Naviganti § 1. n. 5.* Vide & Fach. *l. 2. c. 48.* Binsfeld. *ad d c. Naviganti q. 1.*

ADDITAMENTA.
Ad tit 2. De Nautico fænore.

Usura nautica adhuc hodie est in usu (Galli *asseurer* vocant) sunt enim singularia Collegia mercatorum, qui incidentia omnia pericula in se suscipiunt, tutamque & indemnem navem præstant, ab aqua, igne, tempestatibus, Amicis, inimicis, ab arrestis regum, à negligentia Nautarum, &c. Vid. *Historiam Amstelodamensem Pontani, lib. 4. cap. 4.*

TITVLVS III.

De Probationibus & Præsumptionibus.

SUMMARIUM.

1. *Probatio quid & quotuplex.*
2. *Circa quæ versetur, & in quibus.*
3. *Probatio cui incumbat.*
4. *Negantis factum nulla est probatio directa.*
5. *Probatio facienda lite contestatâ.*
6. *Probat actor, tum reus excipit.*
7. *Reus in probatione exceptionis deficiens an condemnandus?*
8. *Effectus plenæ probationis.*
9. *Probatio semiplena non facit fidem.*
10. *Probationes duæ semiplenæ junctæ an plenam fidem faciant.*
11. *Præsumptio quid?*
12. *Præsumptio alia juris, alia juris & de jure.*
13. *Præsumptio hominis quæ dicatur.*
14. *Præsumptio est instar probationis.*
15. *Præsumptio an admittat probationem in contrarium.*
16. *Confessio judicialis partis adversæ an æquivaleat præsumptioni juris & de jure.*
17. *Extra judicialis non æquivalet plenæ probationi.*
18. *Notorium an & quando prævaleat?*
19. *Præsumptio in foro conscientiæ non operatur.*
20. *Ex præsumptione an ferri sententia possit?*

Cum inanes sint actiones, de quibus hactenus, nisi indubitatâ probationis fide apud Judicem competĕtem de iis constet, quòd non probata habeantur, quasi non essent, non tam deficiente jure, quàm non patente, *l. Duo 30. inf. De testam. tut.* ideo hic subjungitur de Probationibus.

1 Probatio est rei dubiæ, vel non apertè per argumenta facta fides. Aliam ponunt Artificialem, ex ipsa caussa adsumptam, & dicitur Insita. Cujus ordinis est præsumptio ex facti circumstantiis dimanans: aliam Inartificialem, quæ & Adsumpta dicitur, quòd extra caussam adsumatur, cujus ordinis sunt testes, tabulæ, & alia similia. Est alia Probatio plena, per quam fit judici tanta fides, ut plenè instructus, sententiam super eâ ferre possit; ut si res duobus testibus probetur fide dignis aut instrumentis publicis, vel aliis fidem merentibus, legitimis item indiciis, præsumptionibusve: alia Semiplena plenam fidem, vel certam caussam non ponens; sed opinionem potius, quàm fidem gignens; est tamen adminiculum aliquod Probationis, ut si res probetur per unum testem licet fide dignissimum, vel plures singulares, *de quibus tit. seq.* Ad probationem etiam olim referebantur probationum species, tam vulgarium, quàm Canonicarum; sed prius illud genus omninò cessare jussum, ut incertum, & non minùs execrandum, de quo *tit. De purgat. vulgari.*

2 Versatur Probatio circa ea, quæ dubia sunt & quidem facti; nam ea plerumq; incerta & dubia. Illa, quæ juris sunt, cum per se nota sint (etenim jura certa habentur) probanda minimè veniunt; nisi fortè juris esse negentur: quo modo consuetudo probanda dicitur, *capit. 1. De constitutionibu. in 6.* Et quidem in omnibus judiciis, in quibus aliquod factum vertitur, utimur Probationibus, tam civilibus, quam criminalibus; hoc tamen discrimine, quod in criminalibus probationes: equirantur, luce meridianâ clariores, *l. fin. C. h. t.* quòd in his plerumque agatur de vita hominis, in quibus, nisi ita de objecto flagitio constet, ut vix etiam ipse ea, quæ commiserit, negare queat, facile judicandum non est, *l. qui sententiam 16. C. De pœnis.*

3 Incumbit verò Probatio alleganti, sive is sit actor, sive reus, *l. 1. & l. Verius 21. hoc tit. l. 1. Cod. eod.* Actorem regulariter tenet onus probandi; quòd ad judicium provocet, non etiam reum, nisi excipiendo actoris vices subeat (quòad exceptionem enim est loco actoris, *l. In exceptionibus 19. in princ. hoc tit.*) vel aliàs ex speciali caussâ onus probandi in eum lex rejiciat, ut in casu *l. Cum indebito hoc tit. & l. 6. inf. De donat. inter vir. & ux.* In communibus judiciis utrique incumbit Probatio; quia uterque agit & allegat; & si æquè probet, absolvitur reus, nisi actoris partem foveat favorabilis caussa, *capit. 1. tit. hoc tit.* vel nisi alter probet antiquiorem possessionem, *c. Licet 9. eod.* Et communiter is superat, pro quo stat firmior probatio, *cap. 4. eod.*

4 Negans probatione non oneratur, quòd per rerum naturam factum negantis nulla sit probatio, *l. Actor. 23. Cod. hoc tit.* Negationis enim, ut non entis, nullæ sunt differentiæ, nullæ qualitates, nulla propria, secundùm quæ formatur Probatio, & ex quibus desumitur, *l. Adseveratio 10. De non numer. pecunia.* Nisi talis sit negatio, quæ includat affirmationem; ut in casu, *l. Si fili 8. h. t.* Ubi filius negans se sub patris esse potestate, probare

probare debet, quòd hoc ipso adserat se emancipatum: & in casu *c. Super 5. ;; De renunciat.* Ubi negans spontaneam renunciationem, implicitè adierit coactam, & ad probandum admittitur. Similiter negativa juris probanda venit: ut si quis neget aliquem prohibitum specialiter lege, vel constitutione ab aliquo actu, uti procuratorem esse non posse, vel non ritè emancipatum, *l. 1. h. t.* Denique negativa coarctata loco, & tempore indirectam Probationem admittit; ut si quis arguatur homicidium, vel furtum Romæ certo die commisisse, ille autem neget se tunc Romæ fuisse, admittetur ad probandum, se ea die, vel hora in distanti loco fuisse *l. Optimam verf. nisi C. De contrah. & commit. stipul* Menoch. *l. 2. Præsump. cap. 50.*

5 Facienda Probatio post litem contestatam: ante enim nihil est, super quo adhibeatur; cùm actor non tam petere, quam petere voluisse videatur: nisi valetudo, vel diuturna futura absentia testium aliud exigat, quâ de re ;; *Ut lite non contest.* Dilatoriæ quoq; exceptionis Probatio ante litis ingressum admittitur, quòd ante eum de illa constare debeat, qua de re infra *De exceptionib.*

In probando ordo servandus, Primò intentionem suam probat actor, id est caussam ex qua agit, tum reus in sua exceptione auditur, *l. 1. & l. Exceptionem Cod. h. t.* Deficiente actore in sua probatione, reus absolvitur, etiamsi nihil allegaverit,

6 *l. Qui accusare C. De edendo.* * Potest tamen actor ex novis Probationibus caussam redintegrare, si tantùm ab instantia reus sit absolutus; non etiam si definitivè ab ipsa caussa, *l. Argëtarius sup. De edendo:* caussam enim sopitam resuscitari non fert quies publica. Quod si reus ferus jure suo velit, non audito actore, suam exceptionem probare non est prohibendus, quòd cuilibet sit liberum juri suo renuntiare, *l penult. Cod. De pact.*

7 Quo tamen casu quæri potest, An in Probatione deficiens, actore nihil probante, sit condënandus quasi confessus? Negandum id omnino, quod per hoc non possit dici fundata intentio actoris, cujus Probatio desideratur, *l. Non utique ;; f De except.* Costal. in *l. Circa 14. h. t* allegans tamen solutionem à se factam; si non eam probet, non potest non videri firmasse intentionem actoris, videtur enim se agnovisse debitorë, Cujac. in *Recit. C. eod.*

8 Effectus Probationis, quod plena, certa, liquida, (maximè in capitalibus) non impertinens, respondens libello saltem qualitate, faciat secundùm se ferri sententiam, *l. Si scriptum 11. cum seq. C. h. t.* ut purgatio non sit admittenda, *c. ad nostrã* 12. ;; *h. t.* Quando plena sit censenda, & quantum fidei testibus sit habendum, arbitrio judicis relinquendum; quia facti hæc res est, ex circumstantiis judicanda. * Semiplenæ Probationis nõ 9 est magnus effectus; unde & Probationis simpliciter positæ nomine non venit. Interdum tamë onus Probationis in adversarium retorquet, *arg. l. fin. in princ. sup. Quod metus caussa &c.* & interdum aliquam fidem facit; cùm faciat deferri juramentum necessariũ, ut dictum supra *ad tit. De jurejur.* & ad torturam indicendam sufficiat, quâ de re infra, *De quæstionib.*

10 Sed quæritur, An duæ semiplenæ Probationes, veluti unius testis, & instrumenti privati faciant plenam probationem? Videtur hoc posse admitti in caussa civili non ardua, si testis sit fide dignus, & instrumentum, vel aliud adminiculum concurrens semiplenam Probationem adimpleat; qua in re judici cautè advertendum, Menoch. 1. *De Præs. c. 41.* In arduis non facilè conjungendæ semiplenæ Probationes, præcipuè in criminalibus, propter præjudicium partis, ut in iis non obtineat regula: Et quæ non prosunt singula, plura juvant Menoch. *d. l. n. 8.* Gail. *Cum opin. lib. 2. de prob. conc. 1.* Adde Mynsing. *Cent. 1. Obs. ult. & Cent. 5. Obs 33.*

11 Altera Rubricæ pars est de Præsumptionibus, quas dictum paulò ante spectare ad artificialem probationum speciem, sive insitam, quòd ex circumstantiis caussæ antecedentibus, vel subsequentibus colligantur. Est autem præsumptio conjectura ex aliquo veri simili signo ad probandum adsumpta. Distinguitur à Fictione, quæ licet naturam imitetur veritati, *§. minorë Inst. De adopt.* non tamen consonat, cùm, quod impossibile est in specie lex fingat, ita postulante æquitate, ut videre est in jure postliminii, & lege Cornelia, quòad captum reversum aut mortuum.

12 Præsumptionem aliam faciunt legis, aliam hominis. Iterum aliam juris & de jure, aliam juris tantùm. Hæc est dispositio legis, ex aliquo signo, vel indicio quid præsumentis: exemplum est in *c. Adferre 10. & aliis ;; h. t.* & *l. Filium sup. De his qui sui jur.* Illa est dispositio legis, ex aliquo signo quid præsumentis, & super prusumpto tamquam comperto jus statuentis. Dicitur juris, quia à lege est inducta. Dicitur, de jure; quia super tali præsumptione lex firmum jus statuit, eam habendo pro veritate. Alciat. *De præsumpt. parte 2. num. 5.* Exemplum est secundum jus verùs in *c. Is qui fid m ;; De sponsalibus* & in *l fin. Cod. De iure de liber.* * Præsumptionë hominis eam dicunt, quæ 13 lege quidë nõ est expressa; est tamë justa, & rationi respon-

ut possit constare de veritate, *c. Literas* 24. *De præsumpt.*

Non obstat *l. Absentem inf. De pœnis.* quia vult non esse damnandum aliquem ex suspicionibus, quæ continet levia signa. Non obstat etiam *c.* ✠ *d tit.* nam in eo agitur civiliter ad restitutionem prolis, & super eâ tantùm judicatur nullâ factâ mentione criminalis judicii, quod non controvertebatur. Sarmientus 1. *Select. Interpret. cap.* 1. Praxi tamen videtur receptum, pœnam delicti tantùm præsumptivè probati mitigendam esse, quòd, licet non omnino videatur reus innocens, non pateat tamen de crimine per veram probationem; qua de re latè Menoch. *lib.* 1. *Præs. cap.* 97. Barbosa *ad leg.* 1. *in pr. n.* 76. *& seq. inf. Solut. matr.* Hominis præsumptio, cùm lege non nitatur, non est magnæ efficaciæ: arbitrio tamen judicis relinquendum volunt, quantum ei fidei habeat; cujus est hac in parte cautè & circũspectè agere, ne facilè litem suam faciat Menoch. *d. lib.* 1. *cap.* 49.

ADDITAMENTA.

Ad tit. De probationibus & præsumptionibus.

Adn. 1. PRobationum species sunt decem: 1. per Instrumenta 2. per Testes 3. per Confessionem 4. per Jusjurandum 5. per Rem Judicatam. 6. per Rei evidentiam. 7. per vehementem Opinionem. 8. per Rationem naturalem. 9. per Rationem conjecturalem. 10. per Conjecturam hominis. Borell. *de comprom. §. 8. gl. 2. n. 2. p.* 72

Rerum genera quæ probantur, sunt quatuor, licet ad tria dirigi posse videantur. I. Quædam Solis Instrumentis probantur, non testibus. II. Quædam contra; Solis testibus, non Instrumentis. III. Plæraque utrisque. IV. Equibus tamen alia melius testibus probantur De quibus omnibus exempla vide ap Schvvanmannum *in diff. Iur. Civ. t. & Camer. diff.* 4. *n.* 5. .. 9 60. *& seqq. ad finem usque.*

Adn. 2. Plures imperfectæ probationes, an in criminalibus rectè conjungantur, ut integram fidem faciant: vid. Mynf. *cent. 5. obs.* 37. Gail. 1 *obs.* 108. *n.* 13. Luddov. Peguer. *quo. crim.* 17. Gabriel. *lib.* 1. *tit.* Schrad. *ad l. admonend. n. 24. f.* 332. *& seq.*

Adn. 3. Quo fundamentum suæ intentionis, unusquisque probare teneatur: hoc innumeris exemplis plusquam latissimè probat. *Ioseph. Ludov. Com concl.* 14. adde Berlich. *p.* 1. *concl.* 37.

Adn. 4. Negatio est duplex, alia pura, alia prægnans, quæ affirmationem continet: de qua ultima vid. eleg. Bacc. *ad Treutl. vol. 2. disp.* 4. *th.* .. *lit. b. & th.* 4 *per tot. ibique à Tr. alla.* Carpz. *part.* 1 *const.* 10. *def.* 8. Hartm. Pist. *p.* . *q.* 22. *n.* 2. Cravett. *consl.* 192. *n.* 15. Fulv. Pacian. *de prob. lib.* 1. *c.* 22. *n.* 45. Ant. Gabri. *lib.* . *concl. tit.* 1. *concl.* 6. *n.* 5. *& seqq.*

Adn. 5. De Testibus ante litem contestatam quandoque examinandis, vid. Farin. *qu.* 76. *n.* 11. Nicol Rucker *de comm: J. ad recip. test. dep offic. fol.* 1.. *& seq.* Hartm. Pist. *lib.* 1. *qu* 39. Treutl. *vol.* 2. *disp.* 5: *th* 7. *lit f. ibique* Bacc. Mynf. *cent,* 1. *obs.* 10. *& cent.* 4. *obs.* 71. Gail. 1. *obs.* 92. Berlich. *part.* 1. *concl.* 46. Carpzov. *part.* 1. *const.* 16. *def.* 35.

Quæ requirantur, ut quis in Camera Imperiali, commissionem ad perpetuam rei memoriam obtineat? vid. eleg. Schvvan. *in diff. Iur civil. & Camer diff* 9. *per tot præsertim. n.* 23. 24. *& seqq.*

De termino probatorio, intra quem, probationes perfici debent. vid. eleg. Berlich. *part.* 1. *concl.* 38. Carpz. *p.* 1. *const.* 16. *def.* 1. *n.* 1. *& const.* 17 *def* 1 Gail. 1 *obs.* 35. *n* 20. Treutl. *vol.* 2. *disp.* 4. *th.* 6 *l d.*

Adn. 10. De plenis & semiplenis probationibus & præsumptionibus: & an & quatenus duæ semiplenæ probationes, vel præsumptiones, ad constituendam plenam probationem, simul jungi possint. vid. Berlich. *prox. alleg. l concl* 3 *per tot.*

Adn. 11. Plures fictionis & præsumptionis differentias recenset. *Menoch.* . *præs.* 8. *allegatus à. Treut. vol.* 2. *disp.* 4. *th.* 1. *lit. a.*

Adn. 8. De notorio ejusque probatione: & quid discriminis sit inter notorium & manifestum; vid. Mynf. *cent.* 6. *obs.* 3. Gail. 1. *obs.* 31. *n.* 4. 5. 6. *& l.* . *obs.* 17. *n.* 14. . . *&* 18.

Adn 20. An ex præsumptionibus violentis seu vehementissimis, possit aliquis criminaliter condemnari: Item ex semiplenis probationibus, junctis adminiculis? Et an Judex possit ordinariam pœnam condemnato, ex præsumptionibus imponere? vid. Farinac *l b.* 1. *consil.* 60. *in ad lit. lit. K & L, Item consil.* 7, *lit.* C. *& consil.* 78. *lit. a. b. c, & consil* 52. *lit. a.*

Ex duabus pluribus vè præsumptionibus, quarum una alteri præferatur, docet Menoch. *de præsumpt. l. 1. quæst. 29. Et idem de arbitr. Iudic. quæstion. lib. 2. Cas. 472.*

Hucusque hæc prælegentem Cl. V. HENRICUM ZOESIUM piæ mem. prætatura & deplorata mors de vitæ statione dejecit die 16. Februarii anno CIↃ.IↃC XXVII. Quæ deinceps sequuntur usque ad librum 28. exclusivè ex aliis ejusdem D. ZOESII Prælectionibus, potissimùm quas privatim in *Codicem* habuit, opera Viri docti atque industrii collecta, ne quid ad perfectionem operis deesset, hic subtexuimus.

TITULUS IV.

De fide instrumentorum, & amissione eorum.

SUMMARIUM.

1. *Instrumentum quid?*
2. *Aliud privatum, aliud publicum.*
3. *Materia & forma instrumenti publici.*
4. *Effectus est, plenam fidem facere.*
5. *Protocollo habenda fides.*
6. *Privatum probat contra scribentem.*
7. *Pro scribente an & quatenus probet.*
8. *Libri mercatorum an & quam fidem faciant.*
9. *Instrumentum negatum per comparationem literarum quomodo probandum.*
10. *Ex duobus instrumentis eodem die confectis quod prævaleat.*
11. *Instrumentum cancellatum, rasum &c.*
12. *Falsum pro parte an totum tale judicandum.*
13. *Instrumenta contraria.*
14. *Contra instrumenta qui testes & quot admittendi.*
15. *Amissio instrumenti creditori non nocet.*
16. *Instrumentum cancellatum apud debitorem inventum inducit liberationem.*
17. *Instrumentum simulatè scriptum cedit veritati.*

PEr instrumenta, & testes præcipuè instruitur judex: non enim minor est vis probandi instrumentis, quàm testibus, *l. In exercendis 15. C. hoc tit.* [1] Deductum nomen ab instruendo. Specialiter pertinet ad eam caussæ instructionem, quæ fit per scripturam, ad rei alicujus probationem. Aliud est Publicum, factum auctoritate publicâ, aut à persona publica; vel in judicio, cujusmodi sunt acta judicii, vel extra judicium à Notario legitimè creato. [2] Aliud Privatum, à privatis factum, quod non nisi impropriè instrumenti nomen meretur, sed potiùs scripturæ, ac scedulæ, *Auth. Contra Q. De non num. pecun. & l. Scripturas Cod. Qui pot. in pig. hab.* cujus generis est Apocha, Antapocha. Apocha est solutæ dat æque pecuniæ cautio, quâ creditor à debitore pecuniam se accepisse testatur. Antapocha est scriptura, continens confessionem debiti soluti per debitorem, data creditori ad faciliorem probationem debiti in futurum, *l. plures 19. C. d. tit.*

[3] Instrumentum fit super quavis materia, & de omnibus actibus jurisdictionibus, sive voluntariæ, ut emancipationis *l. 11. C. hoc tit.* sive contentiosæ, *l. Gestis 6. inf. De re judic.* deque omni genere contractuum; *l. Contractuum 17. C. d. tit.*

Ad cujus solemnitatem videtur inprimis requiri, ut præmittatur divini nominis invocatio: cujus tamen omissione non vitiari de jure scripto instrumenta, tradit Panor. *ad c. 1. nu. 3. & h. t. Covarr. Pract. qq. c. 20. nu. 1.* Exprimatur annus regnantis Principis, Consulis & Indictionis, *Nov. Ut prapon. nomine Imp. 47.* Non videre tamen & hanc necessariam adjectionem putat idem Covarr. *1. Var. Resol. c. 12. in fine* Annus, mensis, dies, locus contractus omnino apponendi, *l. Optimam C. De contrah. stipul.* Sunt & necessarii testes ipsi instrumento inscribendi, ut per eos, si dubium oriatur, possit constare de veritate, quorum tamen subscriptio non semper est necessaria; Notarii verò necessaria est, neque aliàs subsisteret instrumentum: Sufficit autem ejus subscriptio, licet ab alio fuerit scriptum instrumentum, modò rei gestæ interfuerit. Covarr. *Pract. qq. c. 21. num. 1.*

[4] Effectus instrumenti est, quòd fidem faciat, & quidem plenam, si publicam fuerit; cum præsumatur de ejus veritate, & solemnitate, *l. 11. C. h. t.* Si tamen authenticum seu originale, neque enim exemplo (quod est scriptura ab originali traducta, *l. 2. hoc tit. & Copiam*, sive *transumptum* vulgò

vulgò vocant) eadem est vis, nisi auctoritate judicis traductio sit facta *c. fin.* ꝟ *h. t.* Covar. *d. loco.*

Quid si Notarius fuerit putativus? Sustinebuntur nihilominus ejus acta, propter errorem communem, qui jus facit, *arg. l. Barbarius sup. De offic. Praetor.* modò titulum habeat; quia alias non esset, in quo fundaretur error communis, Panorm, in *c. Sicut nu. fin.* ꝟ *Ne Cler. vel Monach &c.*

5 Habenda & fides protocollo, ex quo instrumentum extrahitur. Nam Protocollum accipitur pro memoriali tabellionis scriptura domi adservata, in qua gesti negotii annotatio breviter cōtinetur Vig. *l. ad §. nihil inst. De testam. ordin.* Covar. *Pract. qq. c. 19. nu. 20.* Ut multò magis ipsum protocollum probet, quàm Instrumentum inde extractū, ex regula: Propter quod unumquodque est tale ipsum est magis tale: & facit *c.* ꝟ *hoc tit.* ubi auctoritate publica transumptū ex protocollo Notarii mortui facit fidem. Ut etiam in casu, quo protocollum contrariatur instrumento aut litteris in forma expeditis secundum illud, sit potius standum protocollo tamquam priori, & continenti ipsum contractum, uti primò est cōceptus Felin. *in c. Quoniam* 10. ꝟ *De probat.* Guido Papæ *quaest. 19. nu. 4. & 5.* Covar. *d. c. 19.*

6 Privatum instrumentum contra scribentem regulariter valet, si de scriptura constet, *l. Publia* 2. 26. *§. fin sup. Depositi* & caussa sit adjecta, *c. Si cautio* ꝟ *hoc tit.* quæ facit indebiti probationem incumbere scribenti. Aliàs, esse debitum foret probandum actori, nisi circumstantiæ pro creditore faciant præsumi contra scribentem, ut puta conjuncto sanguinis, juncto modo, & genere promissi *l. Virum* 47 *inf. De donat. inter vir. & uxor.* Quod si ad caussam præcedentem referatur, certum est, quòd effectum habebit; cùm non possit dici caussa decesse, *l. Triticum* 94. *inf. De V. O.* Liberatoriam confessionem sine caussa valere volunt, quando quis profitetur sibi solutum esse à quopiam, idque favore liberationis, *l. Talo pactum* 40. *sup. De pactis.*

Pro scribente nullam fidem facit, nisi trium testium signis sit roboratum, *l. Scripturas C. Qui pot. impign. hab.* Si agatur cum imperito litterarum quin ꝟ; testes desiderantur, quando contractus libram auri excedit, *Nov. De instrum. cautela* 7. *§. oportet.* Alias privata scriptura non prodest scribenti, nec alteri oberit etiam accuratissima, *l. Rationes* 6. *§. De probat.* Hinc testamento, licet sanctè, & religiosè confici solito à minitutis, quo scriptum, quod suum esse, aut sibi debitum à quopiam, non statur sine alia probatione, *d. l.* 6.

8 Ubi quæsitum, An libris mercatorum, quibus inscribunt sibi debita, sit standum? R. Eos non excedere privati instrumenti vim; atque ita nec debere fidem facere pro ipsis mercatoribus scribentibus: quamvis consuetudine contrarium sit receptum, accedente juramento scribentis, cujus fama illæsa, & semotis aliis circumstantiis, quæ possent notare librorum fidem. Unde non excluditur arbitrium judicis, quo ex aliis advertat, quantum fidei istis libris habeat. Vid. Menoch. 2. *Arbitr. qq. casu* 91. 92. 93. Gail. 2. *Obser* 20. & 41. Quod & post mortem scribentis obtinere vult idem Gail. *d. lib. 2. c. 42.*

9 Quid si quis Instrumentum à se conscriptum neget? Tunc approbatio fieri poterit per collationem alterius instrumenti publici: imò & privati, saltem iure veteri. Quod hodie non alias obtinet, quàm si habeat trium testium subscriptionem, ex quibus duo saltem recognoscant suam manum, aut scripsisse convincantur, *l. Comparationes* 20. *C. h. t.* aut privata scriptura sine testium subscriptione proferatur ex archivis publicis, aut scripta sit, quâ adversarius utitur; cùm videatur ejus probare fidem, quâ suam firmat intentionem *Nov. De his qui, ingrediuntur ad appellat.* 49. *§. illud autem.*

10 Quid si duo instrumenta eodem die sint confecta? videtur neutrum præferendum; quia propter incertitudinem sibi obstent, *arg. l. Duo sunt Titii inf. De testam. tut.* Gl. in *l. fin. Cod. De elect. D. Adriani tollen.* Nisi prioritatem unius faciat præsumi caussæ favor; veluti si unum dotis contineat hypothecam, alterum verò mutui etiam cum hypotheca; illud enim potius erit, etiam continens tantum hypothecam tacitam. Sic & dotis caussa erit potior, si cum fisco concurrat in tali casu, *l. In ambiguis* 85. *inf. De Reg. Iur.* Quòd si alterum instrumentum habeat horam appositam, nihil faciet alterius privilegium: nam horam certam habens melius probat eo, quod certam horam non habet, ut non attento privilegio sit præferendum, nisi adversarius contrarium probet, ut rectè Menoch. 2. *Arbitr. qq. casu* 48. *num* 25. Barbosa *ad l.* 8. *parte* 2. *nu.* 1. *inf. Soluto matrim.*

11 Instrumentis fidem derogant cancellatio, inductio, rasio, innovatio *l. Si chirographum* 24. *sup. tit prox* nisi tali in parte sit, quâ non faciat instrumentum suspectum, *c.* 3. ꝟ *eod.* Boer *decis. num.* 3. Si contineat falsum *l. penult. C. h. t.* etiam una in parte: 12 nam pro parte falsum, totum redditur suspectum & falsum judicatur, *cap. pura* 111, *q.* 9. ubi tota testimonii fides irrita

partis mendacio declaratur. Quod omnino verum est, si sint connexa capitula, vel unum alterius sit accessorium, propterea quòd falsitas unius omnia afficiat, *cā. Si ad Scripturas dist. 9.* Ut producenti quòad reliqua incumbat probatio, esse vera. Quod si separata contineat capitula, & diversa, dicendum, illa non haberi suspecta, ne utile per inutile vitietur *c. Utile De R. I. in 6.* licet de eo dubitet Glos. in *d. can Si ad scripturas*, & velit totum rejici. * Ab una parte si contraria proferantur instrumenta, quæ inter se conciliari nequeant, indistinctè rejiciuntur, quòd imputet ipse sibi producens, *l. Scriptura 14. C. hoc tit.* Si hinc inde producantur contraria, publica prævalebunt privatis, quia potiora, *l. Cum de ætate 14. sup. de prob.* nisi & privata habeant subscriptionem trium testium probatæ fidei, *l. Si scripturas C. Qui potior. in pign hab.*

14 Contra instrumenta admittuntur quidem testes, uti & aliæ legitimæ probationes, *c. Cùm à nobis 28 ※ De testib.* Verùm distinguendum inter ipsos testes inscriptos instrumento, & extraneos. Nam primo casu omnes contradicentes instrumento ipsum reprobum reddunt. Ratio est, quòd instrumentum per testium fidem firmetur; ut illâ deficiente deficiat & instrumentum. Aliqui si contradicant, & tot testes integri pro instrumento stent, ut, remota, vel adjuncta Notarii personâ, contradicentes, vel superent, vel adæquent, videtur potiùs standum esse instrumento, quàm testibus, propter Notarii fidem. Pro quo si sit bonæ famæ, est præsumptio juris, propter publicum officium, quod bene, & fideliter exercuerit, Specul. *De instrum. edit §. 8. n. 10.* nisi tamen sit testis necessarius, qui scriptum in instrumento negat se deposuisse: uti in testamento, si unus ex septem contradicat testamento; tunc enim videtur vacillare, quòd non constet suâ solemnitate necessariò requita. Quòd si testes dicant, se non esse memores eorum, quæ instrumento sunt inscripta, non potest dici vacillare ejus fides, cum nihil contra illud dicatur. Secundo casu certum est, per unum extraneum, deponentem contra instrumentum, illud non everti; propterea quòd ejus fides validior sit, quàm ut per unum testem invalidetur. Per duos testes omni exceptione majores illud invalidari aliquorũ est opinio. Quibus obstat, quod instrumentum duobus testibus firmetur, ut stante paritate potiùs pro illo sit præsumendum, atque ita necessariò plures requirantur. Si tamen testes instrumento adscripti sint defuncti, volunt quidam instrumento fidem derogari, cum tamen Notarius duobus æquivaleat, *c. Quoniam 11. ※ De probat.* ut cum sit paritas, videatur pro instrumento standum esse. Alii arbitrio judicis eam rem videntur relinquere, qui quantùm fidei habeat testibus ex circumstantiis judicet. Vid. Panor. *ad c. Ioannes ※ hoc tit* Boer. *decis. 118. 13.* Menoch. *2. Arbitr. qq. casu 05.* Covar. *2. Var. Resol. c. 3.*

15 Amissio instrumẽti nõ obest creditori, si alias de debito constare possit, *l. 1. & 4. C. h. t.* quia tantum est loco probationis, quæ suppleri potest. Probatur autem amissio per juramẽtũ in defectum probationum, *l. fin. Cod. h. t.* sicut & ejus tenor. * Cancellatum inventum apud debitorem inducit liberationem, si debitor alleget solutionem quæ ipso jure tollit obligationem; non etiam pactum nudum de non petendo, Costal, *ad l. 2. sup. De pactis*, cum pactum tale ipso jure non liberet. Apud tertium inventum cancellatum idem non operabitur, cum præsumatur depositum. Ejus redditio non alias operabitur liberationem, quàm si alia desit ejus utilitas; præsumitur enim tunc redditum causâ liberationis, ne temeritatis arguatur creditor, si aliud non probetur. Glos. & Bart. *ad d. l. 2*

17 Cæterùm magna quidem instrumentis est auctoritas; non tamen tanta; ut evertant veritatem; cum magis inspiciatur, quid in veritate agitur, quàm quod simulatè scriptum; cedit enim veritati simulatio. Contingit autem aliud pro alio scribi, vel per errorem, & omnino prævalet veritas, uti in casu *l. 4. De leg. 1.* vel per malitiam alterius partis, uti in casu *l. 4. & fin. C. Plus valere quod agitur.* Quo casu non tam quod scriptum, quàm quod verè actum inspicitur. *l. 1. C. Diut.* Et hoc, quando de veritate constat: nam alias contentum scriptura prævalet ei, quod actum, *l. Si alij sup. De usufr. l.* quia scilicet de hoc non constet, ut sit præsumendum pro scriptura *l. Antiqua C. Ad S. C. Vellejan. Glos. ad d. l. 1.*

ADDI-

ADDITAMENTA.

Ad tit. 4. De fide Instrumentorum & amissione eorum.

Adn. 1. ANtapochæ sunt utiles in annuis reditibus & præstationibus, vel aliis negotiis, in quibus creditores nullas habent cautiones, & validas probationes sui Juris: hujus formula esse potest: Lucius Titius fateor, C. Seio, die illa, tot solvisse, annui reditus nomine, quem ei debeo, ob fundum vel possessionem illam: vel tot usurarum nomine, ob creditam mihi pecuniam. *Cujac. & Gothofr. ad l. 19. C. hoc tit.*

Adn. 3. De Instrumentis eorumque fide & requisitis, & quæ per ea probari queant: Et in quibus differat in his Jus Camerale à Jure civili. *vid. eleg. Schvvanmann. in diff. Iur* Civil. *& Cam. diff.* 4. per tot.

Cum inter alia, in Instrumentis, annus nati SALVATORIS NOSTRI JESU CHRISTI, addi debeat, *sec. constit. Maxim. de anno* 1512. § und nachdem *& seq. Denaisf. Cameræ Assessor in Iur Camer. t. t.* 148. §. 1. Quæritur an hoc omitti possit, Si Notarius inter Christianum & Judæum, vel inter duos Judæos Instrumentum conficiat? Quod nego *cum Angel. à Gambil. ad proœm. Inst. num.* 3.

Indictio quid sit, unde oriatur, quomodo inveniatur, & si per Notarium erroneè & corruptè fuerit apposita quid Juris, *vid. Schvvanman. prox. cit. loc. n.* 12. 13. 15. 16. 17. 18. 19. *Besold. in thes. Pract. verb.* Römer Zinszahl *& Weh in Observat. Pract. verb. isto.*

Adn. 4. Ex Instrumento, tres oriuntur præsumptiones. Primò quòd sit verum: Secundò, quòd sit solenne. *Gramm. decis.* 45. *n.* 10. *Rot. decis.* 2. 3. *n. fin.* Tertiò quod omnia quæ in eo scripta, actentaque perhibentur, inter partes sic verè sint gesta prolataque. *Franc. Marc. quæst.* 51. *part.* 1. *& part.* 2. *q.* 143. *&* 511. *Menoch. consil.* 343. *lib.* 4. *Wes. in parat. ff. de fid. Instrum. n.* 6. *fol.* 239. *& consil.* 42. *n.* 16. *Meisner. lib.* 1. *rerum Iudic. decis.* 26. *nu.* 49. *&* 250. ubi subjicit durioribus probationibus afficiendum, qui contendere vult, Notarium aliqua, in instrumento scripsisse, sine partium consensu: quam opinionem sequitur *Gail.* 2. *obs.* 71. *num.* 12. qui multis authoritatibus confirmat præsumptionem pro Instrumento esse, quod omnia ritè celebrata factaque sint.

Exemplis Instrumentorum, an & quando fides adhibenda? *vid. eleg. Mynf. cent.* 6. *obs.* 73. *Gail.* 2. *obs.* 91. *n.* 2. *adde VVeh. in obs. Pract. verb.* Copey *Treutl. vol.* 2. *disp.* 5. *th.* 5. *lit. de ibique alleg. Carpz. p.* 1. *const.* 17. *def.* 58.

Adn. 5. Huc pertinet quæstio practica quotidiana: si statim in aliquo contractu, capitula illius conventionis summariter annotentur & subscribantur à partis ipsis, & instrumento postea insuper confecto, aliqua vel omissa vel diverso sensu inserta reperiantur, an per Instrumentum intelligatur, ab illis capitulis recessum? Nego, & hoc casu majorem, privatæ illius scripturæ partium, quam Instrumenti authoritatem esse existimo, *arg. l.* 22. *de probat. Im. o. in l. Titia §. Item respondit de V. O. Alex.* 2. *Consil.* 122. *nu.* 2. *&* 3. *cons.* 26. *n.* 3. *Tiraq. de retract. convent. §.* 1. *gl.* 1. *numer.* 1. *in fin. Surd. Consil.* 262. *per tot. & decis. mant.* 7.

Adn. 6. Privata scriptura quid & quoruplex sit; Et an & quando probet? *vid. Besold. in th. Pract. verb.* Handtschrifft. *late Nicol.* Janvam *tract. de privat. scrip. quæst.* 4. *Mynf. Resp.* 21. *numer.* 25. *& seqq.*

Privata scriptura an fidem faciat in factis antiquis *vid. Mynf. cent.* 5. *obs.* 70. *Gail* 2. *obs.* 71. *n.* 7.

Adn. 8. Libri mercatorum an & quando plenam fidem faciant pro scribente. *vid. ap. Roland. consil.* 91. *vol.* 3. *Mascard. de probat. concl.* 975. *Marsil sing.* 45. *Fulv. Pacian. lib.* 1. *de probat. c.* 61. *n.* 18. *& seqq. Boer. decis.* 95. *per tot. P. Surd. decis. mant.* 190. *Menoch. de arbitr. Iud. quæst. lib.* 2. *cent.* 1. *Cas.* 91. 92. 93. *Gail* 2. *obs.* 20. *Carpzov. Iurispr. forens. part.* 1 *const.* 27 *def.* 3 34. Et de mercatorum libris falsis, quomodo & unde falsitas præsumatur, aut excusetur, *vid. ap. Farinac. lib. consil.* 13. *& cons.* 23. ubi tractat de laceratione foliorum.

Circa hanc rem vid eleg. distinguentem *Godofr. ad l. 15. C. hoc tit. & Treutl. vol. 2. disp. 5. th. 5. lit. e. ibique alleg. & Bacc.*

Adde quæ habet *Treutl. vol. 2. disp. 5. th. 5. lit. g. & Gail. 2. obs. 37. n. 2. & seqq.*

TITVLVS V.

De testibus.

SUMMARIUM.

1. *Testes qui, & quales esse debeant.*
2. *Testes domestici, aut de familia actoris non probant.*
3. *Testis idoneus nemo in propria caussa.*
4. *Minores quatenus admittendi.*
5. *Item mulieres.*
6. *Infames.*
7. *Monachi & sacerdotes.*
8. *Testes ad dicendum testimonium cogi possunt.*
9. *Excipiuntur parentes & liberi.*
10. *Pater an possit esse testis in caussa filiorum, inter quos lis.*
11. *Vasallus contra dominum non auditur.*
12. *Testes producendi lite contestatâ.*
13. *Examen testium quomodo faciendum.*
14. *A testibus ratio dictorum exigenda.*
15. *Productio quarta quando fieri possit.*
16. *Productio nova non admittenda post publicata testimonia.*
17. *Testes novi in secunda instantia an audiri possint.*
18. *Articulus novus quis.*
19. *Casus directo contrarii qui?*
20. *Testium publicatio.*
21. *Testis unius an & quam fidem faciat.*
22. *Testes plures singulares an & quomodo probant.*
23. *Testes dissidentes conciliandi.*
24. *Testis perjurus à quo corrigendus.*

1. TEstimoniorum usus frequens ac necessarius est in judiciis, *l. 1. in princ. hoc tit.* Testes sunt personæ ad fidē alicujus rei adstruendam adhibitæ. Habiles, & idonei sint oportet, ætate, moribus, conditione; extra suspicionem, quòd gratiæ aut potentatui fidem suam sint postposituri, pretio non conducti, *c. 1. eod. hoc tit. l. 5. Cod. eod.*

2 Qua in re multum valet judicis arbitrium. * Hinc non rectè evocantur domestici, aut de familia actoris, *l. 2. C. hoc tit.*

Quid si de familia fuerit tempore actus, super quo adhibetur? R. Videri non repellendum, si tempore depositionis sit extra familiam, *l. 1. §. Item Mummio 12. inf. De quæstionib.* Bart. *ad d. l. 1. §. si servus*, Castren. *ad l. 1. nu. 2. C. hoc tit.* Wamesi. *Consf. de jure Pont. t. 9. num. 11.* quia cessat affectus, qui præsumitur impedire existentem in familia, quò minus veritatem adsequatur judex: nisi tamen cum fraude sit expulsus, ut testimonium perhiberet. Quæ fraus colligetur etiam ex eo, si postea recipiatur. E contra si tempore dicendi testimonii sit de familia, qui tempore actus non fuerat, repellitur.

Domesticum verò testimonium æstimatur interdum ex cognatione, interdum ex unione, & conjunctione, quæ contingit jure familiæ per patriam potestatem, uti in testamentis *§. pater Instit. De test. ordin.* interdum etiam ex cohabitatione; facilè enim est affectu supprimi veritatem. Quâ ratione non auditur Advocatus in caussa, quam defendit *arg. l. fin. Cod. hoc tit.* * Hinc & in pro- 3 pria caussa nemo est idoneus testis, *l. Omnibus 10. & c. Super eo 22. eod.* Exceptio est in legatariis, ac fideicommissariis, qui licet commodum aliquod ex testamento capiant, non tamen ideo rejiciuntur, *§. legatariis Instit. De testam.* In caussa quoque universitatis, aut Ecclesiæ, auditur is, qui est de universitate aut Ecclesia, *c. 6. eod. hoc tit.* cùm res universitatis non sint res singulorum, *§. Universitatis Instit. De rerum divis.* nisi caussa eos in specie concernat, *d. cap. 6.*

Rejiciuntur impuberes, ob defectum judicii in 4 ea ætate. Minores audiuntur in caussa civili; non etiam criminali, nisi excesserint annum 20, *l. In testimonium 20. hoc tit.* Servum rejicit conditio; qui tamen factus liber audietur super iis, quæ vidit in servitute, *l. Notionem 99. §. 2. inf. De V. S.* cùm ad hoc, ut quis sit Testis idoneus, sufficiat talis sit tempore depositionis *d. l. 99. & ibi D D. Gloss. ad d. §. testes.* Aliud est in impubere, qui nō auditur super iis, quæ vidit impubes, *l. fin. inf. de jure & facti ignor.* Alciat. *ad d. l. 99.* quod illi facilè sit errare in circumstantiis, propter defectum sensus: nisi super iis testetur, quæ communiter capiuntur ab impubere.

Mulier ne quidem in caussa criminali rejicitur,

tur, *l. 3. §. lex Iulia hoc tit.* ubi tantùm ea rejicitur quæ corpore quæstum fecit. Jure Canonico plerique eam à dicendo testimonio repellunt, per *cap Forum fin.* ⁑ De V. S. Sed verius est, admitti cum Viglio, *ad §. testes n. 6. Instit. De test. im. ordin.* Loca obstantia non aliud velle videntur, quam non facilè habendam fidem sexui fragili.

6 Infames à testimonio non omnes rejiciuntur; sed tantùm damnati publico judicio, *d. l. 3. §. lex Iulia hoc tit.* non etiam privato. Duar. 2. *Disput. anni vers. cap. 25* Possunt tamen & hi, uti & ex alia caussa infames, à judice, si ita visum fuerit, rejici, cujus est ex circumstantiis variis, quantum testi fidei tribuat, perpendere, *Quæsitum* 11. *Cod. hoc tit.* Inimicitiæ, præcipuè capitales, idoneum testem minimè faciunt, si tamen probentur, *ad l. Siquis* 17. *hoc tit.* Socios, & participes criminis rejici habet *l. d. n. C. hoc tit.* ubi rejiciens testem talem, ne videatur fateri crimen, non dicet productum testem criminis esse socium, sed de crimine æquè infamatum. De se concessum super sociis minimè interrogabit Judex, *l. fin. C. De accusat.* quòd hæc res non sit extra periculum.

7 Monachi, & Sacerdotes, etsi super negotiis secularibus, aut instrumentis conficiendis non sint rogandi? si tamen fortè interfuerint, fidem faciunt, *can. Quamquam* 14. *quæst.*

8 Ad formam productionis testium, requiritur eorum citatio. Qui si non compareant, cogi possunt, *l. penult. C. hoc tit. & ⁑ De testib. cogend.* Testimonii enim dictio juris est publici, ad quod exequendum cogi quis potest; cum publicè intersit sciri veritatem. Quâ ratione si aliàs de veritate constare nequeat etiam inhabiles admittuntur, *l. Ob carmen* 21. §. 1. *hoc tit.*

9 Ubi dubites, An testis etiam in criminali caussa cogi possit? Ratio dubitandi ex eo sumitur, quod quidem reprehensione non videatur carere in caussa civili celare veritatem *can. Quisquis* 15. *qu.* 3. non verò in criminali *arg. d. l. pen.* quæ tantùm loquitur in caussa civili. Verius tamen & in criminali cogendum testem, cùm Reip. intersit, sciri crimina, ne maneant impunita, *c. 4.* ⁑ *De test. cog.* * Excipiuntur parentes, liberi, qui ne quidem volentes adversum se mutuò ad testimonium admittendi, *l. Parentes* 6. *h. tit.* Ne caussa pietatis contaminetur, cujus vinculum potiùs inter illas personas est stabiliendum. In caussa tamen ætatis, status, & consanguinitatis admittuntur, & statur dicto parentum, *l. Etiam 6. sup. De probat. & cap. Videtur 3. Qui matrim. accus. pos.* quòd præsumatur ejusmodi res optimè illis cogita.

10 Quæsitum hic, An pater possit esse testis inter duos filios, inter quos lis est? Visum hoc Bartolo *ad d. l. 6. C. hoc tit.* ex ratione, quod par affectionis caussa erga utrumque filium patris testimonium à falsi suspicione liberet, *l. Non solum pen. §. 1. inf. De ritu nupt.* Quò facere videtur, argumentum à servo desumptum, qui licet in caput domini torqueri nequeat, adversus communem tamen dominum, qui socium occidisse dicitur, interrogari potest, *l. Hoc quod placuit* 13. *in fine Cod. De quæst.* Sed non est par ratio; cùm non idem affectus erga dominum sit servo, nec eadem conjunctio naturalis atque est inter patrem, & liberos, quem violari nefas. Hoc autem casu violaretur; cum pro altero testaretur, obstante regula in *l. Testis* 9. *hoc tit.* contra alterum; obstante item regulâ, in *d. l. Parentes 6. Cod. eod.* Ut Donellus, *ad d. l. 6. in fine*, contra Bart. rectiùs sentiat. Non obstat, remotam esse falsi suspicionem: quia in ea non fundatur prohibitio testimonii; sed in læsione caritatis, & conjunctionis mutuæ quam nulla in re minui decet, ex eadem ratione non coguntur testimonium dicere liberti adversus patronum, ejusque liberos: non etiam adversum se socer, gener, vitricus, privignus, sobrinus, sobrino natus*, & alii, de quibus in *l. 4. & 5. hoc tit.*

11 Sed neque Vasallus contra dominum auditur impunè, si ex dicto ejus grave detrimentum domino contingeret, *cap. 1. § item si delator tit. 24. Feud 2. & cap. Ex parte cum cap. seqq.* ⁑ *De postulando* Coactus tamen, aut ratione officii testimonium perhibens est extra pœnam, *leg. 5 § advocatum inf De his quibus ut indig.*

12 Producendi Testes post litem contestatam, coram judice, nisi aliud exigat personæ qualitas, aut sexus verecundia, absentia, aliudve impedimentum, *l. 8. hoc tit.* Tunc enim, aut mittenda persona discreta, quæ testimonium excipiat, *cap. 8.* ⁑ *hoc tit.* aut, si distent. Judici loci examen committendum Aliàs moris est committi illud Notario caussæ; quod & permittitur de jure, *Clem. 1. De officio deleg.* citatâ ad hoc parte adversâ, si fortè, quid, habeat, quod Testibus productis objiciat, *cap. 2* ⁑ *hoc tit.*

13 Examinandi Testes secretò, clam partibus & seorsim singuli, voce, non per scriptum, ut ex circumstantiis de fide dictorum magis constare possit? præmisso juramento de dicenda veritate, quia

Testi

Testi injurato non creditur, ne quidem Monacho. *l. 9. Cod. h. t. & cap. fi 7. ✠ eod.* Potest tamen hoc juramentum remitti à partibus; cum partium gratiâ sit inductum, cui renuntiari potest, *cap. fin. ✠ eod.* licet aliud obtineat in juramento calumniæ; quia respicit publicam utilitatem, scilicet ne calumniosè lites protrahantur. Examẽ autem fit super articulis, id est capitulis ipsius negotii cõtroversi ab actore prolatis. Addere potest reus interrogatoria, ut facilius appareat subornatio; si qua subsit, *cap. Præsentium 2. eod. in 6.*

14 In depositione Testium illud vel maximè curandum, ut ratio dictorum petatur; quæ alias fidem non facerent, *l. Seia 4. ubi Interp. Cod. hoc tit.* quatenus tamen agitur de re perceptibili intellectu *Gl. in d. l. Seia*: secus si agatur de re perceptibili sensu exteriori; ut visu, auditu; & quidem proprio, non alieno.

15 Examinatis Testibus per actorem productis, reus suos producit, post iterum actor: quarta productio non est permissa; nisi cum solemnitate legali *c. in Caussis 11. & cap. Significaverunt 36. hoc tit.* scilicet ut postulans præstet juramentum, quod neque per se, neque per alium testificata subtraxerit, vel didicerit, nec per dolum, aut artem aliquam, quartam productionem exposcat, sed quia quos producere desiderat, prius habere nequiverit *cap. penult. ✠ h. t. & Nov. De testib 90. §. quia verò.*

16 * Non est etiam productio admissa post publicationẽ testificationum, quod facilè sit, subornatis Testibus, dicta invertere. Quod & verum, postquam aliquis testificata adversæ partis didicit, ex eadem ratione. Ut minimè audiendus sit volens producere novos Testes, super iisdem tamen articulis, aut iis directò contrariis, *d. Nov. 90. §. quia verò*, ubi ad eam rem nihil dicitur facere divina jussio. Ratio posita est in metu subornationis, ut jam dictum, quæ isto in casu est facilis. Et hoc ita in prima instantia.

17 In caussa appellationis produci posse novos Testes super iisdem articulis, aut directò contrariis volunt quidam interpretes Juris Civilis, per *l. Per hanc Cod. De temporib. appellat.* Sed verius est, idem in hac secunda instantia dicendum quod in prima, per expressum textum in *Clem. 2. De testib.* eadem ratione, quæ est anima legis, militante, quia scilicet non minor sit metus subornationis, in causa appellationis, post publicata, & didicita testimonia, quam in prima instantia, Guido Papa *qu. 14.* Covarr. *Pract. q. c. 18. n. 6.* Glos. *in d. Clem. 2.*

Et hoc quoad articulum ante propositum: nam quoad novum, nec propositum ante, qui tamen ex veteri dependeat, rectè audiuntur Testes; cum numquam super eo sint auditi, & cesset metus subornationis. Dico ex veteri dependeat; nam aliàs frustra super eo producerentur Testes; cum ad caussam nihil pertineat. Gl. *in c. Cum Ioannes 10. V. scire debeat, ✠ De fide instrum.*

18 Quæritur, Quis hac in parte dicendus novus articulus à veteri dependens? R. Eum, qui facti quidem necessitate sub priori concluditur; non tamen necessitate probationis, hoc est, qui ad factum quidem pertineat, probatio tamen super eò nulla producta. Exemplum est in *d. cap. 10.* Ubi victus damnatus ad rei venditæ restitutionem auditur postea, probare volens, venditionem tantum fuisse conditionalem; quia super conditione nullus erat auditus Testis: sed tantùm super venditione. Vid. Felin. *ad cap. Fraternitatis 17 n. 11. & ibi* Joan. Andreas *✠ hoc tit.*

19 Alia quæstio, Qui sint dicendi casus directò contrarii? Qui directò oppugnant id, super quo Testes audiri. V. G. Si Testes producti sint super contractu inito, quem asseruerint initum esse certo loco, non possunt postea produci Testes novi in contrarium, qui deponant eo loco non fuisse reum, publicatis scilicet attestationibus. Secus verò, si producantur super exceptione: veluti actor se probavit dominum, auditur reus producere volens Testes super præscriptione, *l. Emptor. C. De præscr. pt. longi temp.* Cùm enim articulus sit novus quoad exceptionem, rectè auditur postea producens testes, etiam post didicita testificata, Bart. *in l. Exceptionem num. 11. C. De probat.*

20 Ubi ulteriori probationi omnis præclusa est via: post examinata Testium dicta Judex ea publicat, quibus quantum tribuat, ex statu, dignitate, aliisque circumstantiis perpendet, *l. 3. §. 2. & l. Quæsitum 13. in fine hoc tit.* Ad minimum duorum testimonium desiderabit, *leg. Ubi 12. h. t.* quod & regulariter sufficit; Interdum tamen & plurium exigitur, uti in testamentis, & in casu *l. Testium 18. Cod. h. t.* & pluribus aliis casibus. * Unus neutiquam auditur, etiam maxima præfulgẽs dignitate? facilis enim est unius lapsus, *l. Iurisjurandi 9. §. 1. Cod. hoc tit.* Facit tamen Testis unus idoneus semiplenam probationem ad delationem juramenti, in supplementum probationum, & ad torturam, ut dicetur inferius, *ad tit. De quæstionib.* Tabellioni tamen, affirmanti testamentum

mentum à se scriptum, creditur. Gl. *ad d. l. 9. Cod. h. t.* uti & apparitori asserenti officium à se peractum, ut dictum supra, *ad tit. de in jus vocandi.*

22 Plures Testes singulares majorem vim non habent, quàm unus, *cap licet 9. ※ De probat.* Et hoc, quando super uno actu specifico non iterabili testificantur diversimode, V. G si dicatur Mævius occidisse Titium in foro ab uno Teste, ab altero verò in extrema civitate, plenè de homicidio probatum dici nequit, quasi per duos testes, cum duobus locis non potuerit contigisse cædes unius. Sin autem deponant super generico, sive iterabili actu, volunt plerique eos probare, uti in accusato hæresos, adulterii, aut similis delicti, quod Testes concurrant in eamdem rem, scilicet, hæreticum, adulterum esse *Alex. consf. 13. n. 2. & 4. lib. 7.* Boër. *decis. 23. n 44.* Gail. 1. *Obser. c. 66. quæst. 12.* De quo tamen dubitari posset; cùm actus specificus tantùm uno teste singulari probe tur.

23 Quid si testes dissideant? Judicis est eos conciliare. Si nequeat, stabit dignioribus: si æquè digni fuerint, neutris, *leg. 1. & 3. Cod. h. t. arg. l. Duo inf. de test. am. tut.* Testi varianti non creditur, nisi in continenti errorem suum correxerit, propter lapsum qui præsumitur, ex correctione nō in continenti facta, *Glos. in c. Praterea ※ h. t.* Vide Mynsing. *cent. 2. Obser v. 86. & cent. 6. Obser. 14.*

24 Quid si arguatur Testis perjurii? Corrigendus is à Judice fori, coram quo productus; ejus enim sortitur forū ratione delicti. Cuj⁹ ea est ratio, quòd judicii auctoritas in tuto sit collocanda, quàm maximè debilitaret impunitas perjurii in ipsis subselliis commissi. Adeò ut cesset exceptio quævis, & fori privilegium, *l Nullus 14. Cod. h. t.* Ut etiam Clericos puniri posse à Judice laico, coram quo in perjurium inciderunt, adserat ibi Glossa *V. præscriptione.* Quod parum placet Innocentio, in *c. Verum ※ de foro compet.* Quo tamen admisso, cautè agendum, si veniat pœna corporalis infligenda, quàm laicus Ecclesiastico Judici relinquet. Covarr. *Pract. quæst. cap. 18. n. 8.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 5. De Testibus.

Ad n. 1. DE Testibus corruptis & eorum pœna. vid. Mynf. *cent. 6. obser 67. Thom Gram. decis. 43. n 3. 4. & seqq.*

Ad n. 2 An & quando parentes pro filiis, uxor pro marito, frater pro fratre &c. & è contra idonei testes sint? *vid. eleg.* Carpzov. *part. 1. constit. 16. def. 48, 49 50. & seqq* Treutl. *vol. 2, disp. 5. th. 8. lit. f. ibique alleg.* Gabriel. *comm. opin. lib. 1. conclus. 14. de Testib. Masq. de probat concl.* 811. Mynf. *Dec. 3. Respons. 21. n. 31. & n. 32.* ubi statuit quod consiliariis & præfectis principum, pro suo principe & domino, testimonium perhibentibus, fides adhibeatur. &c.

Ad n 3. Quod hic dicitur de universitate & Ecclesia, de illo vid. eleg. *distinguentem* Schneidvv. *ad tit. 5. universitatis, &c. n. 5.* & Carpz. *p. 1. const. 16. def. 65.*

Ad n. 6. De inimici testimonio repellendo: Item de inimico præsumpto & reconciliato, tractat. Menoch. *lib. de arbitr. quæst. 28.* Farinac. *quæst. 54.* Mascard. *concl. 87. n. 54.* An a. ille, qui procuravit inimicitiam, ne inimicus contra ipsum testimonium proferret, sit audiendus, Vid. Dan. Moller. *lib. 3. Semest. c. 9.* Farinac. *de Testib. quæst. 53. n. 64. & seqq.*

Testis ob inimicitiam rejiciendus non est, quando utriusque partis est inimicus. Carpzov. *part. 1. constit. 16. defin. 56.* Nam sicut par affectio testem non repellit. *sec.* Barr. *in l. non solum. 167. §. 1. ff. de R N.* ita nec eum repellet par odium. Hyppol. de Marsil. *in l. 1. cum quis latrones n. 28. 29. ff. de quæst.* Farinac. *quæst. 53. n. 66.* Anton. Gomez. *variar. resol. tom. 3. c. 12. n. 14.*

Ad n. 7. Clerici an & quando in causis laicorum, mediante Juramento, ad testificandum compelli possint. vid. eleg. Gail. 1. *obs. 100. n. 16.* Carpz. *p. 1. const. 16. def. 69.* Virgil. Pingitz. *quæst. 35.* Matth. Coler. *part. 1. decis. 211. & part 2. decis. 241.*

Ad n. 8. Testes minus idonei & inhabiles, an & quando admittantur. Consule Mynf. *cent. 3 obs. 16. & cent. 5. obs. 26.* Gail. 1. *obs. 100. n. 18. & obs. 102. n. 9.*

Inhabilitas unius testis suppletur habilitate alterius: Quod tamen intelligendum, in eo, qui unam tantum patitur inhabilitatem, secus verò est, si plures inhabilitates concurrant. vid. alleg. in Dr. Ayrers *process. Iur. p. 3. 60.*

Ad n. 13. An statuto vel consuetudine induci possit, ut injuratis testibus, fides adhibenda sit? vid. in utramque partem disputatam à Weh. *in obs. Pract. verb.* **bey Glauben und Treuen/ etc.** *ubi p.* 57. tandem concludit & existimat, hujusmodi statuta & consuetudines eatenus valere, si tantum ad personas, integritate vitæ conspicuas, Illustres & Nobiles, & non ad quemlibet privatum promiscuè referantur, &c. quia in illis cesset præsumptio fraudis, subornationis aut perjurii: *adde* Gail. 1. 100. *in fin. & obs.* 101. *n* 14. An a. & quatenus, Papæ, Imperatori, vel aliis principibus, fides adhibenda sit, in eorum assertionibus, vid. Myns. *cent. 5. obs. 34.*

Ad n. 16. Hic notandum, licet de Jure Cononico exceptiones contra testes, ante publicationem attestationum objici debeant *c. 1. de except. c. licet causam de probat. & c. præsentium his*, tamen de generali Germaniæ consuetudine, exceptiones cum protestatione reservantur post publicationem. Matth. Coler. *tract. de except. c.* 1. Gail. 1. *obser.* 105. *n.* 8. Quod Camera Imperialis non tantùm quoad testes, sed etiam quoad omnis generis exceptiones observat. *sec.* Roland. *tract. de Commissar. lib. 7. c. 4. n. 1. & seqq.*

Ad n. 20. Publicatio attestationum, an sit de substantia processus. vid. Gail. 1. *obs.* 105. *n.* 1 *& seqq.*

Ad n 21. Quod testimonium unius regulariter sit nullum, eleg. deducit. Treutl. *vol 2. disp. 5. th. 7. lit. a.* ubi remissivè habet limitationes: adde Carpzov. *part. 1. const. 16. def.* 39. & P. Surd. *decis mant.* 12.

Ad n. 22. Singularis testis quot modis dicatur. vid. Bacc. *ad Treutl. prox. cit. loc. lit. a in fin.*

Ad n. 23. Quando testes inter se discrepant, sive ab una parte sive ab utraque sint producti, necesse est, ut Judex, ingenii sui lumen ostendat, testiumque dicta diligenter ponderet, personas comparet, quanta authoritate, quantâ fide, quantâque religione quisque dixerit, accuratè perpendat, quâ in re Judicem certis præscriptis regulis benè instruunt Prosp. Farin. *de Testib. q.* 65. *n.* 107. *& mult. seqq. &* Just. Reub. *de test part. 3. n* 149. *& seqq.* Si verò testimonia ita inter se dissident ut conciliatio locum habere nequeat, ante omnia à Judice personarum collatio instituenda est: Creditur enim magis senioribus quàm Junioribus; honoratis & dignioribus quàm minus dignis, Masculis quam fœminis, peritis & Doctoribus quàm imperitis & plebeis, de negotio Informatis, quàm istius ignaris, clericis quàm Laicis, Hominibus probatæ fidei & existimationis, quàm levis conditionis & vitæ reprehensibilis, &c. Plura huc pertinentia vid. ap. Carpzov. *p. 1. const. 16. def.* 43. 42. 45. *& seqq*

TITULUS VI.

De juris, & facti ignorantia.

SUMMARIUM.

1. *Ignorantia quotuplex.*
2. *Ignorantia juris divini aut naturalis non excusat.*
3. *Ut neque ignorantia juris humani, legitimè promulgati.*
4. *Nisi sit invincibilis.*
5. *Ignorantia pœna circa jus divinum vel naturale an excuset?*
6. *Ignorantia vincibilis non excusat à pœna.*
7. *Ignorantia juris in lucro non prodest.*
8. *Ignorantia facti quatenus obstet, vel non.*
9. *Ignorantia probatio incumbit adserenti.*

AD materiam probationum pertinet hic Tit. quoàd posteriorem partem Rubr. quæ de Ignorantia Facti loquitur: quia Ignorantiam Facti alieni non est opus probare; sed ea præsumitur, & ideò adversæ parti incumbit probare scientiam. In Cod. alius ordo est, inspectâ priori parte Rubr. quæ est de ignorantia juris. * Ignorantia enim ex parte objecti alia est Juris, quando id, quod juris est, ignoratur, aut divini, aut naturæ, aut humani; alia Facti, quando id, quod casu advenit ignoratur, *l. 1. h. t.* Ubi ejus referuntur exempla V. G. in facto errat, si quis ignoret decessisse eum, de cujus successione agitur, aut nesciat se scriptum hæredem: in jure verò, si nesciat, sibi cognato, proximitatis nomine, deferri bonorum possessionem, aut nesciat, intra quod tempus deferatur. Juris iterum ex parte rei ignoratæ, vel est totius juris, & prohibitionis ejusdem, vel solius pœnæ, quando quis non ignorat quidem prohibitionem; ignorat tamen pœnam illi adnexam. Est etiam distinctio ex parte Ignorantiæ; nam quædam in culpabilis est quæ & invincibilis dicitur, quædam vincibilis, seu culpabilis. Hæc iterum alia est affectata, quæ non m[illegible] dicitur directè voluntaria, alia vero voluntaria indirectè.

Quantùm ad jus divinum, aut naturæ, ratiùs est

est ut circa hoc inculpabilis ignorantia prætendi possit, cum nemo nescire debeat, quod ab ipsa natura ingenitum, & in scriptum mentibus nostris, ut colligitur ex *l. Si adulterium 38. §. 1. Ad L. Jul. de adult.* modò sit rationis capax. Et quamvis non repugnet inter homines rudes eam dari; non tamen 3 citra pœnam.* Quantùm ad jus humanum, illud legitimè promulgatum omnes obligat, etiam ignorantes, quod talis lex habeat completam rationem legis, ac proinde perfectam vim obligandi. Quò facit, quod leges à quovis sciri debeant, 4 nec permittatur earum ignorantia, *l. pen. C. h. t.* * Excusabit tamen ignorantia Juris invincibilis; saltem in foro interiori, cum non debeat poni pœna, ubi non est culpa. Non esse autem eo casu culpam patet, quia talis Ignorantia ponit involuntarium. Quod & in foro exteriori dicendum procedere, ex eadem ratione: nam licet præsumatur legis scientia, *d. l. penult.* ut ejus Ignorantia non videatur rectè prætendi, si tamen probetur sufficienter, quidni excusabit? Quò facit quod lex non imponat pœnam, nisi ut Pœna, ablatâ autem culpâ non potest esse locus pœnæ.

5 Quæritur verò, si lex quidem sciatur, sive naturæ, sive humana, non tamen sufficienter pœna ei proposita per leges humanas, an ad eam teneatur ignorans, si contra legem peccaverit? Dicendum, aliquos velle, propter Ignorantiam solius pœnæ admittendam esse excusationem quòad pœnam: si enim ea justa est, non videtur actus mereri punitionem. Nec facit, quòd sit prohibitus jure superiori, divino, vel naturali: quia non ideo & ex hoc jure pœna dicenda descendere; cùm conditionem juris humani sequatur, à quo inducta. Ita Joh. Andr. *ad c. 2. n. 1. de constitut. in 6.* Ubi ait, delinquentem contra actum jure communi prohibitum non esse puniendum speciali pœnâ statuti loci, quam ignorat, Clarus *5. Sent. §. fin. quæst. 85.* Navarr. *in Manuali c. 23. n. 47 in fine,* Ubi tradit, non posse esse justam Ignorantiam circa jus divinum, aut naturale: Posse tamen dari justam circa pœnam positivam, tali delicto propositam. Probabilem tamen alii adserunt negantium opinionem; eò quod Ignorantia non sit ejus, quod facit ad malitiam actus; cum non sit circa delictum, quod quis scit, aut scire debet esse prohibitum; sed circa pœnam, quæ tamen est consequens ad delictum: & proinde volens antecedens delictum, etiam pœnam consequentem velle videtur, nec ab ea excusandus, propter pœnæ Ignorantiam. Facit, quod Ignorantia pœnæ ad summum illud operetur, ut pœna non sit ita voluntaria; quod parum refert; cum in his, quæ mala sunt, non sit necesse, delinquentem scire, quæ & qualis pœna delicto sit proposita, ad hoc ut eidem subjieiatur. Quâ ratione homines puniuntur pœnâ æternâ, licet ignorantes talem pœnam; peccatis suis deberi: nec fur est liber à suspendio; quia ignoret istam pœnam; quatenus tamen delinquens scit circumstantiam, & qualitatem facti, caussantem vel alterantem delictum, cujus Ignorantia excusaret à speciali gravitate, orta ex speciali circumstantia. Sic cognoscens conjugatam, quam putat solutam, excusatur à pœna adulterii, quod ista ignorantia excludat adulterii voluntatem. * Si actum caussaverit 6 ignorantia vincibilis, quæ ponit voluntarium directum aut indirectum non potest dici excusari reus à pœna, per *l. 1 sup. de legib.* quæ non solùm scientes, sed & ignorantes ponit legum transgressos. Quòd non potest accipi nisi de Ignorantia vincibili, quæ ut non tollit omnino involuntarium ita neque culpam, quæ est caussa pœnæ, tollit. Potest tamen Ignorantia crassa caussare aliquam moderationem, quando pœna est per judicem imponenda; quia talis Ignorantia facit caussam minorem. Vid. Covarr. *ad c. Alma mater p. 1. §. 10. n. 9. & seqq.* Navarr. *c. 27. n. 16.*

Quantum ad lucrum attinet, Ignorantia juris 7 non prodest, *l. h. t.* Ubi lucrum est, quod ex alieno sine onere obvenit. Hinc error Juris non prodest ad usucapionem, *l. Numquam 31 in princ. inf. de usucap.* Suum verò petentibus, & de damno vitando agentibus non obest; qui error non est sufficiens adimendæ rei meæ caussa. Excipitur minor, cui non nocet Juris error, etiam in acquirendo, *l. 2. & l. Quamvis C. h. t.* Item miles, *l. Regula 9. §. filiusfam. h. t. & l. 1. C. eod.* Mulieribus, rusticis non passim subvenitur; sed tantùm aliquibus casibus, ut indicatur *l. 3. Quamvis 11. & l. ult. Cod. h. t. l. Divus §. pen inf. Ad L. Corn. de falsi.* & in casu *l. 1. §. fin. sup. de edendo & l. 2. inf. de jure fisci, l. ult. C. h. t.*

Ignorantia Facti duplex est, alieni scilicet, & 8 proprii. Illa probabilis prudentissimosque fallit, *l. 2. h. t.* Ideoque, nec in damno evitando, nec in lucro captando obstat, *d. l. 9. §. sed facti h. t & l 7. 8. 9. C. eod.* modò crassa, aut supina non sit, *l. 6. h. t.* Hæc est improbabilis, de damno tamen vitando agentibus non nocet, *leg. Sed & si me 22. sup. de condict. indeb.* quia iniquum foret aliquem ex errore alterius commodum sentire, cum ejus jactura: lucrum verò captandi obstat, *l. 7. sup. Ad S. C. Vellejan.*

9 Ad probationem Ignorantiæ quod attinet, illa incumbit adserenti, *l.1. & 2. sup. de probat.* nisi præsumptio juris sit pro ignorante, veluti in facto alieno, & iis, quæ scire non debent, *c. præsumitur ubi Glos. de R. l. in 6. l. Verius sup. de probat.* Probatur autem non facilè nisi per verisimilia signa, conjecturas, aut jusjurandum. *cap. Præsentium ubi* Abbas *n.3.* ¶ *De testib. c.4: de elect. in 6. c.4. & cap. nulli de elect. in 6.* Cùm enim ab animo pendeat, vix est, ut aliter probari possit. Gail. 2. *Obs. c.48. n.23 & seq.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 6. de Iuris & facti, ignorantia, &c.

Ad n.7. Ignorantia quando commodo & commodo & in commodo sit vid. Gail. 2. *obs.48. per tot.*

Si mulier aut rusticus in condendo testamento, non observat ea, quæ substantialis testamenti forma exigit, non excusat ipsos Juris ignorantia, etiam eo casu, quo Ictorum Consilia habere non potuerunt: sed testamentum, prædicto modo conditum omnino corruet: Pari ratione, si intra tempus legitimum Instrumenta, aliàsve probationes, non produxerint in Judicio, per Juris ignorantiam sibi præjudicabunt: *vid. alleg.* à Myns. *cent.6. obs.47.* Bronch. *cent.1. assert.94.* Wittum. *Consil. crim.1. n.5. & 19.* Gilhaus. *in arbor. Iud. crimin. tit. de Except n.81. mult seqq*

Ad n.9. De scientiæ ignorantiæque, ut & erroris præsumptione. vid. latè Menoch. *lib.6. præsumpt.23.* Mascard. *conclus.636. & seqq. & conclus.1285.* & eleg. Menoch. *de arbitr. Cas.186.* Fatin. *Consil.100.*

FINIS LIBRI XXII.

HENRICI ZOESII I.C

IN LIBRUM XXIII.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De Sponsalibus.

SUMMARIUM.

1. *Sponsalia quid.*
2. *Unde dicta.*
3. *Sponsaliorum effectus.*
4. *Per copulam subsequentem an transeant in matrimonium.*
5. *Sponsalia non ponunt vinculum indissolubile.*
6. *Ex quibus caussis dissolvantur.*
7. *Arra sponsalitia quæ dicantur.*
8. *Earum conditio, non secutis vel secutis nuptiis.*
9. *Quæ & jure Canonico obtinet.*
10. *Sponsalia pœnam non admittunt.*
11. *Proxenetica quæ dicantur.*

Inter

INter genera contractuum recensetur & dotis datio, *l. Exigere 65. sup. De judic. & l. 23. inf. de R. I.* Dos verò, quia sine matrimonio esse non potest, ideo præmittitur hîc de iis, quæ præcedunt 1 justas nuptias, id est de Sponsalibus. * Concernunt autem Sponsalia propriè futuras nuptias, quæ alibi vocantur spes matrimonii, *l. si uxor. 13. §. donatio inf. Ad L. Corn. de adult.* & definiuntur esse mentio, ac repromissio futurarum nuptiarum, *l. 1. hoc tit.* Contrahuntur inter eos, inter quos nuptiæ, consensu contrahentium libero ab omni metu, de quo Tit. seq. Ætas hîc desideratur septem annis major, *l. In sponsalib. 14. h. t.* Non tantùm à præsentibus, & per se; verùm & ab absentibus, & per alios ineuntur, *l. fin. h. t.* uti parentes, *cap. 1. & De despons. impub.* quibus tamen eatenus tenentur liberi, quatenus consenserunt, ac ratificarunt acta parentum, *c. p. un. de despons. impub. in 6. l. 4. & 5. h. t.* Parentum consensus uti in nuptiis, ita & hîc videtur requisitus, *l. 7. §. 1.*
2 *hoc tit.* * Ratio nominis est, quod priscis temporibus in more fuerit positum, ut qui uxorem ducturus esset, ab eo, unde ducenda erat eam in matrimonium datam iri stipularetur, isque qui nuptum daturus erat, sponderet; unde à Spondendo rectè Sponsalia dicta adserit J. C. *l. 2. & 3. h. t.*

3 Effectus Sponsaliorum est, quòd inducant obligationem ad nuptias futuras: quòd sponsa sit quasi loco uxoris, sponsus mariti, *d. t. divi*, quod in dote data sponsa gaudeat jure prælationis, *l. quæsitum 2. inf. De privil. cred.* Ratio quia ad finem aliquem destinata, eo loco sunt habenda, ac si finem suum essent adsecuta, *l. A divo Pio 15. §. seu etsi 12. inf. De re judic. l. si à sponso 15. C. de donat. ante nup.* quòd publicæ honestatis impedimentum inducant; si tamen valida: quòd primum gradum non excedit, ex decreto Conc. Trident. *Sess. 24. de reformat. matr. c. 3.* quòdq; bina Sponsalia contrahentes notentur infamia, eo modo, quo binas nuptias, *l. 1. sup. de his qui notan. infam.*

4 * Præterea habebant olim & illum effectum, quod per copulam subsequentem transirent in matrimonium: quæ vis non erat copulæ præcedenti, quæ merè fornicaria non inducit ullum effectum ad nuptias, *c. Veniens 3. & de h. t.* Hodie copula subsequens Sponsalia, nihil operatur, & non alias rectè initur matrimonium, quam coram proprio Parocho, ex decreto Trid. *d. loco capit. 1.*

5 Cæterùm non ponunt Sponsalia vinculum indissolubile; cum possint dissolvi, non tantùm mutuo consensu, expresso, vel tacitò; verùm & altero invito. Quo modo in *l. In potestate 10. h. tit.* dicitur pater remittere posse juramentum sponso filiæ, etiam sine caussâ, non tamen impunè? cum arrharum loco datum perdatur, uti mox dicetur, Jure Canonico, quod hac in parte sequimur, sine caussa citra peccatum non dissolvuntur, altero invito; cùm agatur res majoris momenti, cujus obligationi non satisfaciens, non est extra peccatum. Quod multò magis obtinebit, si interveniente juramento sint firmata, cujus major est observantia.

6 Sunt autem variæ caussæ, propter quas dissolvuntur: veluti matrimonium cum alia subsequens: affinitas superveniens: votum non tantum solemne, sed & simplex, Religionis scilicet, non etiam castitatis, aut ordinis: ingressus in monasterium, etiam ante professionem: hæresis, propter periculum perversionis: magna deformitas superveniens: fornicatio; quia subest conditio, si res integra maneat. Nec tantùm subsequens fornicatio, verùm & præcedens sponsalia, ignorata tamen à sponso; caussat dissolutionem; quia res non est talis, qualis putatur. Navarr. *in summa cap. 22. n. 17.* Quò facit *l. 5. & hic autem Cod. hoc tit.* Ubi non dissolvuntur Sponsalia per hoc, quòd mulier præsciverit turpem vitam mariti: ut aliud dicendum sit, si ignoraverit: Adeò ut etiam stuprum per vim sponsæ illatum faciat non cogi sponsum ad implenda Sponsalia, qua de re latè agitur *lib. 4. Decretal.*

7 Additur hîc in Rubr. Cod. *De arris sponsalitiis*: quæ nihil aliud sunt, quam datio alicujus in argumentum, & pignus futuri matrimonii. Dantur à sponso sponsæ, non autem è contra, secundùm Cujac. *in parat. Cod d. t. & 4. Observ. cap. 26.* ad instar arrarum in emptione, quas dat emptor. Pro quo facit *d. l. 5.* quæ tantùm facit mentionem sponsæ eas recipientis, etsi aliud velit Accurs. *ad d. l. 5. V. quæ omnia.* Quantitas earum non est definita, cùm jura indistinctè loquantur: uti nec definitum, dentur in quantitate, an in specie.
8 * Conditio earum est, quòd non subsecutis nuptiis redeant ad dantem duplicatæ, si per accipientem stet, quò minùs Sponsalia perficiantur: nisi sit minoris ætatis, qui tantùm simplum reddit. Si verò stet per dantem, ut tum maneant apud eum, qui accepit, *d. l. 5.* Si per neutrum, redeant ut datæ in simplũ, veluti si subsit impedimentum inter personas danti ignotum, cujus scientia

faceret eas emitti, *d. l. 5. vers. si quidem, & l. si legibus 16. Cod. De Episc. audient.* cùm turpis subsit caussa, quæ possessorem facit potiorem. Idem est, si alia justa caussa subsit, veluti alterius conversatio turpis, sectæ diversitas, aut alia, *d. l. 5. §. hic illud quoq.* Subsecuto matrimonio, vel ad tradentem redeunt; vel in donationem propter nuptias imputantur; cùm sint quasi pignora, quæ subsecutá venditione redduntur, aut in pretium imputantur Cujac. *in parat. Cod. d. tit.* possunt autem partes inter se stipulari, etiam usque ad quadruplum, in casum non subsecutarum nuptiarum, quod olim ex lege debebatur *d. l. 5. in fine.*

9 Ubi quæritur, an ab hac dupli, vel quadrupli pœna non sit recessum Jure Canonico, quod omnimodam requirit libertatem in matrimonio? R. Non videri, cùm non censeatur matrimonii libertas per hoc diminui, ut mox dicetur, & nullibi Canones hac in parte corrigant legem civilem. Hostiensis *in Summa De accusat. §. 1. n. 2.* Jan. Andreas. ad *c. Gemma 29. in h. t.*

10 Pœnæ adjectionem Sponsalia non ferunt, *d. l. 5. in fine*, propter matrimonii libertatem, quam non oportet pœnis obstringi, ne exitus patiatur difficiliores. quòd autem arrarum commissio, vel earum restitutio, etiam ad quadruplum admittatur potiùs quàm pœna, est, quia partes maturiore consilio videntur de iis tractare; cum tradantur, quo modo leges passim loqvuntur de iis receptis: faciliùs autem pœnam in majori quantitate apponerent, cùm tantùm permittatur. quod etiam procedit, cùm pœna sit adjecta cum juramento, quod natura actus non ferat pœnæ adjectionem, quam juramentum imitatur. Possit tamen contrarium videri ex eo, quod juramentum sit servandum, quatenus servari potest sine detrimento animæ.

11 Additur & in Rub. *C. De proxeneticis*: quæ sunt præmia quædam, quæ debentur paratiis, & interpretibus, quorum operâ negotium inter plures initur, *t. De proxenet.* Hic autem sunt ea præmia, quæ olim dabantur interpretibus, vel conciliatoribus, & intercessoribus nuptiarum, aut Sponsaliorum; per hos enim plerumque nuptiæ expediuntur. Peti possunt promissa actione in factum prætoriâ, aut de dolo, si dolus arguatur; non promissa extra ordinem. Cujac. 11. *Obs. c. 18.* Ex pacto non excedunt vigesimam partem dotis, aut donationis propter nuptias, si earum quantitas pertingat usque ad ducentas auri libras; sin excedant, non ultra decem libras auri præmii loco sibi dari proxeneta rectè cavet, *l. fin. Cod. h. t.* quam integram Cujac. *d. loco* restituit ex Basilicis.

ADDITAMENTA.

Ad lib. 23. ff. tit. 1. De Sponsalibus.

Ad n. 1. Utrum in Sponsalibus malitia suppleat ætatem, ut ante septennium sponsalia contrahi possint. *vid.* Cævall. *quæst.* 746.

Ad n. 3. Quod Sponsa non gaudeat jure prælationis, *hic Auth. 5. in tit. qui potior. in pign. &c.* rectè statuit, nec puto, ibi positam sententiam hic revocasse: *adde qua habet. 1. tit. de pact. dot. n. 7.*

Pœna contrahentium gemina sponsalia, eodem tempore, quænam sit? *vid.* Copp. 1. *Observ.* 34. Eberh. Speck. *cent. 1. qu.* 70.

Ad n. 5. & 6. De dissolutione sponsaliorum & matrimonii. *vid.* Wes. *Consil.* 125. Copp. 1. *obs.* 36. *& qq. enucl. 4. dec. 1.* Besold. *cons. 2. decad. 1.*

Ad n. 7. Huc propriè pertinent, quæ scripsi 5. *ad tit. de contrah. empt. num.* 37. *Quibus adde* Paul. Christinæ. *decis. Belg. vol. 3. dec.* 124. Besold. *in thes. Pract. verb.* **Hafft-Geld/ Hand-Trew.**

Ad n. 11. An id genus mulicularum, quæ conflandis matrimoniis, quæstum faciunt (vulgò **Kupplerin.**) teneatur, si adolescenti virginem, non nisi castè habitam ducturo, corruptam pro pudica; aut è contra Puellæ non nisi in divitem ac splendidam domum nupturæ, magnum aliquem in re tenui venditatorem, pro divite laudat, & sic infaustas nuptias conciliat? *vid.* Curtium *lib. 3. conject. cap. 12.* qui existimat non teneri, si verâ & bonâ fide, ita esse existimaverit: quia vulgò præsumitur, quemque non tam divitem esse, quam habetur. Et in simili inquit, si morbosus seu scabie Gallica infectus, pro sano obtrusus est, actio non datur: quia liberum corpus æstimationem non recipit, sed facilitati suæ acceptum ferre poteris, qui rem tàm seriam & gravem, tàm stultè & per tales transegit. Pet. Peck. *ad Reg. nullus ex consilio 62. num. 2. de R. I. in 6.*

Ama-

Amatoriæ litteræ (Die Bulenbrieff) inter amantes probant matrimonium contrahendum, non tamen contractum, ut testatur Franc. Vivius *decis. 241. num. 19.* Quid autem, an hæ literæ Amatoriæ à Vito missæ uxori alienæ, ac illi scriptæ, eis visis ac repertis penes mulierem & recognitis, adulterium probent, saltem ad infligendam torturam? *Negat hoc* Bocer. *de tortur. c. 3. n. 113. Cui adde quæ hac de re scribit.* Borell. *in summ. decis. vol. 2. tit. 23. ad fin. fol. 171.*

Matrimonium procatum promissum. Da eine Jungfraw einem Jungengesellen die Ehelicher Bulschafft verheist/ non obligat ad verum matrimonium. Uren. 3. *De matrimon. Consil. 24. & Cons. 27.* ubi tractat de verbis stipulatoriis interrogativis, ad contrahendum matrimonium insufficientibus: Ut cum quidam interrogans puellam, dicit: Wilt du mich/ durch GOttes Willen/ zur Ehe nehmen/ & Puella respondit, Er ist mir so gut als ein anderer/ ꝛc.

TITVLVS II.
De Ritu Nuptiarum.

SVMMARIVM.

1. *Nuptiarum ritus apud veteres.*
2. *Nuptiarum definitio exponditur.*
3. *Consensus perficit nuptias.*
4. *Nuptiæ quâ verborum formâ contrahantur.*
5. *Conditionis eventu ponitur matrimonium.*
6. *Cohabitatio an inducat consensum.*
7. *Deductio sponsæ in domum non est necessaria.*
8. *Habilitas ad contrahendum matrimonium in quo consistat.*
9. *Sinium non obstat matrimonio contrahendo.*
10. *Hermaphroditus an rectè contrahat?*
11. *Finis & effectus matrimonij.*
12. *Patria potestas per nuptias an dissolvatur.*
13. *Nuptiæ incestæ & prohibitæ.*
14. *Matrimonium inter fratrem ac sororem an prohibitum jure gentium?*
15. *Pœna incestus.*
16. *Pœnis locum facit contractus ipsius matrimony.*
17. *Excusat tamen error probabilis.*
18. *Consummatio matrimonii an requiratur?*
19. *Pœna an & de jure Canonico locum habeant?*
20. *Nuptiæ prohibitæ tutoris cum pupilla, & curatoris cum adulta.*
21. *Item Præsidis provinciæ cum provinciali, Senatoris cum liberta.*
22. *In caussa matrimoniali solus Pont. dispensat.*
23. *Nuptiæ secundæ & ulteriores permissæ quidem, at minus decentes.*
24. *Pœna nubentium intra annum luctus.*
25. *Pœna nubentium post annum luctus.*
26. *Quid jure Canonico hac in re obtineat.*
27. *Superstes an possit dividere inter liberos bona à defuncto relicta?*
28. *Reservatio proprietatis an obtineat in bonis quæsitis superstiti ex successione filij?*
29. *Nubens secundò an privetur relictu, non consummato matrimonio?*
30. *Reservatio proprietatis an obtineat, irritis secundis nuptiis.*
31. *Alienata à superstite an possint vindicari à liberis prioris tori?*
32. *Reservatio proprietatis an remitti superstiti à marito possit?*
33. *Reservationi renuntiare liberi an censeantur consentiendo in secundas nuptias.*

EXpositis iis, quæ præcedere solent, ad ipsas venitur Nuptias. Ubi sciendum, olim moris fuisse, tribus modis quæri uxores, usu, farre, coëmptione: variá quoque adhibita solemnia; præmittebantur enim auspicia, prælucebant faces ex pinu, vel, ut alii volunt, ex spina arbore: præterea peculiaria numina à stulta gentilitate destinata cuilibet actui, ut latè tradit Brisson *Tract. De ritu nupt.* Inter alia dabatur sponsæ anulus, qui interdum fuit ferreus, postea aureus, cui ex Christianorum usu insculpitur signum fidei, quod est hyeroplyphicum mutui fœderis, & concordiæ, vel ut denotetur, quòd eodem pignore corda jungantur: unde & quarto digito annulus inseritur, benedictus primùm à Sacerdote. Denique sponsa ad sponsum deducebatur ritu solemni, caput flammeo obvolutum habens; unde Nuptiarum nomen est deductum. Nubere enim, & obnubere priscis velare, aut operire significat. 1

Sunt autem Nuptiæ, viri & mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens, *Instit. de patria potest.* sive omnis vitæ consortium, & divini humanique juris communicatio, *l. 1. h. t.* Dicitur, individua; quòad intentionem scilicet; quia eâ mente initur matrimonium, ut solâ morte dirimatur. Dico quoad intentionem; quia, inspecto jure civili, divortia fuere permissa, ut dicetur inferiùs. Excluditur concubinatus; 2

quia

quia non adest illi eadem intentio: uxor enim caussâ matrimonii habetur, concubina verò causâ consuetudinis, ut uxor dicatur dignitate distare à concubina, *leg. Item legato 49. §. 4. inf. de l. 3.*

3 Nuptias perficit consensus contrahentium, isque liber, non coactus gravi aliquo metu, qui Nuptias irritas faceret, *c. Cum locum 41.* ✠ *De sponsalib.* Levior metus non obest, de quo accipiendus textus in *l. si patre 22. h. t.* Ratio posita est in difficili textu, quem caussat metus in iis, quæ separari nequeunt, inter quæ est matrimonium: quod tamen, purgato per spontaneam cohabitationem metu, convalescit, *c. Ad id 21.* ✠ *d. t.*

4 Consensus autem hic, qui solus Nuptias facere dicitur, non concubitus, *l. Nuptias 30. inf. D. R. I.* est de præsenti, scilicet expressus verbis in præsens conceptis, uti, *Es mihi uxor, Es maritus, Capio te in maritum, Capio te in uxorem.* Per hæc verba, *volo tecum contrahere matrimonium*, potius sponsalia ineuntur; nam verbum, *Volo*, conjungitur Infinitivo significanti principium actus, non etiam complementum. Aliud est, si dicatur, *volo te uxorem*; nam verbum hoc solum positum electionem factam designat, non etiam appetitum tantùm. Hac forma, *non habebo aliam uxorem nisi te*, nec matrimonium; nec sponsalia poni verius est; cùm tota ista oratio conditionem habeat, scilicet: *si duxero aliquam, te ducam.* Conditio autem non ponit obligationem, sed eam differt, *§. sub conditione Instit. de V. O.* Facit textus in *l. Si sterilis 21. §. penult. sup. De actionib. empti*, Ubi ex tali contractu non est ante actio, quàm contrà factum fuerit. Covar. *De matrim. p. 2. cap. 4. num. 6. & seqq.* Hâc verò formâ: *Ducam uxorem & nullam aliam nisi te*, inducuntur sponsalia; removetur enim conditio per verba, *Ducam uxorem.*

5 Consensus itaque sit de præsenti, ad ponendum matrimonium: in futurum collatus ponit sponsalia. Conditio, si quæ subsit, non obstabit, quò minùs eâ eveniente matrimonium continuò ponatur irrevocabiliter, ex natura conditionis, cujus eventus actionem purificat, *l. Hac venditio sup. De contrah. empti.* Ita ut postea non sit opus novo consensu, secundùm receptiorem Interpretum Juris Canonici sententiam, cui contradicit Covarr. *de matrim. p. 1. cap. 3. num. 5.* Verùm ea de re latius per Doct. *ad tit. Decretal. De conditionib. appos.* An autem consensus parentum sit necessarius, tradidimus ✠ *de sponsalibus & ma...ium.*

6 Quæritur, an cohabitatio inducat consensum in matrimonium? Respond. Inducere jure Digestorum, *l. in libera 24. hoc t.* quod & olim jure Canonico obtinuit, si sponsalia præcessissent. Alciat. 2. *Præsumpt. cap. 5.* Hodie nec cohabitatio, nec copula subsequens, quid quam facit ad inducendum consensum; cum nisi concludatur coram Parocho, & testibus, nihil agatur. Est tamen cohabitatio loco probationis in casu dubio, & antiquo. Vide Forsterum, *de successión. lib. 4. cap. 8. num. 17. & seq.*

7 Quærere verò, an deductio sponsæ solemniter in domum sponsi sit necessaria, nihil attinet; cùm consensus solus sufficiat, & deductio ista, similisve alia pompa non tam ad substantiam actus, quam ad extrinsecam solemnitatem adhibeatur, *l. Si donationem C. h. t.* Eoque modo accipiendi Jurisconsulti, in *l. Mulierem 5. h. t. l. Cùm fuerit inf. de condit. & demonstrat.* & Imperator in *l. sancimus 24 C. h. t.* Duar. *hic c. 2.*

8 Contrahentes autem habiles sint oportet. Habilitas præsumitur in masculo año XIV. in fæminis XII. eoque completo, *l. 4. h. t. cap. Ex litteris. & cap. fin.* ✠ *de sponsal. impub.* Ita ut velint nequidem ultimo die prædicti temporis Nuptias rectè iniri; cum passim textus loquantur de pubertate simpliciter, ut sint accipiendi de perfecta. Nisi tamen malitia ætatem suppleat, *cap. de illis* ✠ *d. t.* ubi nomine malitiæ non tantùm intelligitur potentia ad copulam; sed & discretio in consensum vinculi conjugalis.

9 Senium matrimonium non impedit, abrogatâ lege Papiâ Poppæâ quæ sexagenariis viris, quinquagenariis mulieribus Nuptias inhibebat, *l. sancimus 27. Cod. hoc tit.* Facit quòd senibus non tam sit ablatum exercitium potentiæ generandi, quàm suspensum. Ostendit & hoc ipsum Ecclesiæ usus, non rejicientis senes à contractu matrimonii, cum in iis obtineat alter finis matrimonii? remedium scilicet concupiscentiæ, & solatium humanitatis. Si tamen ita decrepiti fuerint, ut omnino sint impotentes, posset videri non esse admittendos; cum in iis neuter matrimonii finis locum habeat. Barbosa *ad l. 10. parte 1. num. 94. inf. soluto matrim.* Jure Civli inter servos tantùm permissum contubernium. Canones etiam matrimonium permittunt, caussa evitandi peccati ✠ *De conjug. servor.* quatenus impedimentum aliud non subest, de quo lib. IV. Decretal.

10 Quæsitum hic, an hermaphroditus sit ponendus inter imponentes? Respondeo, cùm hermaphroditus sit ejus sexus æstimandus, qui in eo prævalet, *l. quæritur 50. sup. de stat. hom.* secundùm eum non esse prohibitum inire matrimonium. Quid

Quid si utroque sit æqualis? Non dabit ei Parochus præsentiam, priusquam alterum præ elegerit, cum juramento, quòd altero præter electum non utetur, eò quòd indecens sit modo uno, modo altero sexu uti, sicuti unus duorum vices non rectè sustinet, *arg. c. 5. ⁜ de cler. conjug. l. Plures 9. sup. de pactis.*

11 Finis matrimonii primarius est procreatio liberorum & propagatio posteritatis; secundarius, evitatio fornicationis. Effectus, perpetua vitæ consuetudo, & communicatio omnis juris. Quâ ratione ad mutuam cohabitationem tenentur conjuges; uxorque maritum sequitur alio migrantem, *can. Unaquaque 13 quæst. 2.* neque enim aliàs rectè mutuum obsequium præstant. Ita ut contrariam consuetudinem improbabilem dicat Gloss. *ad can. 1. ⁜ De conjug lepros.* modò non sit turpis caussa in migratione ... invitans ad peccatum, aut ei detrimentum adferens. Vagabundum sequi non tenetur, *l. Quod nisi in fine de operis libert* nisi eum talem esse præsciverit, Gloss.: *in can. Si quis 4. 34. quæst. 2.* Menoch. 2. *Arbitr. casu 469. n. 3.* At exulem, etiam ob delictum, deserere posse non videtur; cum viri infortunium & uxorem tangat, *d. c. 1. & l. Si cum dotem 22. §. si maritus, & ibid. Glos. in V. participem inf. Soluto matrim.* Gail. *de pace public. lib. 2. c. 10. n. 16* Quo modo & excommunicato adhæret, *cap Inter alia ⁜ De sent. excommunic.* ac bannitum alit, Clar. 5. *Sent. §. fin. q. 81. n. 4.* Sequitur & mulier forum mariti, fitque particeps dignitatis & familiæ ejus, *l. Exigere 65. sup. de judiciis, l. Mulieres 13. C. de dignitatibus lib. 12.* Cujusmodi jura etiam vidua retinet, *l. Filii 22. § vidua inf. ad municip.* donec nupserit, cui non est eadem dignitas.

12 Q. An per nuptias dissolvatur patria potestas, & uxor subjiciatur potestati mariti? Respond. Nec dissolvi potestatem de jure, ut apparet ex *l. fin. in fine C. de lib. exhiben.* & ex eo quòd injuria illata filiæ conjugatæ dicatur patrem tangere, *§. ult. inf. De injur.* nec mulierem subjici potestati mariti, nisi quoad debitum carnis, cujus mutua hinc inde obligatio, & operas, quatenus fert ejus dignitas, *l. Sicut 46. de oper. libert.* de consuetudine dissolvitur potestas per nuptias, qua de re videatur *Tiraq. ad Leges connub. in pr.* Boër. *ad consuet. Bitur. t. 1. § 4*

13 Dicta de Nuptiis ita procedunt, si non subsit aliquod impedimentum, ratione cognationis, affinitatis, alteriusque prohibitionis legalis. Ubi notandum, nuptias aliàs dici incestas, alias prohibitas, & inutiles. Incestas alias esse tales jure gentium, quæ & nefariæ dicuntur, quasi de iis fari non liceat, propter conjunctionis turpitudinem. Cujusmodi sunt nuptiæ initæ inter patrem & filiam, avum, & neptem, & similes personas, quæ sunt loco parentum, & liberorum, uti inter vitricum & privignam, novercam & privignam, *l. 1. §. penult. inf. De concubinis*, ubi conjunctio filii cum ea, quam pater in concubinatu habuit, dicitur propriè esse nefaria. Cujac. *Cod. de incestis, & in utilib. nupt. & ad Nov de incestis nupt.* 12. Alias jure humano, quæ inter cognatos, & affines à latere ineuntur in gradu prohibito, sive civili, sive Canonico jure: illo usque ad quartum gradum exclusivè, quo fratrum liberi rectè junguntur, *§. duorum Instit. h. t.* hoc usque ad quartum inclusivè, quò tantum junguntur abnepotes, & neptes, qua de re latius ⁜ *tit. de consanguin. & affinit.*

14 Q. An inter fratrem, ac sororem sit prohibitum matrimonium jure naturæ, seu gentium? Resp. Videri aliquibus, prohibitionem ejus descendere ex jure non gentium; sed civili, Navarr. *cons. 13. n 3. ⁜ de sponsal.* atque ita dispensare super eo posse Pontificem: ut & dispensat inter nepotes, patruum & neporem. Covarr. *de matrim. p. 2. cap. 6. §. 10. n. 23.* Probabilius tamen, prohibitionem illam esse juris gentium, *arg. ducto, à contrario ex cap. Gaudemus ⁜ de divort.* Ubi Pont. permittit infideles conversos in secundo gradu conjunctos simul manere, quasi non peccantes contra jus naturæ. Unde colligitur, peccare conjunctos in primo gradu, cùm inclusio unius sit exclusio alterius. Facit *l. Libertus 8. h. t.* ubi libertinus non ducit sororem libertinam, quòd jus hoc moribus, non legibus sit introductum. Et licet inveniantur gentes, apud quas licita fuit conjunctio fratrum, & sororum, non potest tamen ea res mutare rationem naturalem. Quò facit, quòd numquam facta fuerit dispensatio illo in gradu. Covarr. *d. loco* 2. Menoch. 2. *Arbitrar. cas. 502. n 24.*

15 Pœna autem incestus circa matrimonium videtur eadem, quæ adulterii. Glos. *in l. Si adulterium 38 inf. Ad L. Iul. de adult.* Menoch. *d. casu. 502. n. 34.* Covar. *d. c. 6 §. 8. num. 1* Per nuptias verò commissi est, quòd inde nati liberi non sint in potestate, nec alii debeant jure civili à patre *Auth. Ex complexu Cod. De incest nupt.* Dico, civili; nam secundùm Canones & hi alendi; quia non deliquerint, *c. Cum haberet ⁜ de eo qui duxit in matrim. quam pol. per adult.* Est & confiscatio

scatio bonorum non tantùm eorum, quæ hinc inde data: sed omnium. Prætereà exilium, cinguli spoliatio, & ,si humilis persona fuerit, verberatio, *l. Qui contra* , *& Authent. Incestas Cod. de incest. nupt.* Cujusmodi pœnæ manent & fœminas. *d. Ant. incestas.* Menoch. *d. loco n.* 46. *& seqq.*

16 Quæ pœnæ ut obtineant, oportet Primò, contractum fuerit matrimonium, quoniam sponsalia ei locum non dabunt ; cùm dicta loca se fundent in matrimonio, quæ ideo non extendenda, quia pœnam continent. Menoch *d. loco n.* 78.

17 Secundò, ut initum sit à scientibus impedimentum. Nam error excusat, non affectatus aut supinus; sed accerrimus, ut loquitur textus in *d. l. Qui contra*, qui veniâ dignus. Et facit, quòd quilibet quod dedit repetat , *l.* 1. *Cod. de condict. ob turpem caus.* Si aliter sciverit impedimentum, is solus prædictis pœnis subsit, nisi ætatis lubricum excuset, *d. l. Qui contra.* Quæ ita procedent, si comperto errore, aut completâ ætate, ejusmodi conjunctio fuerit dirempta : aliàs non erit extra culpam , *d. l. Qui contra in fine*, Menoch. *d. loco n.* 82. *& seqq.*

18 Tertiò, sunt, qui desiderant, ut consummatum sit matrimonium , per § *si adversus Instit. de nupt.* ubi fit mentio copulæ : & per rationem, quòd incestus sine culpa non committatur. Covarr. *d. cap.* 6. § 8. *n.* 34. Panormit. *in c.* 1. *&* 9. ;; *de donat. inter vir. & uxor.* Adducitur & pro ea parte *l. fin. sup. de condict. sine caussa.* Idem ratio, quòd pœnâ sit potiùs interpretatione mitiganda , quàm exasperanda. Posset tamen alicui contraria sententia videri probabilior , scilicet per solum matrimonium incurri pœnas supra dictas, cùm pleraque loca non tam ponant vim in consumatione, quàm in contractu matrimonii, & puniant contrahentes, *d. Auth. Incestas, & l.* 52 *h. t.* quæ in nuptiis Incestis negat doti esse locum. Sunt autem Nuptiæ ante copulam , *l. Nuptias inf. de Reg. Iur.* In Nuptiis enim non tam spectatur concubitus, quàm ipse contractus, *l penult. Cod. de incest. nupt.* Ad idem facit *l. Cùm hic status* 32. § *fin. inf. de donat. inter vir. & uxorem.* Facit etiam *Clement.* 1. *de consanguin.* in qua expressè excommunicatio imponitur contrahentibus incestas Nuptias. Ut nihil debeat movere, quòd in *d.* § *si adversus* fiat mentio copulæ; quia non additur dictio, *tantùm*, quo modo ex aliis juribus supplebitur. Nihil etiam facit *d. leg. fin.* quia rantùm agit de sponsalibus, non etiam de matrimonio: Castrensis & Jason. *ad d. l. fin. n.* 4. Barbosa *ad l.* 6. *n.* 26. *inf. Soluto matrim.*

19 Illud etiam hic quæsitum, An prædictæ pœnæ civiles locum habeant tantum in contrahentibus Nuptias in gradu prohibito jure civili , an vero & Canonico? Verius est tantù m habere locum in gradu prohibito jure civile. Non obstante, quòd caussa matrimonialis secundùm Canones dijudicetur, *can. Quadam* 29. *q.* 3. neque enim ex eo sequitur , pœnam civilem in gradibus eo jure prohibitis etiam obtinere in admissis , per Canones postea prohibitis. Nam licet per legem novam extendatur prohibitio contractus , non tamen etiam pœna, nisi exprimatur. Ut contrahentes in quarto gradu pœnæ civili non subjaceant, nisi aliud habeant locorum statuta. Nam cum lex ejusmodi conjunctionem habeat legitimam, non debet eam punire , *arg. l. Gracchus. C. Ad L. de Iul. adult.* Alciat. in *c. Cùm contingat n.* 16. ;; *de jurejuran.* Peregrin. *De jure fisci lib.* 5. *tit.* 1. *n.* 15. Barbosa *d. loco num.* 41. Papon. 23. *Arrest tit.* 4. *cap.* 1. Contrarium tenet Covarr. alios citans *d.* § 8. *n.* 30 & Menoch. 2. *Arbitr. casu* 502. *num.* 6. *& seqq.*

20 Cæterùm ad prohibitas inutilesve nuptias pertinet & conjunctio tutoris cum pupilla quondam sua, vel etiam ejus filii ; item curatoris, ejusve filii cum adulta, si necdum redditæ rationes, & mulier non sit facta major , *l. Non est* 66. *cum l. seqq.* § *si puella* 5. *h. t. l.* 1. *&* 6. *Cod. de interdicto matrim. inter pupill. & tutor.* Ratio est in suspicione fraudis ; quia plerumque à tutoribus, vel curatoribus ejusmodi Nuptiæ appetuntur , ut tegatur fraus administrationis, & restitutio , quæ posset competere ex fraudulenta gestione , impediatur. Facit & potestas hujusmodi Nuptias facilè conciliari. Purgatur tamen suspicio, si pupilla, vel adulta talibus nuptiis à patre, cùm decederet, fuerit destinata, *l. Tutor.* 36. *h. t. & d. l.* 6. *Cod. d. tit.* vel à Principe impetratæ Nuptiæ, *l.* 7 *Cod. eod.* Aliud est in pupillo, vel adulto , cui filiam suam tutor, vel curator recte jungit, *l.* 5. *Cod. eod.* Jure Canonico hæc prohibitio non obtinet *Glos. in Can.* 1. *in fine* 30. *quæst.* 3. Gutierrez *de tutelis p.* 2. *cap.* 12. *num.* 8.

21 Prohibita & jure civili conjunctio præsidis, vel potestatem habentis cum provinciali ; quod tales Nuptiæ minùs liberæ videantur , propter potestatem, *l. Præfectus* 63. *h. t.* ut etiam conatus puniatur *l. unica C. Si quacumque præd. potest* Aliud est, si ante officium fuerit sponsa ; neque enim præsumitur coacta, *l. Si quis* 38. *h. t.* Post depositum officium si provincialis in eadem voluntate

luntate perseveret, justæ efficientur Nuptiæ, *l. Eos qui 65. hoc tit. & l. 6. Cod. eod.* Verùm cessare videtur & hæc prohibitio secundùm Canones, *arg. c. penult* ;; *de raptorib.* cùm consensus ad nuptias sufficiat, si nihil aliud impedimenti sit. Prohibitæ item Nuptiæ Senatoris cum liberta *l. si quis 27. cum 2. seqq. hoc tit.* quod hodie correctum, *Auth. Sed novo Cod. eod.* Quo modo etiam multò minùs dissolvetur matrimonium cum liberta contractum, si maritus adscribatur ordini Senatorum, quia major felicitas mariti non est idonea caussa dissolvendi matrimonii ante contracti, *l. penult. Cod. h. t. tit.* Inhibitæ & nuptiæ ingenui cum famosa muliere, ut scenica, nisi resipuerit, & impetraverit à Principe famæ restitutionem, *l. Imperialis 23. §. 1. Cod. eod.* Idem raptoris cum rapta, *l. unica Cod. de raptu virg.* Huc etiam referendæ nuptiæ eorum, qui propter crimen contrahere prohibentur, de quo ;; *de eo qui duxit in matrim. quam poll. adult.*

22 Plane Impedimentum prohibitatum Nuptiarum rescripto Principis non tollitur: quod & habetur subreptitium, nisi caussa subsit, *l. 1. in fine Cod. si nuptia ex resc. pet.* Hodie, quia caussa matrimonialis est fori Ecclesiastici, dispensatio super ea non à Principe, qui spiritualibus se non immiscet; sed à Rom. Pontifice est petenda, eaque Justas facit Nuptias, quatenus impedimentum est juris humani, quod Pontifex tollere potest: nisi subreptio, aut obreptio faciat impetrationem vitiosam, cùm Pont. deceptus non videatur consensisse. Covarr *ad 4. Decretal. parte 2. cap. 6. §. 9.* Est & petenda dispensatio à Pontifice Rom. in cognatione legali, licet sit inventa jure civili, cùm caussa agatur Ecclesiastica, atque ita subsit foro Ecclesiæ.

23 Hactenus de primis Nuptiis. De secundis extat. *Tit. in Cod.* ex quo operæ pretium, nec præter institutum fuerit; quædam transferre in hunc locum. Non tantùm autem primæ nuptiæ permittuntur, sed & secundæ & tertiæ, & quartæ, teste Apostolo in *c. penult. & fin.* ;; *De secun. nupt. can. Quod si 31. q. 1.* prioribus tamen legitimè dissolutis, vel per mortem, de qua legitimè constare debet, secundùm dicta ;; *d. t. 1.* Sunt tamen minùs decentes, ut patet ex *Nov. Leonis 90. & can. de his, can. Hac ratione 31. q. 1.*

24 * Unde & quædam pœnæ sunt propositæ secundas Nuptias ineuntibus, de quibus *tit. Cod. de secundis nupt.* veluti mulieribus, quibus ante partum intra annum luctus (quod olim erat decem mensium, hodie duodecim) nubentibus infamia inurebatur. Præterea ultra tertiam bonorum partem marito secundò in dotem dare, aut testamento relinquere non concedebatur: capere testamento, aut mortis causâ donatione relictum prohibebantur, non vindicant hæreditatem ab intestato ultra tertium gradum, quæsita à priori conjuge auferuntur &c. *l. 1. 2. & aliis Cod. d. tit.* Ratio erat in prolis incertitudine, & sanguinis confusione. Ut idem non obtineat in marito, qui lugere non debet, *l. 11. sup. de his qui not. infam.* & in casu repudii, ex eadem ratione, *l 9. Cod. De repudiis.*

25 Post annum luctus secundò nubentem in eo constringunt leges, ut omne id, quod à defuncto provenit ad superstitem, transmittatur ad liberos superioris matrimonii, salvo solummodo usufructu, *l. Fœmina 3. Cod. d. tit.* Quod & in Belgio obtinet, juxta Edictum anni 1611. art. 28. Impediunt quoque leges, quo minùs ad novum conjugem plus transfear, sive per actum inter vivos, sive per ultimam voluntatem, quàm manet penes quemvis liberorum, *l. Hac edictali 6. Cod. d. tit.* Et hoc tam quoad bona aliunde quæsita, quàm à præmortuo: nam horum proprietas apud liberos manet, ejusque nomine iis est jus hypothecæ in bonis ea obtinentis, *d. l. 6. §. omnibus.* Tutelâ liberorum matrem privant, *Nov. de Nuptiis §. si autem.* Est & illa pœna, quòd mulier transiens ad secunda vota, non petito filiis tutore, aut redditâ ratione tutelæ, omnes pœnas incurrat, quas incurrit nubens intra annum luctus, *d. §. si autem.* Non permittitur etiam tali matri liberorum educatio.

26 * Jure Canonico hæc paulò aliter se habent: nam cum secundæ Nuptiæ eo jure sint permissæ, non debent puniri. Quâ ratione onera, quæ meram pœnam concernunt, mulieribus remittuntur; ex ratione *c. fin.* ;; *de secund. nupt.* Quod se fundat in eo, quod non sit puniendum jure permissum, *l. Gracceus 4. Cod. Ad Leg. Iulian. de adult.* Ut procedat regula, quòd ratio in lege expressa sit pro lege, & obtineat in casu simili, Barbosa *ad l. Si constante 25. in princ. numer. 100. & seqq. inf. Soluto matrimon.* Manent autem ea, quæ prolium prioris thori favorem concernunt; ut patet ex eo, quòd, non extantibus liberis, non impediatur mulier secundo marito tantum in dotem dare, quantum vult, proprietate eorum, quæ à priori marito accepit, retenta, *l. 3. in fine Cod. d. tit.* tanquam extinctâ causâ,

16. Fra-

Inhabilitas unius testis suppletur habilitate alterius: Quod tamen intelligendum, in eo, qui unam tantum patitur inhabilitatem, secus verò est, si plures inhabilitates concurrant. vid. alleg. in Dt. Ayrers *process. Iur. p.* 3.60.

*Ad n.*13. An statuto vel consuetudine induci possit, ut injuratis testibus, fides adhibenda sit? vid. in utramque partem disputatam à Weh. *in obs. Pract. verb.* bey Glauben und Treuen/*ꝛc. ubi p* 57. tandem concludit & existimat, hujusmodi statuta & consuetudines eatenus valere, si tantùm ad personas, integritate vitæ conspicuas, Illustres & Nobiles, & non ad quemlibet privatum promiscuè referantur, &c. quia in illis cesset præsumptio fraudis, subornationis aut perjurii: *adde* Gail. 1.100. *in fin. & obs.*101.*n* 14. An a. & quatenus, Papæ, Imperatori, vel aliis principibus, fides adhibenda sit, in eorum assertionibus, vid. Myns. *cent.* 5. *obs.* 34.

*Ad n.*16. Hic notandum, licet de Jure Cononico exceptiones contra testes, ante publicationem attestationum objici debeant *c.*1. *de except. c. licet causam de probat. &c. præsentium hic*, tamen de generali Germaniæ consuetudine, exceptiones cum protestatione reservantur post publicationem. Matth. Coler. *tract. de except. c.*1. Gail. 1. *obser.*105.*n.*8. Quod Camera Imperialis non tantùm quoad testes, sed etiam quoad omnis generis exceptiones observat. *loc.* Roland. *tract. de Commissar. lib.* 7. *c.* 4. *n.* 1. *& seqq.*

*Ad n.*20. Publicatio attestationum, an sit de substantia processus. vid. Gail. 1. *obs.*105. *n.*1 *& seqq.*

Ad n 21. Quod testimonium unius regulariter sit nullum, eleg. deducit. Treutl. *vol* 2. *disp.* 5. *th.* 7. *lit. a.* ubi remissivè habet limitationes: adde Carpzov. *part.* 1. *const.* 16. *def.* 39. & P. Surd. *decis mant.* 12.

*Ad n.*22. Singularis testis quot modis dicatur. vid. Bacc. *ad Treutl. prox. cit. loc. lit. a in fin.*

*Ad n.*23. Quando testes inter se discrepant, sive ab una parte sive ab utraque sint producti, necesse est, ut Judex, ingenii sui lumen ostendat, testiumque dicta diligenter ponderet, personas comparet, quanta authoritate, quantâ fide, quantâque religione quisque dixerit, accuratè perpendat, quâ in re Judicem certis præscriptis regulis benè instruunt Prosp. Farin. *de Testib. q* 65. *n.* 107. *& mult. seqq. &* Just. Reub. *de test part.* 3. *n* 149. *& seqq.* Si verò testimonia ita inter se dissident ut conciliatio locum habere nequeat, ante omnia à Judice personarum collatio instituenda est: Creditur enim magis senioribus quàm Junioribus; honoratis & dignioribus quàm minus dignis, Masculis quam fœminis, peritis & Doctoribus quàm imperitis & plebeis, de negotio Informatis, quàm illius ignaris, clericis quàm Laicis, Hominibus probatæ fidei & existimationis, quàm levis conditionis & vitæ reprehensibilis, &c. Plura huc pertinentia vid. ap. Carpzov. *p.* 1. *const.* 16. *def.* 43. 42. 45. *& seqq*

TITULUS VI.

De juris, & facti ignorantia.

SUMMARIUM.

1. *Ignorantia quotuplex.*
2. *Ignorantia juris divini aut naturalis non excusat.*
3. *Ut neque ignorantia juris humani, legitimè promulgati.*
4. *Nisi sit invincibilis.*
5. *Ignorantia pœna circa jus divinum vel naturale an excuset?*
6. *Ignorantia vincibilis non excusat à pœna.*
7. *Ignorantia juris in lucro non prodest.*
8. *Ignorantia facti quatenus obstet, vel non.*
9. *Ignorantia probatio incumbit adserenti.*

AD materiam probationum pertinet hic Tit. quoad posteriorem partem Rubr. quæ de Ignorantia Facti loquitur: quia Ignorantiam Facti alieni non est opus probare; sed ea præsumitur, & ideò adversæ parti incumbit probare scientiam. In Cod. alius ordo est, inspectâ priori parte Rubr. quæ est de ignorantia juris. ¹ Ignorantia enim ex parte objecti alia est Juris, quando id, quod juris est, ignoratur, aut divini, aut naturæ, aut humani; alia Facti, quando id, quod casu advenit ignoratur, *l.* 1. *h. t.* Ubi ejus referuntur exempla V. G. in facto errat, si quis ignoret decessisse eum, de cujus successione agitur, aut nesciat se scriptum hæredem: in jure verò, si nesciat, sibi cognato, proximitatis nomine, deferri bonorum possessionem, aut nesciat, intra quod tempus deferatur. Juris iterum ex parte rei ignoratæ, vel est totius juris, & prohibitionis ejusdem, vel solius pœnæ, quando quis non ignorat quidem prohibitionem; ignorat tamen pœnam illi adnexam. Est etiam distinctio ex parte Ignorantiæ; nam quædam in culpabilis est quæ & invincibilis dicitur, quædam vincibilis, seu culpabilis. Hæc iterum alia est affectata, quæ non malè dicitur directè voluntaria, alia vero voluntaria indirectè.

Quantùm ad jus divinum, aut naturæ, ratiùs ² est

est ut circa hoc inculpabilis ignorantia prætendi possit, cum nemo nescire debeat, quod ab ipsa natura ingenitum, & in scriptum mentibus nostris, ut colligitur ex *l. Si adulterium 38. §. 1. Ad L. Iul. de adult.* modò sit rationis capax. Et quamvis non repugnet inter homines rudes eam dari; non tamen 3 citra pœnam.* Quantùm ad jus humanum, illud legitimè promulgatum omnes obligat, etiam ignorantes, quod talis lex habeat completam rationem legis, ac proinde perfectam vim obligandi. Quò facit, quod leges à quovis sciri debeant, 4 nec permittatur earum ignorantia, *l. pen. C. h. t.* * Excusabit tamen ignorantia Juris invincibilis; saltem in foro interiori, cum non debeat poni pœna, ubi non est culpa. Non esse autem eo casu culpam patet, quia talis Ignorantia ponit involuntarium. Quod & in foro exteriori dicendum procedere, ex eadem ratione: nam licet præsumatur legis scientia, *d. l. penult.* ut ejus Ignorantia non videatur rectè prætendi, si tamen probetur sufficienter, quidni excusabit? Quò facit quod lex non imponat pœnam, nisi ut Pœna, ablatâ autem culpâ non potest esse locus pœnæ.

5 Quæritur verò, si lex quidem sciatur, sive naturæ, sive humana, non tamen sufficienter pœna ei proposita per leges humanas, an ad eam teneatur ignorans, si contra legem peccaverit? Dicendum, aliquos velle, propter Ignorantiam solius pœnæ admittendam esse excusationem quoad pœnam: si enim ea justa est, non videtur actus mereri punitionem. Nec facit, quòd sit prohibitus jure superiori, divino, vel naturali: quia non ideo & ex hoc jure pœna dicenda descendere; cùm conditionem juris humani sequatur, à quo inducta. Ita Joh. Andr. *ad c. 2. n. 1. de constitut. in 6.* Ubi ait, delinquentem contra actum jure communi prohibitum non esse puniendum speciali pœnâ statuti loci, quam ignorat, Clarus *5. Sent. §. fin. quæst. 85.* Navarr. *in Manuali c. 23. n. 47 in fine,* Ubi tradit, non posse esse justam Ignorantiam circa jus divinum, aut naturale: Posse tamen dari justam circa pœnam positivam, tali delicto propositam. Probabilem tamen alii adserunt negantium opinionem; eò quod Ignorantia non sit ejus, quod facit ad malitiam actus; cum non sit circa delictum, quod quis scit, aut scire debet esse prohibitum; sed circa pœnam, quæ tamen est consequens ad delictum: & proinde volens antecedens delictum, etiam pœnam consequentem velle videtur, nec ab ea excusandus, propter pœnæ Ignorantiam. Facit, quod Ignorantia pœnæ ad summum illud operetur, ut pœna non sit ita voluntaria; quod parum refert; cum in his, quæ mala sunt, non sit necesse, delinquentem scire, quæ & qualis pœna delicto sit proposita, ad hoc ut eidem subjiciatur. Quâ ratione homines puniuntur pœnâ æternâ, licet ignorantes talem pœnam; peccatis suis deberi: nec fur est liber à suspendio; quia ignoret istam pœnam; quatenus tamen delinquens scit circumstantiam, & qualitatem facti, caussantem vel alterantem delictum, cujus Ignorantia excusaret à speciali gravitate, orta ex speciali circumstantia. Sic cognoscens conjugatam, quam putat solutam, excusatur à pœna adulterii, quod ista ignorantia excludat adulterii voluntatem. * Si actum caussaverit 6 ignorantia vincibilis, quæ ponit voluntarium directum aut indirectum non potest dici excusari reus à pœna, per *l 1 sup. de legib.* quæ non solùm scientes, sed & ignorantes ponit legum transgressos. Quòd non potest accipi nisi de Ignorantia vincibili, quæ ut non tollit omnino involuntarium ita neque culpam, quæ est caussa pœnæ, tollit. Potest tamen Ignorantia crassa caussare aliquam moderationem, quando pœna est per judicem imponenda; quia talis Ignorantia facit caussam minorem. Vid. Covarr. *ad c. Alma mater p 1. §. 10. n 9. & seqq.* Navarr. *c. 27. n. 16.*

Quantum ad lucrum attinet, Ignorantia juris 7 non prodest, *l. h. t* Ubi lucrum est, quod ex alieno sine onere obvenit. Hinc error Juris non prodest ad usucapionem, *l. Numquam 31 in princ. inf. de usucap.* Suum verò petentibus, & de damno vitando agentibus non obest; qui error non est sufficiens adimendæ rei meæ caussa. Excipitur minor, cui non nocet Juris error, etiam in acquirendo, *l. 2. & l. Quamvis C. h. t.* Item miles, *l. Regula 9. §. filiusfam. h. t. & l 1. C. eod* Mulieribus, rusticis non passim subvenitur; sed tantùm aliquibus casibus, ut indicatur *l. 3. Quamvis 11. & l. ult. Cod. h. t. l. Divus § pen inf. Ad L. Corn. de fals.* & in casu *l. 1. §. fin. sup. de edendo & l. 2. inf. de jure fisci, l. ult. C. h. t.*

Ignorantia Facti duplex est, alieni scilicet, & 8 proprii. Illa probabilis prudentissimosque fallit, *l. 2. h. t.* Ideoque, nec in damno evitando, nec in lucro captando obstat, *d. l. 9. §. sed facti h. t. & l 7. 8. 9. C. eod.* modò crassa, aut supina non sit, *l. 6. h. t.* Hæc est improbabilis, de damno tamen vitando agentibus non nocet, *leg. Sed & si me 22. sup. de condict. indeb.* quia iniquum foret aliquem ex errore alterius commodum sentire, cum ejus jactura: lucrum verò captandi obstat, *l. 7. sup. Ad S. C. Velleian.*

9 Ad probationem Ignorantiæ quod attinet, illa incumbit adserenti, *l.1. & 2. sup. de probat.* nisi præsumptio juris sit pro ignorante, veluti in facto alieno, & iis, quæ scire non debent, *c. præsumitur ubi Glos. de R. I. in 6. l. Verius sup. de probat.* Probatur autem non facilè nisi per verisimilia signa, conjecturas, aut jusjurandum. *cap. Præsentium ubi* Abbas *n. 3.* ¶ *De testib. c. 4: de elect. in 6. c. 4. & cap. nulli de elect. in 6.* Cùm enim ab animo pendeat, vix est, ut aliter probari possit. Gail. 2. *Obs. c. 48. n. 23 & seq.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 6. de Iuris & facti, ignorantia, &c.

Ad n. 7. IGnorantia quando commodo & commodo & in commodo sit vid. Gail. 2. *obs. 48. per tot.* Si mulier aut rusticus in condendo testamento, non observat ea, quæ substantialis testamenti forma exigit, non excusat ipsos Juris ignorantia, etiam eo casu, quo Ictorum Consilia habere non potuerunt: sed testamentum, prædicto modo conditum omnino corruet: Pari ratione, si intra tempus legitimum Instrumenta, aliàsve probationes, non produxerint in Judicio, per Juris ignorantiam sibi præjudicabunt: *vid. alleg.* à Mynsi. *cent. 6. obs.* 47. Bronch. *cent. 1. assert.* 94. Wittum. *Consil. crim. 1. n. 5. &* 19. Gilhaus. *in arbor. Iud. crimin. tit. de Except n. 81. mult. seqq.*

Ad n. 9. De scientiæ ignorantiæque, ut & erroris præsumptione, vid. latè Menoch. *lib. 1. præsumpt.* 23. Mascard. *conclus.* 636. *& seqq. & conclus.* 1285. & eleg. Menoch. *de arbitr. Cas.* 186. Farin. *Consil.* 100.

FINIS LIBRI XXII.

HENRICI ZOESII I. C IN LIBRUM XXIII. DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I. De Sponsalibus.

SUMMARIUM.

1. *Sponsalia quid?*
2. *Unde dicta.*
3. *Sponsaliorum effectus.*
4. *Per copulam subsequentem an transeant in matrimonium.*
5. *Sponsalia non ponunt vinculum indissolubile.*
6. *Ex quibus caussis dissolvantur.*
7. *Arræ sponsalitiæ quæ dicantur.*
8. *Earum conditio, non secutis vel secutis nuptiis.*
9. *Quæ & jure Canonico obtinet.*
10. *Sponsalia pœnam non admittunt.*
11. *Proxenetica quæ dicantur.*

Inter

INter genera contractuum recensetur & dotis datio, *l. Exigere 65. sup. De judic. & l. 23. inf. de R. I.* Dos verò, quia sine matrimonio esse non potest, ideo præmittitur hic de iis, quæ præcedunt 1 justas nuptias, id est de Sponsalibus. * Concernunt autem Sponsalia propriè futuras nuptias, quæ alibi vocantur spes matrimonii, *l. si uxor. 13. §. donatio inf. Ad L. Corn. de adult.* & definiuntur esse mentio, ac repromissio futurarum nuptiarum, *l. 1. hoc tit.* Contrahuntur inter eos, inter quos nuptiæ, consensu contrahentium libero ab omni metu, de quo Tit. seq. Ætas hic desideratur septem annis major, *l. In sponsalib. 14. h. t.* Non tantùm à præsentibus, & per se; verùm & ab absentibus, & per alios ineuntur, *l. fin. h. t.* uti parentes. *cap. 1. & De despons. impub.* quibus tamen eatenus tenentur liberi, quatenus consenserunt, ac ratificarunt acta parentum, *c. un. de desponsat. impub. in 6. & l. 4. & 5. h. t. tit.* Parentum consensus uti in nuptiis, ita & hic videtur requisitus, *l. 7. §. 1. 2 hoc tit.* * Ratio nominis est, quod priscis temporibus in more fuerit positum, ut qui uxorem ducturus esset, ab eo, unde ducenda erat eam in matrimonium datam iri stipularetur, isque qui nuptum daturus erat, spondere; unde a Spondendo rectè Sponsalia dicta adserit J. C. *l. 2. & 3. h. t.*

3 Effectus Sponsaliorum est, quòd inducant obligationem ad nuptias futuras: quòd sponsa sit quasi loco uxoris, sponsus mariti, *d. t. divi*, quod in dote data sponsa gaudeat jure prælationis, *l. quæsitum 2. inf. De privil. cred.* Ratio quia ad finem aliquem destinata, eo loco sunt habenda, ac si finem suum essent adsecuta, *l. A divo Pio 15. §. sed etsi 12. inf. De re judic. l. si à sponso 15. C. de donat. ante nup.* quòd publicæ honestatis impedimentum inducant; si tamen valida: quòd primum gradum non excedit, ex decreto Conc. Trident. *Sess. 24. de reformat. matr. c. 3.* quòdq; bina Sponsalia contrahentes notentur infamia, eo modo, quo binas nuptias, *l. 1. sup. de his qui notan. infam.*

4 * Præterea habebant olim & illum effectum, quod per copulam subsequentem transirent in matrimonium: quæ vis non erat copulæ præcedenti, quæ merè fornicaria non inducit ullum effectum ad nuptias, *c. Veniens 3. & de h. t.* Hodie copula subsequens Sponsalia, nihil operatur, & non alias rectè initur matrimonium, quam coram proprio Parocho, ex decreto Trid. *d. loco capit. 1.*

5 Cæterùm non ponunt Sponsalia vinculum indissolubile; cum possint dissolvi, non tantùm mutuo consensu, expresso, vel tacitò; verùm & altero invito. Quo modo in *l. In potestate 10. h. tit.* dicitur patet remittere posse juramentum sponso filiæ, etiam sine caussâ, non tamen impunè; cum arrhatum loco datum perdatur, uti mox dicetur, Jure Canonico, quod hac in parte sequimur, sine caussa citra peccatum non dissolvuntur, altero invito; cùm agatur res majoris momenti, cujus obligationi non satisfaciens, non est extra peccatum. Quod multò magis obtinebit, si interveniente juramento sint firmata, cujus major est observantia.

6 Sunt autem variæ caussæ, propter quas dissolvuntur: veluti matrimonium cum alia subsequens: affinitas superveniens: votum non tantum solemne, sed & simplex, Religionis scilicet, non etiam castitatis, aut ordinis: ingressus in monasterium, etiam ante professionem: hæresis, propter periculum perversionis: magna deformitas superveniens: fornicatio; quia subest conditio, si res integra maneat. Nec tantum subsequens fornicatio, verùm & præcedens sponsalia, ignorata tamen à sponso; caussat dissolutionem; quia res non est talis, qualis putatur. Navarr. *in summa cap. 22. n. 27.* Quò facit *l. 5. & hu aiud Cod. hoc tit.* Ubi non dissolvuntur Sponsalia per hoc, quòd mulier præsciverit turpem vitam mariti: ut aliud dicendum sit, si ignoraverit: Adeò ut etiam stuprum per vim sponsæ illatum faciat non cogi sponsum ad implenda Sponsalia, qua de re latè agitur *lib. 4. Decretal.*

7 Additur hic in Rubr. Cod. *De arris sponsalitiis*: quæ nihil aliud sunt, quàm datio alicujus in argumentum, & pignus futuri matrimonii. Dantur à sponso sponsæ, non autem è contra, secundùm Cujac. *in parat. Cod. d. t. & 4. Observ. cap. 26.* ad instar arrarum in emptione, quas dat emptor. Pro quo facit *d. l. 5.* quæ tantùm facit mentionem sponsæ eas recipientis, etsi aliud velit Accurs. *ad d. l. 5. V. quæ omnia.* Quantitas earum non est definita, cùm jura indistinctè loquantur: uti nec definitum, dentur in quantitate, an in specie.

8 * Conditio earum est, quòd non subsecutis nuptiis redeant ad dantem duplicatæ, si per accipientem stet, quò minùs Sponsalia perficiantur: nisi sit minoris ætatis, qui tantùm simplum reddit. Si verò stet per dantem, ut tum maneant apud eum, qui accepit, *d. l. 5.* Si per neutrum, redeant ut datæ in simplū, veluti si subsit impedimentum inter personas danti ignotum, cujus scientia

faceret eas emitti, *d.l.5.vers.si quidem, & l.si legibus 16. Cod. De Episc. audient.* cùm turpis subsit caussa, quæ possessorem facit potiorem. Idem est, si alia justa caussa subsit, veluti alterius conversatio turpis, sectæ diversitas, aut alia, *d.l.5.§. his illud quoq;*. Subsecuto matrimonio, vel ad tradentem redeunt; vel in donationem propter nuptias imputantur; cùm sint quasi pignora, quæ subsecutâ venditione redduntur, aut in pretium imputantur Cujac.*in parat.Cod.d tit.* possunt autem partes inter se stipulari, etiam usque ad quadruplum, in casum non subsecutarum nuptiarum, quod olim ex lege debebatur *d l.5. in fine.*

9 Ubi quæritur, an ab hac dupli, vel quadrupli pœna non sit recessum Jure Canonico, quod omnimodam requirit libertatem in matrimonio? R. Non videri, cùm non censeatur matrimonii libertas per hoc diminui, ut mox dicetur, & nullibi Canones hac in parte corrigant legem civilem. Hostiensis *in Summa De accusat.§.1.n.2.* Jan. Andreas.ad *c.Gemma 29.* ꝟ *h.t.*

10 Pœnæ adjectionem Sponsalia non ferunt, *d.l.5.in fine*, propter matrimonii libertatem, quam non oportet pœnis obstringi, ne exitus patiatur difficiliores. quòd autem arratum commissio, vel earum restitutio, etiam ad quadruplum admittatur potiùs quàm pœna, est, quia partes matutiore consilio videntur de iis tractare; cùm tradantur, quo modo leges passim loquuntur de iis receptis: faciliùs autem pœnam in majori quantitate apponerent, cùm tantùm permittatur. quod etiam procedit, cùm pœna sit adjecta cum juramento, quod natura actus non ferat pœnæ adjectionem, quam juramentum imitatur. Possit tamen contrarium videri ex eo, quod juramentum sit servandum, quatenus servari potest sine detrimento animæ.

11 Additur & in Rub. *C. De proxeneticis*: quæ sunt præmia quædam, quæ debentur parariis, & interpretibus, quorum operâ negotium inter plures initur, *t. De proxenet.* Hic autem sunt ea præmia, quæ olim dabantur interpretibus, vel conciliatoribus, & intercessoribus nuptiarum, aut Sponsaliorum; per hos enim plerumque nuptiæ expediuntur. Peti possunt promissa actione in factum prætoriâ, aut de dolo, si dolus arguatur; non promissa extra ordinem. Cujac.11. *Obs.c.18.* Ex pacto non excedunt vigesimam partem dotis, aut donationis propter nuptias, si earum quantitas pertingat usque ad ducentas auri libras; sin excedant, non ultra decem libras auri præmii loco sibi dari proxeneta rectè cavet, *l. fin. Cod.h.t.* quam integram Cujac. *d.loco* restituit ex Basilicis.

ADDITAMENTA.

Ad lib.23.ff. tit.1.De Sponsalibus.

A *D n.1.* Utrum in Sponsalibus malitia suppleat ætatem, ut ante septennium sponsalia contrahi possint. *vid.* Cævall. *quæst.*746.

Ad n.3. Quod Sponsa non gaudeat jure prælationis, *hic Auth.5. in tit. qui potior.in pign.&c.* rectè statuit, nec puto, ibi positam sententiam hic revocasse: *adde quæ habet.t.tit. de pact.dot.n.7.*

Pœna contrahentium gemina sponsalia, eodem tempore, quænam sit? *vid.* Copp.1. *Observ.34.* Eberh.Speck.*cent.1.qu.70.*

Ad n.5.& 6. De dissolutione sponsaliorum & matrimonii. *vid.* Wes. *Consil.125.* Copp.1.*obs.36.&* *qq.enucl.4.dec.1.* Besold.*cons.2.decad.1.*

Ad n.7. Huc propriè pertinent, quæ scripsi *5. ad tit. de contrah. empt. num.37. Quibus adde* Paul. Christinæ.*decis.Belg.vol.3.dec.124.* Besold.*in thes.Pract. verb.* Hafft-Geld/ Hand-Trew.

Ad n.11. An id genus mulierecularum, quæ conflandis matrimoniis, quæstum faciunt (vulgò Kuplerin.) teneatur, si adolescenti virginem, non nisi castè habitam ducturo, corruptam pro pudica; aut è contra Puellæ non nisi in divitem ac splendidam domum nupturæ, magnum aliquem in re tenui venditatorem, pro divite laudat, & sic infaustas nuptias conciliat? *vid.* Curtium *lib.3.conject.cap.12.* qui existimat non teneri, si verâ & bonâ fide, ita esse existimaverit: quia vulgò præsumitur, quemque non tam divitem esse, quam habetur. Et in simili inquit, si morbosus seu scabie Gallica infectus, pro sano obtrusus est, actio non datur: quia liberum corpus æstimationem non recipit, sed facilitati suæ acceptum ferre poteris, qui rem tàm seriam & gravem, tàm stultè & per tales transegit. Pet. Peck. *ad Reg.nullus ex consilio 62.num.2.de R.I.in 6.*

Ama-

Amatoriæ litteræ (**Die Bulenbrieff**) inter amantes probant matrimonium contrahendum, non tamen contractum, ut testatur Franc. Vivius *decis.* 241. *num.* 19. Quid autem, an hæ literæ Amatoriæ à Viro missæ uxori alienæ, ac illi scriptæ, eis visis ac repertis penes mulierem & recognitis, adulterium probent, saltem ad infligendam torturam? *Negat hoc* Bocer. *de tortur. c.* 3. *n.* 113. *Cui addo qua hac de re scribit.* Borell. *in summ. decis. vol.* 2. *tit.* 23. *ad fin. fol.* 171.

Matrimonium procatum promissum. **Da eine Jungfraw einem Jungengesellen die Ehelicheeschafft verheist**/ non obligat ad verum matrimonium. Uren. 3. *De matrimon. Consil.* 24. *& Consil.* 27. ubi tractat de verbis stipulatoriis interrogativis, ad contrahendum matrimonium insufficientibus: Ut cum quidam interrogans puellam, dicit: **Wilt du mich/durch GOttes Willen/zur Ehe nehmen**/ & Puella respondit, **Er ist mir so gut als ein anderer**/ *etc.*

TITVLVS II.

De Ritu Nuptiarum.

SVMMARIVM.

1. *Nuptiarum ritus apud veteres.*
2. *Nuptiarum definitio expenditur.*
3. *Consensus perficit nuptias.*
4. *Nuptia quâ verborum formâ contrahantur.*
5. *Conditionis eventu ponitur matrimonium.*
6. *Cohabitatio an inducat consensum.*
7. *Deductio sponsa in domum non est necessaria.*
8. *Habilitas ad contrahendum matrimonium in quo consistat.*
9. *Simium non obest matrimonio contrahendo.*
10. *Hermaphroditus an rectè contrahat?*
11. *Finis & effectus matrimonij.*
12. *Patria potestas per nuptias an dissolvatur.*
13. *Nuptia incesta & prohibita.*
14. *Matrimonium inter fratrem ac sororem an prohibitum jure gentium?*
15. *Pœna incestus.*
16. *Pœnis locum facit contractus ipsius matrimonij.*
17. *Excusat tamen error probabilis.*
18. *Consummatio matrimonii an requiratur?*
19. *Pœna an & de jure Canonico locum habeant?*
20. *Nuptia prohibita tutoris cum pupilla, & curatoris cum adulta.*
21. *Item Præsidis provincia cum provinciali, Senatoris cum liberta.*
22. *In caussa matrimoniali solus Pont. dispensat.*
23. *Nuptia secunda & ulteriores permissa quidem, at minus decentes.*
24. *Pœna nubentium intra annum luctus.*
25. *Pœna nubentium post annum luctus.*
26. *Quid jure Canonico hac in re obtineat.*
27. *Superstes an possit dividere inter liberos bona à defuncto relicta?*
28. *Reservatio proprietatis an obtineat in bonis quasitis superstiti ex successione filij?*
29. *Nubens secundò an privetur relictis, non consummato matrimonio?*
30. *Reservatio proprietatis an obtineat, irritis secundis nuptiis.*
31. *Alienata à superstite an possint vindicari à liberis prioris tori?*
32. *Reservatio proprietatis an remitti superstiti à marito possit?*
33. *Reservationi renuntiare liberi an censeantur consentiendo in secundas nuptias.*

Expositis iis, quæ præcedere solent, ad ipsas venitur Nuptias. Ubi sciendum, olim moris fuisse, tribus modis quæri uxores, usu, farre, coëmptione: variæ quoque adhibita solemnia; præmittebantur enim auspicia, prælucebant faces ex pinu, vel, ut alii volunt, ex spina arbore: præterea peculiaria numina à stulta gentilitate destinata cuilibet actui, ut latè tradit Brisson *Tract. De ritu nupt.* Inter alia dabatur sponsæ anulus, qui interdum fuit ferreus, postea aureus, cui ex Christianorum usu insculpitur signum fidei, quod est hyeroglyphicum mutui fœderis, & concordiæ, vel ut denotetur, quòd eodem pignore corda jungantur: unde & quarto digito annulus inseritur, benedictus primum à Sacerdote. Denique sponsa ad sponsum deducebatur ritu solemni, caput flammeo obvolutum habens; unde Nuptiarum nomen est deductum. Nubere enim, & obnubere priscis velare, aut operire significat. 1

Sunt autem Nuptiæ, viri & mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens, *Instit. de patria potest.* sive omnis vitæ consortium, & divini humanique juris communicatio, *l.* 1. *h. t.* Dicitur, individua; quòad intentionem scilicet; quia eâ mente initur matrimonium, ut solâ morte dirimatur. Dico quoad intentionem; quia, inspecto jure civili, divortia fuere permissa, ut dicetur inferiùs. Excluditur concubinatus; 2

quia

quia non adest illi eadem intentio: uxor enim caussa matrimonii habetur, concubina verò causâ consuetudinis, ut uxor dicatur dignitate distare à concubina, *leg. Item legato* 49. §. 4. *inf. de l* 3.

3 Nuptias perficit consensus contrahentium, isque liber, non coactus gravi aliquo metu, qui Nuptias irritas faceret, *c. Cum locum* 41. ꝗ *De sponsalib.* Levior metus non obest, de quo accipiendus textus in *l. si patre* 22. *h. t.* Ratio posita est in difficili textu, quem caussat metus in iis, quæ separari nequeunt, inter quæ est matrimonium: quod tamen, purgato per spontaneam cohabitationem metu, convalescit, *c. Ad id* 21. ꝗ *d. t.*

4 Consensus autem hic, qui solus Nuptias facere dicitur, non concubitus, *l. Nuptias* 30. *inf. D. R. I.* est de præsenti, scilicet expressus verbis iu præsens conceptis, uti, *Es mihi uxor, Es maritus, Capio te in maritum, Capio te in uxorem.* Per hæc verba, *volo tecum contrahere matrimonium*, potius sponsalia ineuntur; nam verbum, *Volo*, conjungitur Infinitivo significanti principium actus, non etiam complementum. Aliud est, si dicatur, *volo te uxorem*; nam verbum hoc solum positum electionem factam designat, non etiam appetitum tantùm. Hac forma, *non habebo aliam uxorem nisi te*, nec matrimonium; nec sponsalia poni vetius est: cùm tota ista oratio conditionem habeat, scilicet: *si duxero aliquam, te ducam.* Conditio autem non ponit obligationem, sed eam differt, *§. sub conditione Instit. de V. O.* Facit textus in *l. Si sterilis* 21. *§. penult. sup. De actionib. empti*, Ubi ex tali contractu non est ante actio, quàm contrà factum fuerit. Covar. *De matrim. p.* 2. *cap.* 4. *num.* 6. *& seqq.* Hâc verò formâ: *Ducam uxorem & nullam aliam nisi te*, inducuntur sponsalia; removetur enim conditio per verba, *Ducam uxorem.*

5 Consensus itaque fit de præsenti, ad ponendum matrimonium: in futurum collatus ponit sponsalia. Conditio, si quæ subsit, non obstabit, quò minùs eâ eveniente matrimonium continuò ponatur irrevocabiliter, ex natura conditionis, cujus eventus actionem purificat, *l. Hac venditio sup. De contrah. empti.* Ita ut postea non sit opus novo consensu, secundùm receptiorem Interpretum Juris Canonici sententiam, cui contradicit Covarr. *de matrim. p.* 1. *cap.* 3. *num.* 5. Verùm ea de re latiùs per Doct. *ad tit. Decretal. De conditionib. appos.* An autem consensus parentum sit necessarius, tradidimus ꝗ *de sponsalibus & ita tim.*

6 Quæritur, an cohabitatio inducat consensum in matrimonium? Respond. Inducere jure Digestorum, *l. in libera* 24. *hoc t.* quod & olim jure Canonico obtinuit, si sponsalia præcessissent. Alciat. 2. *Præsumpt. cap.* 5. Hodie nec cohabitatio, nec copula subsequens, quid quam facit ad inducendum consensum; cùm nisi concludatur coram Parocho, & testibus, nihil agatur. Est tamen cohabitatio loco probationis in casu dubio, & antiquo. Vide Forsterum, *de successìon. lib.* 4. *cap* 8. *num.* 17. *& seq.*

7 Quærere verò, an deductio sponsæ solemniter in domum sponsi sit necessaria, nihil attinet; cùm consensus solus sufficiat, & deductio ista, similisve alia pompa non tam ad substantiam actus, quam ad extrinsecam solemnitatem adhibeatur, *l. Si donationem C. h. t.* Eoque modo accipiendi Jurisconsulti, in *l. Mulierem* 5. *h. t. l. Cùm fuerit inf. de condit. & demonstrat.* & Imperator *in l. sancimus* 24 *C. h. t.* Duar. *hic c.* 2.

8 Contrahentes autem habiles fint oportet. Habilitas præsumitur in masculo año XIV. in fæminis XII. eoque completo, *l.* 4. *h t. cap. Ex litteris. & cap. fin.* ꝗ *de sponsal. impub.* Ita ut velint ne quidem ultimo die prædicti temporis Nuptias rectè initi; cùm passim textus loquantur de pubertate simpliciter, ut sint accipiendi de perfecta. Nisi tamen malitia ætatem suppleat, *cap. de illis* ꝗ *d. t.* ubi nomine malitiæ non tantùm intelligitur potentia ad copulam; sed & discretio in consensum vinculi conjugalis.

9 Senium matrimonium non impedit, abrogatâ lege Papiâ Poppæâ quæ sexagenatiis viris, quinquagenariis mulieribus Nuptias inhibebat, *l. sancimus* 27. *Cod. hoc tit.* Facit quòd senibus non tam sit ablatum exercitium potentiæ generandi, quàm suspensum. Ostendit & hoc ipsum Ecclesiæ usus, non rejicientis senes à contractu matrimonii, cum in iis obtineat alter finis matrimonii? remedium scilicet concupiscentiæ, & solatium humanitatis. Si tamen ita decrepiti fuerint, ut omnino sint impotentes, posset videri non esse admittendos: cum in iis neuter matrimonii finis locum habeat. Barbosa *ad l.* 10. *parte* 1. *num.* 94. *inf. soluto matrim.* Jure Civili inter servos tantùm permissum contubernium. Canones etiam matrimonium permittunt, caussa evitandi peccati ꝗ *De conjug. servor.* quatenus impedimentum aliud non subest, de quo lib. IV. Decretal.

10 Quæsitum hic, an hermaphroditus sit ponendus inter imponentes? Respondeo, cùm hermaphroditus sit ejus sexus æstimandus, qui in eo prævalet, *l. quæritur* 50. *sup. de stat. hom.* secundùm eum non esse prohibitum inire matrimonium.

Quid

Quid si utroque sit æqualis? Non dabit ei Parochus præsentiam, priusquam alterum præ elegerit, cum juramento, quòd altero præter electum non utetur, eò quòd indecens sit modo uno, modo altero sexu uti, sicuti unus duorum vices non rectè sustinet, *arg. c. 5.* ¶ *de cler. conjug. l. Plures 9. sup. de pactis.*

21 Finis matrimonii primarius est procreatio liberorum & propagatio posteritatis; secundarius, evitatio fornicationis. Effectus, perpetua vitæ consuetudo, & communicatio omnis juris. Quâ ratione ad mutuam cohabitationem tenentur conjuges: uxorque maritum sequitur alio migrantem, *can. Unaquæque 13 quæst. 2.* neque enim aliàs rectè mutuum obsequium præstant. Ita ut contrariam consuetudinem improbabilem dicat Gloss. *ad cap. 1.* ¶ *De conjug lepros.* modò non sit turpis caussa in migratione, maritusve eam invitans ad peccatum, aut ei detrimentum inferens. Vagabundum sequi non tenetur, *l. Quod nisi in fine de operis libert* nisi cum talem esse prædixerit, Gloss. *in can. Si quis 4. 34. quæst. 2.* Menoch. 2. *Arbitr. casu 469. n. 3.* At exulem, etiam ob delictum, deserere posse non videtur; cum viri infortunium & uxorem tangat, *d. c. 1. & l. Si cum dotem 22. §. si maritus, & ibid. Glos. in V. participem inf. Soluto matrim.* Gail. *de pace public. lib. 2. c. 10. n. 16* Quo modo & excommunicato adhæret, *cap Inter alia* ¶ *De sent. excommunic.* ac bannitum alit, Clar. *5. Sent. §. fin. q. 82. n. 4.* Sequitur & mulier forum mariti, fitque particeps dignitatis & familiæ ejus, *l. Exigere 65. sup. de judiciis, l. Mulieres 13. C. de dignitatibus lib. 12.* Cujusmodi jura etiam vidua retinet, *l. Filii 22. § vidua inf. ad munic. ap.* donec nupserit, cui non est eadem dignitas.

22 Q. An per nuptias dissolvatur patria potestas, & uxor subjiciatur potestati mariti? Respond. Nec dissolvi potestatem de jure, ut apparet ex *l. fin. in fine C. de lib. exhiben.* & ex eo quòd injuria illata filiæ conjugatæ dicatur patrem tangere, *§. ult. inf. De injur.* nec mulierem subjici potestati mariti, nisi quoad debitum carnis, cujus mutua hinc inde obligatio, & operas, quatenus fert ejus dignitas, *l. Sicut 46. de oper. libert.* de consuetudine dissolvitur potestas per nuptias, qua de re videatur *Tiraq. ad Leges connub. in pr.* Boër. *ad consuet. Bitur. t. 1. § 4.*

23 Dicta de Nuptiis ita procedunt, si non subsit aliquod impedimentum, ratione cognationis, affinitatis, alteriusque prohibitionis legalis. Ubi notandum, nuptias aliàs dici incestas, alias prohibitas, & inutiles. Incestas alias esse tales jure gentium, quæ & nefariæ dicuntur, quasi de iis fari non liceat, propter conjunctionis turpitudinem. Cujusmodi sunt nuptiæ initæ inter patrem & filiam, avum, & neptem, & similes personas, quæ sunt loco parentum, & liberorum, uti inter vitricum & privignam, novercam & privignum, *l. 1. §. penult. inf. De concubinis*, ubi conjunctio filii cum ea, quam pater in concubinatu habuit, dicitur propriè esse nefaria. Cujac. *Cod. de incestis, & in utilib. nupt. & ad Nov de incestis nupt. 12.* Aliàs jure humano, quæ inter cognatos, & affines à latere ineuntur in gradu prohibito, sive civili, sive Canonico jure: illo usque ad quartum gradum exclusivè, quo fratrum liberi rectè junguntur, *§. duorum Instit. h. t.* hoc usque ad quartum inclusivè, quò tantùm junguntur abnepotes, & neptes, qua de re latiùs ¶ *tit. de consanguin. & affinit.*

Q. An inter fratrem, ac sororem sit prohibitum 24 matrimonium jure naturæ, seu gentium? Resp. Videri aliquibus, prohibitionem ejus descendere ex jure non gentium; sed civili, Navarr. *cons. 13. n 3.* ¶ *de sponsal.* atque ita dispensare super eo posse Pontificem: ut & dispensat inter nepotes, patruum & nepotem. Covarr. *de matrim. p. 2. cap. 6. §. 10. n. 23.* Probabilius tamen, prohibitionem illam esse juris gentium, *arg. ducto, à contrario ex cap. Gaudemus* ¶ *de divort.* Ubi Pont. permittit infideles conversos in secundo gradu conjunctos simul manere, quasi non peccantes contra jus naturæ. Unde colligitur, peccare conjunctos in primo gradu, cùm inclusio unius sit exclusio alterius. Facit *l. Libertus 8. h. t.* ubi libertinus non ducit sororem libertinam, quòd jus hoc moribus, non legibus sit introductum. Et licet inveniantur gentes, apud quas licita fuit conjunctio fratrum, & sororum, non potest tamen ea res mutare rationem naturalem. Quò facit, quòd numquam facta fuerit dispensatio illo in gradu. Covarr. *d. loco* 2. Menoch. 2. *Arbitrar. cas. 502. n 24.*

Pœna autem incestus citra matrimonium vide- 25 tur eadem, quæ adulterii. Glos. *in l. Si adulterium 38 inf. Ad L. Iul. de adult.* Menoch. *d. casu 502. n. 34.* Covar. *d. c. 6 §. 8. num. 2* Per nuptias verò commissi est, quòd inde nati liberi non sint in potestate, nec alii debeant jure civili à patre *Auth. Ex complexu Cod. De incest nupt* Dico, civili; nam secundùm Canones & hi alendi; quia non deliquerint, *c. Cum haberet* ¶ *de eo qui duxit in matrim. quam pol. per adult.* Est & confi-

ſcatio bonorum non tantùm eorum, quæ hinc inde data: ſed omnium. Præterea exilium, cinguli ſpoliatio, &, ſi humilis perſona fuerit, verberatio, *l. Qui contra*, *& Authent. Inceſtas Cod. de inceſt. nupt.* Cujuſmodi pœnæ manent & fœminas. *d. Aut. inceſtas.* Menoch. *d. loco n. 46. & ſeqq.*

16 Quæ pœnæ ut obtineant, oportet Primò, contractum fuerit matrimonium, quoniam ſponſalia ei locum non dabunt; cùm dicta loca ſe fundent in matrimonio, quæ ideo non extendenda, quia pœnam continent. Menoch *d. loco n. 78.*

17 Secundò, ut initum ſit à ſcientibus impedimentum. Nam error excuſat, non affectatus aut ſupinus; ſed acerrimus, ut loquitur textus in *d. l. Qui contra*, qui veniâ dignus. Et facit, quòd quilibet quod dedit repetat, *l. 1. Cod. de condict. ob turpem cauſ.* Si aliter ſciverit impedimentum, is ſolus prædictis pœnis ſubſit, niſi ætatis lubricum excuſet, *d. l. Qui contra.* Quæ ita procedent, ſi comperto errore, aut completâ ætate, ejuſmodi conjunctio fuerit dirempta: aliàs non erit extra culpam, *d. l. Qui contra in fine*, Menoch. *d. loco n. 81. & ſeqq.*

18 Tertiò, ſunt, qui deſiderant, ut conſummatum ſit matrimonium, per § *ſi adverſus Inſtit. de nupt.* ubi fit mentio copulæ: & per rationem, quòd inceſtus ſine culpa non committatur. Covarr. *d. cap. 6. §. 8. n. 34.* Panormit. *in c. 1. & 9. de donat. inter vir. & uxor.* Adducitur & pro ea parte *l. fin. ſup. de condict. ſine cauſſa.* Idem ratio, quòd pœnâ ſit potiùs interpretatione mitiganda, quàm exaſperanda. Poſſet tamen alicui contraria ſententia videri probabilior, ſcilicet per ſolum matrimonium incurri pœnas ſupra dictas, cùm pleraque loca non tam ponant vim in conſummatione, quàm in contractu matrimonii, & puniant contrahentes, *d. Auth. Inceſtas, & l. 52 h. t.* quæ in nuptiis Inceſtis negat doti eſſe locum. Sunt autem Nuptiæ ante copulam, *l. Nuptias inf. de Reg. Iur.* In Nuptiis enim non tam ſpectatur concubitus, quàm ipſe contractus, *l. penult. Cod. de inceſt. nupt.* Ad idem facit *l. Cùm hic ſtatus 32. § fin. inf. de donat. inter vir. & uxorem.* Facit etiam *Clement. 1. de conſanguin.* in qua expreſsè excommunicatio imponitur contrahentibus inceſtas Nuptias. Ut nihil debeat movere, quòd in *d. §. ſi adverſus* fiat mentio copulæ; quia non additur dictio, *tantùm*, quo modo ex aliis juribus ſupplebitur. Nihil etiam facit *d. leg. fin.* quia tantùm agit de ſponſalibus, non etiam de matrimonio: Caſtrenſis & Jaſon. *ad d. l. fin. n. 4.* Barboſa *ad l. 6. n. 26. inf. Soluto matrim.*

19 Illud etiam hic quæſitum, An prædictæ pœnæ civiles locum habeant tantum in contrahentibus Nuptias in gradu prohibito jure civili, an vero & Canonico? Veriùs eſt tantùm habere locum in gradu prohibito jure civile. Non obſtante, quòd cauſſa matrimonialis ſecundum Canones dijudicetur, *can. Quadam 29. q. 3.* neque enim ex eo ſequitur, pœnam civilem in gradibus eo jure prohibitis etiam obtinere in admiſſis, per Canones poſtea prohibitis. Nam licet per legem novam extendatur prohibitio contractus, non tamen etiam pœna, niſi exprimatur. Ut contrahentes in quarto gradu pœnæ civili non ſubjaceant, niſi aliud habeant locorum ſtatuta. Nam cum lex ejuſmodi conjunctionem habeat legitimam, non debet eam punire, *arg. l. Gracchus. C. Ad L. de Iul. adult.* Alciat. in *c. Cùm contingat n. 16. de jurejuran.* Peregrin. *De jure fiſci lib. 5. tit. 1. n. 15.* Barboſa *d. loco num. 41.* Papon. *23. Arreſt tit. 4. cap. 1.* Contrarium tenet Covarr. alios citans *d. §. 8. n. 30* & Menoch. *2. Arbitr. caſu 502. num. 6. & ſeqq.*

20 Cæterùm ad prohibitas inutilesve nuptias pertinet & conjunctio tutoris cum pupilla quondam ſua, vel etiam ejus filii; item curatoris, ejuſve filii cum adulta, ſi necdum redditæ rationes, & mulier non ſit facta major, *l. Non eſt 66. cum l. ſeqq. §. ſi puella 5. h. t. l. 1. & 6. Cod. de interdicto matrim. inter pupill. & tutor.* Ratio eſt in ſuſpicione fraudis; quia plerumque à tutoribus, vel curatoribus ejuſmodi Nuptiæ appetuntur, ut tegatur fraus adminiſtrationis, & reſtitutio, quæ poſſet competere ex fraudulenta geſtione, impediatur. Facit & poteſtas hujuſmodi Nuptias facilè conciliari. Purgatur tamen ſuſpicio, ſi pupilla, vel adulta talibus nuptiis à patre, cum decederet, fuerit deſtinata, *l. Tutor. 36. h. t. & d. l. 6. Cod. d. tit.* vel à Principe impetratæ Nuptiæ, *l. 7. Cod. eod.* Aliud eſt in pupillo, vel adulto, cui filiam ſuam tutor, vel curator rectè jungit, *l. 5. Cod. eod.* Jure Canonico hæc prohibitio non obtinet *Gloſ. in Can. 1. in fine 30. quæſt. 3.* Gutierrez *de tutelis p. 2. cap. 12. num. 8.*

21 Prohibita & jure civili conjunctio præſidis, vel poteſtatem habentis cum provinciali; quod tales Nuptiæ minùs liberæ videantur, propter poteſtatem, *l. Præfectus 63. h. t.* ut etiam conatus puniatur *l. unica C. Si quacumque præd. poteſt.* Aliud eſt, ſi ante officium fuerit ſponſa; neque enim præſumitur coacta, *l. Si quis 38. h. t.* Poſt depoſitum officium ſi provincialis in eadem voluntate

luntate perseveret, justæ efficientur Nuptiæ, *l. Eos qui 65. hoc tit. & l. 6. Cod. eod.* Verùm cessare videtur & hæc prohibitio secundùm Canones, *arg. c. penult.* ;; *de raptorib.* cùm consensus ad nuptias sufficiat, si nihil aliud impedimenti sit. Prohibitæ item Nuptiæ Senatoris cum liberta *l. si quis 27. cum 2. seqq. hoc tit.* quod hodie correctum, *Auth. Sed novo Cod. eod.* Quo modo etiam multò minùs dissolvetur matrimonium cum liberta contractum, si maritus adscribatur ordini Senatorum, quia major felicitas mariti non est idonea caussa dissolvendi matrimonii ante contracti, *l. penult. Cod. h. t. tit.* Inhibitæ & nuptiæ ingenui cum famosa muliere, ut scenica, nisi resipuerit, & impetraverit à Principe famæ restitutionem, *l. Imperialis 23. §. 1. Cod. eod.* Idem raptoris cum rapta, *l. unica Cod. de raptu virg.* Huc etiam referendæ nuptiæ eorum, qui propter crimen contrahere prohibentur, de quo ;; *de eo qui duxit in matrim. quam poll. adult.*

22 Plane Impedimentum prohibitarum Nuptiarum rescripto Principis non tollitur: quod & habetur subreptitium, nisi caussa subsit, *l. 1. in fine Cod. si nuptiæ ex rescr. pet.* Hodie, quia caussa matrimonialis est fori Ecclesiastici, dispensatio super ea non à Principe, qui spiritualibus se non immiscet; sed à Rom. Pontifice est petenda, eaque Justas facit Nuptias, quatenus impedimentum est juris humani, quod Pontifex tollere potest: nisi subreptio, aut obreptio faciat impetrationem vitiosam, cùm Pont. deceptus non videatur consensisse. Covarr *ad 4. Decretal. parte 2. cap. 6. §. 9.* Est & petenda dispensatio à Pontifice Rom. in cognatione legali, licet sit inventa jure civili, cùm caussa agatur Ecclesiastica, atque ita subsit foro Ecclesiæ.

23 Hactenus de primis Nuptiis. De secundis extat. *Tit. in Cod.* ex quo operæ pretium, nec præter institutum fuerit; quædam transferre in hunc locum. Non tantùm autem primæ nuptiæ permittuntur, sed & secundæ & tertiæ, & quartæ, teste Apostolo in *c. penult. & fin.* ;; *De secun. nupt. can. Quod si 31. q. 1.* prioribus tamen legitimè dissolutis, vel per mortem, de qua legitimè constare debet, secundùm dicta ;; *d. t. 1.* Sunt tamen minùs decentes, ut patet ex *Nov. Leonis 90. & can. de his, can. Hac ratione 31. q. 1.*

24 * Unde & quædam pœnæ sunt propositæ secundas Nuptias ineuntibus, de quibus *tit. Cod. de secundis nupt.* veluti mulieribus, quibus ante partum intra annum luctus (quod olim erat decem mensium, hodie duodecim) nubentibus infamia inurebatur. Præterea ultra tertiam bonorum partem marito secundò in dotem dare, aut testamento relinquere non concedebatur: capere testamento, aut mortis caussâ donatione relictum prohibebantur, non vindicant hæreditatem ab intestato ultra tertium gradum, quæsita à priori conjuge auferuntur & *c. l. 1. 2. & aliis Cod. d. tit.* Ratio erat in prolis incertitudine, & sanguinis confusione. Ut idem non obtineat in marito, qui lugere non debet, *l. 11. sup. de his qui not. infam.* & in casu repudii, ex eadem ratione, *l 9. Cod. De repudiis.*

25 Post annum luctus secundò nubentem in eo constringunt leges, ut omne id, quod à defuncto provenit ad superstitem, transmittatur ad liberos superioris matrimonii, salvo solummodo usufructu, *l. Fœmina 3. Cod. d. tit.* Quod & in Belgio obtinet, juxta Edictum anni 1611. art. 28. Impediunt quoque leges, quo minùs ad novum conjugem plus transeat, sive per ultimam voluntatem, sive per actum inter vivos, quàm manet penes quemvis liberorum, *l. Hac edictali 6. Cod. d. tit.* Et hoc tam quoad bona aliunde quæsita, quàm à præmortuo: nam horum proprietas apud liberos manet, ejusque nomine iis est jus hypothecæ in bonis ea obtinentis, *d. l. 6. §. omnibus.* Tutelâ liberorum matrem privant, *Nov. de Nuptiis §. si autem.* Est & illa pœna, quòd mulier transiens ad secunda vota, non petito filiis tutore, aut redditâ ratione tutelæ, omnes pœnas incurrat, quas incurrit nubens intra annum luctus, *d. §. si autem.* Non permittitur etiam tali matri liberorum educatio.

26 * Jure Canonico hæc paulò aliter se habent: nam cum secundæ Nuptiæ eo jure sint permissæ, non debent puniri. Quâ ratione onera, quæ meram pœnam concernunt, mulieribus remittuntur; ex ratione *c. fin.* ;; *de secund. nupt.* Quod se fundat in eo, quod non sit puniendum jure permissum, *l. Gracchus 4. Cod. Ad Leg. Iulian. de adult.* Ut procedat regula, quòd ratio in lege expressa sit pro lege, & obtineat in casu simili, Barbosa *ad l. Si constante 25. in princ. numer. 100. & seqq. inf. Soluto matrimon.* Manent autem ea, quæ prolium prioris thori favorem concernunt; ut patet ex eo, quòd, non extantibus liberis, non impediatur mulier secundo marito tantum in dotem dare, quantum vult, proprietate eorum, quæ à priori marito accepit, retenta, *l. 3. in fine Cod. d. tit.* tanquam extinctâ caussâ,

propter quam contrarium est statutum. Quæ non tantum habent locum in muliere; verum & in viro convolante ad Secundas Nuptias, extantibus liberis prioris matrimonii; cùm hoc velit natura correlativorum, & in eo habeat locum ratio eadem, quæ in muliere, quæ fundatur in neglecta defuncti memoria, & liberorum caritate, *Nov. 2. §. prospeximus*, Gomez *ad leg. 14. Taurin. num.* 4. Forster. *de successione l. 7. c* 11. Circa prædicta lubet subjicere sequentes quæstiones.

27 Quæritur igitur Primò, An superstes possit dividere inter liberos bona à defuncto relicta? Resp. Olim potuisse præferre quem vellet liberorum, *l. 3 & 4. Cod. de secundis nupt.* hodie autem non licere, *Auth. Lucrum Cod. eod.* cùm superstes non tam agat de bonis suis, quàm alienis, circa quæ ei non est licentia disponendi pro lubitu.

28 Q. II. An reservatio proprietatis in bonis à defuncto relictis superstiti habeat locum in iis, quæ mediante filio, sive ex successione filii, ad superstitem pervenerunt: Respon. Si ab in testato succedat, locum esse dictæ reservationi, *Auth. Ex testamento Cod. d. tit.* cùm nulla sit differentia, mediatè an immediatè, veniant. Aliud juris est, si bona capiantur ex testamento filii, quia tunc non tam à defuncto censentur venire, quàm ab ipso filio, cujus voluntate relinquuntur, non tamquam conjungi, sed ut cuivis extraneo, *d. Auth. ex testamento*; Ubi non distinguitur, an ante post iteratas Nuptias succedat filius. Quod si frater fratri præmortuo successerit, & per eum ad matrem superstitem pars prædefuncti pervenerit, & retineri ea poterit; quod non tam immediatè ex successione paterna, quàm filii potiùs habeatur, cujus respectu non est privata hac retentione. Barbosa *ad l. Post dotem 41. n. 76. inf. Soluto matrim.* Boër. *qu.* 192.

29 Q. III. An secundò nubens privetur relictis, necdum consummato matrimonio posteriori? Respon. Non videri, cum textus plerique loquantur de Nuptiis Secundis; quod accipiendum de consumato, ut vult ratio reservationis quæ uti dictum, fundatur in neglecta defuncti memoria, & liberorum caritate. Contra neutrum autem peccatum ante consummationem: ut non debeat poni pœna, cui non est loc⁹ nisi perfecto delicto.

30 Quæstio IV. An reservatio proprietatis procedat, quando irritæ sunt Secundæ Nuptiæ? Communiter adseritur, modo fuerint consummatæ: eo quod locum habeat ratio dictæ reservationis. Quomodo & mulier fornicata posset videri ad [illegible]rvationem obligata, ut communiter volunt citati à Gabrielio, 3. *Com. Opin. tit. de secundis nupt. concl. 1. n* 11. & *concl. 3. n.* 10. ne plus mereatur luxuria, quam Castitas. Contrarium tamen veriùs videatur, propterea quod nullitas Secundarum Nuptiarum scienter initarum, & magis etiam fornicatio, faciat deficere causam suspicionis in muliere: quia non negliguntur liberi priores per posteriores conceptos ex fornicatione, per quos cum negligi soleant, non abstrahitur animus à prioribus. Gomez *ad L. 15. Taurin. 6.* Forster. *d. lib. 7. c. 11.* Piuel. *ad leg. ult. n. 18. & 19. Cod. de bonis maternis.*

31 Q. V. An alienata à conjuge superstite post Secundas Nuptias, etiam vivente possint vindicari per liberos prioris thori? R. Non posse, per *l. 5. C. d. tit. vers. Itaque*; cum non sint planè domini dictorum bonorum; sed ita demum, si parenti supervixerint. Quò facit *l. 1. §. sin autem C. Com. de leg. & fideicom. & l. Quadam 15. inf. de reb. dub.* ubi legatum sub conditione relictum, alienatum ab hærede, non vindicatum ante eventum conditionis. Gomez, *d. loco n. 5.*

32 Q. VI. An maritus uxori superstiti reservationem proprietatis remittere possit? R. Consentienti quidem non fieri injuriam, quando agitur ejus præjudicium dumtaxat: secus, si aliorum, uti liberorum hoc in casu, quibus pater non præjudicat. Ipsi tamen liberi possunt renuntiare huic reservationi, quæ in eorum commodum tendit, *l. fin. C De pactis*, Forster. *d. lib. 6. c. 13.*

33 Q. VII. An liberi non censeantur sibi præjudicare, consentiendo in secundas nuptias matris? R. Videri consensum istum hoc non operari ultra liberorum intentionem, in ipsorum detrimentum; cùm aliud sit consentire nubenti, aliud amittere lucrum à lege concessum; nisi & hoc actum fuerit, *l. 8. §. si quis sua inf. de bon. possess. contra tabb.* Ubi manu suâ scribens se exhæredem, non repellitur ideò à querela. Facit, quod non contradicens actui, qui absque ejus consensu geri potest, non censeatur consentire in sui præjudicium, *l. Cajus 39. sup. de pignor act.* & *l. Sicut 8. §. non videtur 15. sup. Quib. mod. pign. vel hypoth. sol.* Sarmient. *Select. Interp. lib 1. cap. 4. n* 1. Alii tamen, quos citat Gabriel *d. concl. 3. n. 36.* limitant eam opinionem, ut non procedat nisi in casu tacito, non etiam expresso; ex regula, quod scienti & consentienti non fiat injuria, cujus nomine inducta hæc reservatio. Quæ procedit non tantùm in casu, quo ex benevolentia alternis ad alterum quid pervenit; sed & si per statutum lucrum deferatur. Vid. Fachin. *lib. 3. cap. 65.*

ADDI-

ADDITAMENTA.

Ad Tit. 2. De Ritu nuptiarum.

Causæ matrimonium impedientes de Jure Canonico, habentur in his versibus:

Error, Conditio, Votum, Cognatio, Crimen.
Cultus disparitas, Vis, Ordo, Ligamen, Honestas,
Si sit Affinis, si fortè coire nequibis.

De matrimonio metu contracto, vid. *Gail. 2. obs. 93.* Vasq. 1. *Controv. c. 35. numer. 19.* Covarr *part. 1. cap. 2. §. 6. numer. 3.* Alberic. *Gentil. 3. de nupt. Cap. 11.* Treutl. *vol. 2. disp. 6. th. 5. lit. d.* ibique Bacc.

Ad n. 3. De errore circa virginitatem elegans disquisitio est: an is qui gravidam pro virgine ignorans duxit cogi possit, ut eam retineat? Circa quam quæstionem vid. distinguentem Suth. *diss. 2. aph. 53.* & quos ille allegat. Adde Arum. *Exerc. 2. th. 13.* Schneidvv. *de divort. n. 59. pag.* [mihi] 149. & 150. Treutl. *prox. cit. loc. th. 6. lit. e.* Wch. *in Observ. pract. verb.* Frauen und Jungfrauen &c. Quomodo autem in hoc casu procedendum sit? vid. Thom. Freigium *de impedim. matrimon. pag.* 260. 261.

Ad n. 7. De Traductionibus sponsarum ad maritos (die Heimführung) quæ fieri solet inter Principes & Nobiles vid. Sichard *ad l. 1. C. de Condict. ob caus. dat. 5 fol. 298.*

Adn. 13. & 14. An consobrini, pontificis vel magistratus politici dispensatione, matrimonium contrahere possint. *vid. Myns. Dec. 8. Resp. 73. ubi n. 6. & 7.* quod jure naturæ vel divino, inter ascendentes, & descendentes nuptiæ sint prohibitæ, inter collaterales autem Jure positivo. *Adde Suth. dissert. 2. aph. 36.*

Ad n. 19. Etsi in computatione graduum Jus Canonicum sequamur, tamen, instituta computatio, secundum Jus civile, est melior & rectior. Prout hoc exemplis illustrant allegati *à Treutl vol. 2. disp. 6. th. lit. f & Suth. diss. prox. alleg. aph. 33.*

Ad n. 22. Causæ matrimoniales, pro diversa consideratione, aliquando ad Ecclesiasticum aliquando ad seculare forum pertinent, *sec. Reinck. de reg. Eccles. class. 1. cap 10. n. 20. 21 & seq.* An autem & quando hæ causæ ad Cameram pertineant: *vid. Limn. de Iur. Publ. lib 9 c. 1. nu. 186. 187. & seqq.*

Ad n. 33. Gail 2. obs. 98 n 19. Inter alias cautelas quibus pœna secundarum nuptiarum evitentur, ponit hanc: Si liberi primi matrimonii, in secundas nuptias consentiant. &c. *Bacc. autem ad Treul. vol. 2. disp. 16 th. 4. lit. d. putat hanc* Gailii *sententiam, ex ratione Iuris civilis veram non esse: quoniam ratio hoc dictet, ut in causa magni præjudicij, eorum demum consensus aliquid operetur, qui ex altera parte liberè dissentire possint: Hoc autem liberis non licere, ut qui citra quandam impietatis notam & violationem reverentiæ parentibus debitæ, contradicere & dissentire non possunt. Sed si dissentiant aut contradicant, habeant quod sibi metuant, ne parens offensus, in alios bona sua conferat, & liberis, ultra legitimam nihil relinquat.* Hactenus ille.

TITULUS III.
De jure dotium.

SUMMARIUM.

1. *Dos quid?*
2. *Dos quando constituatur.*
3. *Dos promissa sine certa quantitate an peti possit.*
4. *Dos alia profectitia, alia adventitia.*
5. *Dotem qui dent.*
6. *Pater an obligetur filiam naturalem dotare?*
7. *An & emancipatam?*
8. *An & filiam divitem?*
9. *An & dotatam ab extraneo?*
10. *Administrans bona filiæ pater censetur de suo dotasse.*
11. *Administratores extranei tenentur dotare ex bonis, quæ administrant.*
12. *Matrimonio redintegrato tenetur pater filiæ ad eandem dotem, quam recepit.*
13. *Tenetur & dote consumptâ sine facto filiæ.*
14. *Avus an teneatur dotare neptem.*
15. *Mater an filiam?*

16. *Fra-*

16. *Frater an sororem?*
17. *Curator quatenus teneatur dotare adultam.*
18. *In dotem quares dentur.*
19. *Fructus dotis cedunt marito: & qua in fructu esse censeantur.*
20. *Maritus an & quatenus sit dominus dotis.*
21. *Servo dotali recte libertatem dat.*
22. *Dotis exactioni est locus, marito ad inopiam vergente.*
23. *Mulier pro conservatione dotis habet jus tacita hypotheca in bonis mariti.*
24. *Cum privilegio prelationis.*
25. *Etiam in matrimonio putativo.*
26. *Quoad paraphernalia mulier non habet prelationem.*
27. *An renuntiare huic privilegio possit?*
28. *An ad patrem transeat?*
29. *Cessionario an competat hoc privilegium?*
30. *An & doti confessata?*
31. *Exceptio cauta & non numerata dotis.*
32. *Donatio ante vel propter nuptias.*
33. *Donatio hac constituenda, non constituta ipso jure.*
34. *Censetur pari jure cum dote.*
35. *An insinuanda.*
36. *Donatio inter sponsum & sponsam, seu sponsalitia largitas.*
37. *Conditio hujus conditionis, secutis vel non secutis nuptiis.*
38. *Osculo dato sponsa quid per hoc lucretur.*

1 NUptias consequitur Dotis contractus. Est autem Dos jus quoddam universale in pecunia marito constitutum ab uxore, vel ejus patre, aut alio ejus nomine, ad sustinenda onera matrimonii; in eum enim finem datur dos, quæ non est sine matrimonio, *l. 3. h t.* & nisi matrimonii oneribus serviat, nulla est dos, *l si pater 76. in fine hoc t.*

2 Constituitur vel ante vel post nuptias. Ante constituta habet hanc conditionem, si nuptiæ sequantur. Dicitur autem dos aut dari, quando revera marito traditur, aut dici à muliere, ejusve debitore, vel parente, verbis solemnibus; aut promitti, interveniente stipulatione, aut aliis quibuscunque verbis. Est enim promissionis hujus effectus, quod ex ea agi possit, etiam si nudum tantùm pactum intervenerit, *l. 6. C. de dot. promiss.* ita postulante tum dotis favore, tum quod secutis nuptiis aliquid sit factum, propter quod dos promissa: ut tale pactum habeat caussam.

Ubi quæri posset, An dos promissa sine certa quantitate peti possit? R. Si à patre promissa fuerit, nihil obstare incertitudinem, *l. 3. C. de dotis promiss. & l. Cum post 96. §. gener. 4. hoc tit.* eò quod pater teneatur dotare filiam, qui dotem promittens videtur promittere secundùm vires sui patrimonii, & dignitatem generis. Si verò ab uxore promissa fuerit sine certa quantitate, veriùs est, peti non posse, propter incertitudinem, quæ vitiat, *l. 1. Cod. d. tit.* Ratio est, quod mulier ad dotem non teneatur; cum & indotata possit nubere, & rem vilissimam dando liberetur. Quæ ratio & in extraneo dotem promittente obtinet. Duar. 1. *disp. c. 56.* Nisi sub arbitrii mentione promiserit, quo casu non est omnino incerta promissio, propter arbitrium boni viri, *l. In personam 22. §. 1. de R. I.* Vide Fachin. *lib. 8. cap. 75.* 3

4 Dos alia est profectitia, quæ à patre, ejusque rebus proficiscitur, aut ab alio ejus intuitu datur: quo modo donaturus Titio, si filio ejus dotem det, profectitiam eam faciet, *l. 5. § si quis hoc t.* Alia adventitia, quæ aliunde accedit.

5 Dotem dare quilibet, etiam extraneus, potest; cum per eam conditio nubentis fiat melior *l. Melior inf. de R. I.* Pater dari cogitur, *l. fin. §. neque enim Cod. de dotis promiss.* ubi dicitur, paternum esse officium dotem pro sua dare progenie, & *l. Qui liberos 19. sup. de ritu nupt.* Idem juris est in avo paterno, *l. 6. inf. de collat.* Et hoc in filia justa. *

6 Naturali ad alimenta tenetur pater, non tamen ad legitimam, aut dotem, ut communiter volunt, per *l Uxorem 41. §. pater inf. de legat. 3.* Gail. *Observat. cap. 88.* Contrà tamen Barbosa, *ad l. 1. p. 4. num 55. & seqq. inf. soluto matrim.* vult teneri patrem dotare filiam naturalem, non habentem aliunde dotem; non tamen ultra alimenta, quæ ei debet, quatenus facere potest. Videatur Covarr. *ad 4. decretal. parte 2. c. 8. §. 6. num. 15.* Dicta accipe de filia, quæ caussam exhæredationis, de qua *Novell. 115. §. aliud quoq.*, non commisit, quæ faceret denegari dotem & alimenta.

7 De filia emancipata quæritur, An eam pater dotare teneatur? Videri posset non teneri propter cessantem potestatem. Quò facit, quod mater non teneatur, ut mox dicetur. Facit & textus in *l. si pater 44. in pr. hoc t.* Ubi dicitur non resolvi promissio dotis à patre facta per emancipationem: ut videatur emancipatæ non teneri ad dotem, ne aliàs frustra quæratur, an resolvatur promissio per emancipationem. Cotas. *ad l. 19. sup. de ritu nupt. numero 9.* ubi textus tantùm loquitur de existentibus in potestate. Di-

Dicendum tamen videtur, etiam hanc dotandam esse, per *l. fin. Cod. De dotu promiss.* in cujus principio agitur de positis in potestate, & emancipatis dotandis, & subjungitur regula generalis, officium paternum esse dotare liberos: ut etiam videatur pertinere ad emancipatos, per *d. l. 5. §. si pater pro filia h. t.* Facit, quod dotes ad jus gentium pertinere dicantur, *l. 8. supra de capite minut.* quo jure non admittitur differentia potestatis. Præterea onus dotandi trahit originem ex affectu naturali, *d. l. fin.* qui non tollitur per emancipationem. Nihil obstat *d. l. 19.* quia loquitur de duplici obligatione, & de collocandis liberis in matrimonium; & de dotandis. Prius tantùm obtinet in his, qui sunt in potestate, atque ita de iis tantùm loquitur, posterius verò etiam in emancipatis. Barbosa *ad d. l. 2. p. 4. num. 1.* Connanus *Comment. c. 8. n. 8.*

8 Quæritur, & an dotandi hoc onus patri incumbat quòad filiam divitem? Resp. Ita videri, per *d. l. fin. verf. neq; enim & mulier §. penult. inf. ad S. C. Trebell.* ubi mulieris prudentiæ, & patris voto hoc ipsum dicitur congruere. Nec facit, quod non teneatur diviti ad alimenta, *l. 5. §. sed si filius inf. De agnosc. liber.* Nam ut alimentorum loco dos cedat: non tamen par utriusque ratio; cum alimenta non debeantur nisi ad usum necessarium, qui cessat, si aliunde provideatur; dos verò, ut optimè filiæ provideatur de marito. Gail. 2. *Obs. c. 95. n. 14.* Barbosa *d. loc. n. 17.*

9 An & quòad dotatam ab extraneo? Omninò; cùm dos sit loco legitimæ, *l. Quoniam 29. C. De inof. test.* dotata autem per alium nihilominus legitimam petat à patre. Unde & rectè dotem petet; cùm procedat argumentum à legitima ad dotem. Facit, quòd incumbat paterno officio dotare, cui non est satisfactum per dotationem extranei, nisi intuitu patris sit facta, *d. l. 5. in princ. hoc tit.* Nihil facit, quod mulieri sufficiat una dos; hoc enim verum est, si de legali loquamur; non etiam si de liberali. Barbosa *d. loco n. 30.*

10 Quid si pater promiserit dotem pro filia, cui erant alia bona, quorum pater erat legitimus administrator? Censebitur omnino de suo dotasse, per *d. l. fin. C. De dotis promis.* Præsumptionis ratio est in officio paterno, Alciat. 1. *Præsump. c. 26.* Nisi aliud suadeat caussa, ut quia ipse inops, aut quia hoc declaraverit; quo tamen casu liberatur

11 à dotando, ut colligitur ex dictis. * Aliud dicendum de fratre, patrono, matre, aliisque administratoribus extraneis, qui tenentur dotare ex bonis, quæ administrant, *l. cum post 43. §. 1. inf. de administ. tutor.* cum hos officium dotandi non obliget. Menoch. 3. *Præsumpt. c. 13. & seqq.*

Quomodo & debitor, si Dotem adsignet, compensare videbitur, nisi aliud suadeat causa, *leg. Uxorem 41. §. testamento i. f. ae leg. 3.* Covarr. *d. loco.* Mediator quoque, qui matrimonium conciliavit, & Dotem promisit, non tenetur de suo eam adsignare, sed ex bonis, illius de cujus matrimonio agitur, vel patris ejus: cùm obligatio non concernat ejus personam. Imò ne quidem si fidejusserit pro dote, tenebitur ante excussum principalem, secundùm ea, quæ tradentur infra de fidejussoribus, Cavalcan. *decis. 54.*

12 Quid juris in casu redintegrati matrimonii? Tenebitur pater eandem Dotem adsignare filiæ nubenti, quam priùs adsignatam recepit, *l. Dotem 30. h. t. & Auth. Quamvis C. de rei uxoriæ act.* Ubi pater non potest diminuere priorem dotem, nisi substantia ejus decreverit casu fortuito; tunc enim æqvum est, illum non ampliùs teneri, quàm ferunt facultates. Extraneus qui stipulatus est sibi Dotem reddi soluto matrimonio, non tenetur eam renovare, nisi hoc sit actum, *leg. Stipulatio 63. h. t.*

13 Quid si prior Dos consumpta fuerit sine facto filiæ? Tenebitur nihilominus pater ad dotem filiæ iteratò nubenti, per *l. si cum dotem 22. §. 1. inf. Soluto matrimon. & Auth. Quod locum Cod. de collat.* cùm teneatur ad Dotem ex legis necessitate ei, quæ dotem non habet. Nec facit, quòd eam semel habuerit, quia casus fecit, non videri fuisse datam, & dispositio hominis uno facto compleatur. Tiraq. *ad l. Boves §. hoc sermone limitat. 9. n. 4. inf. signif.* Molina *de jure primogenit. lib. 2. cap. 16. num. 23.* Angl. *in §. fuerat num. 20. Instit. De action.*

14 De avo etiam quæritur, an teneatur dotare neptem, in casu, quo filius est dives? Plerique volunt non teneri ex eo, quod obligatio hæc sit ex persona filii, per eam transiens ad patrem, ut, cum ille dives sit; non videatur avus gravandus. Veriùs tamen teneri: nam licet obligatio hæc sit ex persona filii; tamen quia principaliter procedit ex patria potestate, indistinctè avum tenet; estque pro hac parte *d. l. 5. §. si filiusf. h. t.* quatenus tamen est in potestate; nam aliàs secus dicendum foret, Barbosa, *d. p. 4. n. 111.*

Ad matrem quod attinet, ea filiam dotare non tene-

tenetur, *d. l. fin. Cod. De dotis promiss. & ibi Glossa in V. paternum l. Neque mater Cod. h. tit.* Nisi aliud suadeat caussa probabilis, *d. l. neq.*, vel necessaria, qualis est; si pater inops, mater dives existat, vel mortuo patre filia maneat inops, & legitima ei non sufficiat ad dotem. Adduut Doct. si alias sit periculum impudicitiæ in filia, cui malo tenetur occurrere mater, *Glos. in l. si quis à liberis §. utrum inf. de lib. agnosc.* Cogitur etiam mater hæretica dotare filias orthodoxas, *l. Cognovimus Cod. De hæretic.* quatenus bona non publicantur; nam ad Fiscum ejusmodi obligatio non transit. Pro quo facit, quòd condemnato patre hæreseos non debeantur à Fisco alimenta liberis. Barbosa *d. loco n. 80. & seqq.*

16 De fratre respondit Paulus J. C. in *l. cum plures 12. §. pen. inf. de administ. tut.* cum honestè quidem & ex liberalitate dotare sororem alio patre natam: ut videatur ex necessitate teneri ad dotandam consanguineam, argumento à contrario sensu; quatenus tamen soror aliunde dotem non habet, neque enim frater tenetur nisi in subsidium, Barbosa *d. p. 4. num. 115.*

17 Curatoris quoq; officium est dotare adultam, pro modo facultatum ejus, & dignitate mariti, *l. Quæro 60. h. t.* qui tamen caveat, ne majorem Dotem adsignet, quam ferant bona, ne dolus ejus marito noceat, *l. Cum post 43. §. 2. inf. de admi nist. tut.* Ignorantia eum extra damnum ponet, & quod supra vires est, nullum esse faciet, *l. sive 61. in princ. h. t.*

18 In Dotem dantur res corporales, & incorporales, *leg. Res 17. C. h. t.* Unde & creditum in Dotem dabitur, *l. si mulier 77. h. t.* Quo casu maritus debitor, cui in Dotem creditum est constitutum, liberatur ab usuris solvendis, ad quas tenebatur, *d. l. 77.* cum aliàs ex hujusmodi Dote fructum non haberet. Æstimata, an in æstimata Dos detur, non interest; uti nec an pars divisa, an pro indiviso. Dantur etiam omnia mulieris bona *l. 4. Cod. h. t.* læsæ tamen succurritur ex æquo, & bono, *leg. fin. in fine & ibi* Costal. *h. t. l. 1. C. Si adversus dotem.* Res aliena in Dotem non rectè datur; cum possit vindicari à domino nisi bonâ fide usucapta fuerit, cum cesset esse aliena. In casu autem evictæ Dotis per actionem contra damnantem, *l. Mater 43. & l. Proculus 67. h. t.* nisi scientia eum excludit, *l. si à matre 13. C. eod.*

19 Et hæc hactenus de promissione constitutione Dotis. Sequitur nunc de Juribus à privilegiis dotium, quæ varia sunt. Inter alia est quod dos dicatur in bonis esse mariti, cui fructus ejus cedunt ad sustinenda matrimonii onera, *l. Dotis 7. in pr. h. t.* Fructuum nomine venit hic, quidquid renascitur. Quâ ratione thesaurus inventus à marito in fundo dotali pro media tantùm parte ei cedit, *l. Divortio 8. inf. Sol. matrim.* quia non est in fructu. Uti nec arbores, nisi cæduæ, *d. l. 8. §. si fundum.* Marmor quoque excisum, nisi renascatur, non est in fructu, nec marito irrevocabiliter cedit, *l. 6. in princ. inf. De fundo dotali.* Si tamen venæ marmoreæ inventio sit utilis uxori, marmor excisum etiam non exportatum cedit marito, idque loco expensarum, etiamsi non renascatur; & ita intelligenda *d. l. 8. §. si vir. inf. soluto matrim.*

20 Quæritur autem hic, an maritus sit verè dominus dotis, constante matrimonio? Posset hoc videri, per *l. 3. C. h. t.* Ubi servum dotalem manumittit. Facit *l. si prædium 23. C. d. tit. l. Dote 9 Cod. De rei vindic. & Inst. Quib. alienare non licet in pr.* Ubi dominium marito attribuitur. Sed dicendū, dominium verum & naturale apud mulierem manere, *l. Quamvis 75. h. t. & text. clarius est in l. In rebus 30. Cod. eod.* qui habet, rerum dotalium naturaliter manere apud uxorem juris verò subtilitate transire in matrimonium mariti, ut latiùs deducit Zas. *1 sing. intellect. c. 5.* Facit, quod modo dictum, thesaurum in fundo dotali in eventum pro dimidio cedere uxori, non aliâ ratione, quàm quia domina. Nihil faciunt loca in contrarium allegata, quia rectè explicantur juxta dictam *l. 30.* quod scilicet naturale & verum dominium apud uxorem maneat, obfuscatum interea per civile, & fictum apud maritum existens.

21 Cujus nomine servo dotali libertatem, sive directam, sive fidei commissariam, etiam testamento maritus dat, *l. 3. C. hoc tit.* licet in illud tempus det, quo servus reversus, erit enim in dominium uxoris plenè, atque ita ut tamquam alieno non possit rectè videri data libertas, *l. Si quis 9. inf. de manumiss. testam.* Sufficit enim tempore habili eum de re dotali disposuisse: idque in favorem libertatis, quæ ut datur à marito inter vivos, ita & in ultima voluntate, quæ est favorabilior, *arg. tex. Inst. De lege Fus. Canin. tol.* quatenus tamen est solvendo, *leg. Servum 21. infra De manumiss.* Nihil facit traditio rei dotalis marito facta; Quia non fit eâ mente, ut res apud eum sit quoàd omnes dominii effectus; sed tantùm quoàd jus administrandi, & percipiendi fruct⁹, ad sustinenda matri-

matrimonii onera, quod sufficit. Ita Martinus vetus Glossator, *ad d. l. 30. V. naturalis*, Barbosa *ad d. l. Dotalem 62. inf. Soluto matr.* Faciunt enim onera matrimonii ibi dotem esse debere, ubi illa sunt: quo sensu dicitur dotis causa esse perpetua, atque ita contrahi, ut semper apud maritum maneat, *l. 1. h. t.* Coras. 5. *Miscell. cap* 14. 22 * Quod tamen exceptionem patitur, si maritus suo facto ad inopiam vergat: quia periculosum est, apud eum dotem relinquere, qui se, suaque negligit, *arg. l. fin. Cod. In quib. caus. in integ. rest. non est necess.* Idem obtinet, si non suâ culpâ; sed casu fortuito ad inopiam vergat; præcavendum enim, ne dote per maritum consumptâ, inanis relinquatur mulieri actio. Ubi cum maritum inopem accipimus, cujus ita sunt diminutæ facultates, ut dotis exactioni non sufficiant, *l. Si constante 21. in pr. inf. Soluto matr. l. Ubi adhuc 29. Cod. h. t.* quæ non corrigitur per *Novell. de æqual. dotis* 97. §. *illud.* dum ait, tum esse locum actioni, ubi substantiâ sua malè cœperit uti maritus: neque enim excludit alios casus; cum non sit inducenda correctio nisi expressa. Non exprimi autem dicto loco patet ex eo, quòd priorum legum ibi fiat mentio in earum confirmationem.

23 Est præterea mulieri exercitium hypothecæ tacitæ privilegiatæ: quia habet omnia mariti bona obligata contra ejus creditores, non tantùm excipiendo; verùm & agendo ac vindicando res ejus à tertio possessore, etiam stante matrimonio. Ita tamen, ut eas alienare vivente marito nequeat; sed fructus tantùm in sui, & mariti & liberorum sustentationem recipiat; *d. l. 29.* Quæ exactio est licita ut super dote mulieri consulatur. Manet autem his casibus superstiti marito salvum lucrum dotis, ex conventione, si qua apposita: uti & commissio doris, propter adulterium, vel aliam ob causam, de qua *tit. Cod. De repud.* Hoc saltem videtur operari dotis restitutio, quod hypotheca, quam ejus respectu habet mulier in bonis mariti, cesset: frustra enim ea duraret quando dos non est in mariti manibus; cum sit extra periculum.

24 Tacitæ huic hypothecæ conjunctum est privilegium prælationis, de quo supra, *ad t. Qui pot. in pignore hab. n* 17. Quod competit mulieri, quæ sibi prælationem quæsivit; cum non sit stipulata eo fine, ut tacitæ hypothecæ, ejusque privilegiis renuntiaret; sed potiùs, ut sibi magis caveret. Barbosa *ad l. 1. p. 6. n. 16. & seq. inf. Soluto matrim.* quamvis contradicat Covarr. 1. *Variar. Resol. cap.* 7. *n.* 1. *& seq.*

25 Privilegium tacitæ hypothecæ habere locum etiam in matrimonio putativo, si nimirum mulier in conditione mariti erraverit, veriùs est, per *d. l. Si cùm dotem 22. in fine inf. Sol. matrim.* cum versetur eadem ratio, scilicet causa dotis servandæ: quomodo & idem esse in sponsa dictum supra, *ad d. t. Qui pot. in pig. hab. n.* 19. Facit, quòd largo modo sub appellatione doris veniat & dos putativa. Ut in genere concessa privilegia matrimonio vero, quatenus agitur favor doris, etiam ficto competant: atque ut vera dos non alienatur, ita nec ficta: ut illius retentio permissa non est, ita nec hujus. Quod ita procedit, nisi adsit scientia nullitatis in muliere, cui dolosæ lex non impertitur favorem, *l. Fœmina C. ad S. C. Vellejan.* Gomez. *ad L. 50. Taurin. n. 56.* 26 * Quoad paraphernalia, mulier habet quidem tacitam hypothecam, non tamen prælationẽ, *l. fin. C. De pact. convent.* Mynsing. *Cent. 5. obser.* 5. Nisi mulier agat ad eum effectum, ut ex iis obtineat dotis faciendæ restitutionem; quia tunc in effectu agitur de dotis conservatione, *d. l. Ubi adhuc. 29. C. hoc titulo. Nov. Ut immobilia ante nupt.* 61. §. 1.

27 Quæritur, An privilegio huic prælationis mulier rectè renunciet? Quidam negant, quia principaliter sit indictum nomine doris, cujus caussa. Videtur tamen hoc permittere textus in *l. 1. C. Ad S. C. Vellejan.* cui respondet alter in *l. una §. & cum lex Cod. De rei uxoriæ act.* Ubi mulier potest consentire in alienationem rerum mariti, vel etiam suæ dotis, quæ æstimatæ sunt datæ marito, atque ita ejus periculo, qua de re Barbosa *ad d. l. 1. p. 5. numer. 54. & seq. inf. Sol. matrim.*

28 An hoc prælationis privilegium mulieri competens ad patrem ejus transeat? R. Vivâ filia patri agenti competere prælationem, quatenus adjunctâ filiæ persona jus ejus in judicium deducitur, Jason in *l. 1. §. quod si in patris n. 11. inf. Soluto matrim.* Aliàs si tantum nomine proprio agat, licet de consensu filiæ, non utetur prælatione, quæ tantùm concessa in filiæ utilitatem, quæ cessat hoc in casu. Multò minus erit hoc privilegium agenti post mortem filiæ, cum tantùm propriam utilitatem, non etiam filiæ persequatur. Nec obstat, quod privilegio fictæ stipulationis, & tacitæ hypothecæ utatur; cum ista privilegia cum actione producta ei cohæreant, atque ita simul transeant: privilegium verò prælationis respicit mulierẽ; nihilq; habet cõmune cũ actione.

ut procedat regula, quòd personale beneficium cum persona extinguatur.

29 An & cessionario competat privilegium: R. Hoc posse videri, ex eo, quòd per alium agens, per se agere videatur, *cap. Qui per alium De R. I. in 6.* quòd alias daretur præjudicium mulieri, cui actionis venditio non foret tam commoda. Facit textus in *leg. Emptori 6. sup. de hered vend.* Ubi emptori nominis est idem privilegium quod venditori. Eodem facit, *l. 1. & 2. C. De act vend.* Neguzant. *De pignorib p 2. membro 4. num.* 107. Quæ opinio tum demum procedit, quando cessionarius agit nomine mulieris, mandatis per eam actionibus; tunc enim commodum ejus agitur, atque ita adest finis prælationi concessæ. Sin autem suo nomine agat, contra videtur dicendum: & licet mulieris subsit commodum; non tamen ejus nomine inducitur actio, quod multum refert, *arg. l. Multum Cod. Si quis alteri, vel sibi,* quia aliàs id, quod personale est, transiret personam. Non obstat *l. 3. Cod. De privileg. fisci.* Ubi, si hoc actum, privilegium fisci transit in mulierem solventem fisco nomine mariti: hoc enim speciale est in fisco, & ita non extendendum.

30 Est & quæstio, An doti confessatæ sit hoc privilegium? R. Velle id Bart. ad *l. Assiduis n. 11. Cod. Qui potior in pig. hab.* negantibus aliis, quos citat Tiraq. *De retr. p. 2. §. 4. Glos. 6. num.* 14 Dicendum videtur, confessionem quidem marito præjudicare; cùm sit loco probationis sufficientis, *leg. Pecunia Cod. de solut.* si exceptio non numeratæ dotis intra tempus non fuerit opposita, cujus omissio facit dotem præsumi receptam, argumento eorum, quæ alibi dicta de exceptione non

31 numeratæ pecuniæ, *inf. ad t. de obligat. & act.* Ad cujus exemplum ista non numeratæ dotis introducta est, marito, ejusque hæredi competens, contra repetentem dotem cautam tantum: cujusmodi cautio numerationem non ponit, nec privilegium meretur, *l. 1. Cod. de dote cauta non num.* Est autem exceptio ista cautæ, & non numeratæ dotis opponenda intra annum à soluto matrimonio, quod biennium non excesserit, non tamen decennium impleverit, intra tres menses ab eo soluto opponenda. Si matrimonium ultra decem annos steterit, cessat querela, estque præsumptio pro dote recepta, tenebiturque ad restitutionem maritus. *Auth. Quod locum Cod. de dote cauta non num.* si contrarium probatum non fuerit: salva tamen minoribus restitutione in integrum. Vide plura de hac exceptione apud Covarr. *2. Var. Resol. c. 7. n. 4.* Gomez. *ad L. 50. Taurin 52.* Barbosa. *ad l. 1. p. 6. n. 16. & seqq: inf. Soluto matr.* Fachin. *lib. 8. Contr. c. 77. & seqq.*

32 In vicem dotis, quo ea magis in tuto esset uxori, fieri solita donatio ante nuptias, quæ hodie propter nuptias dicitur, fierique potest & stante matrimonio, *l. fin. in princ. C. de donat. ante nupt.* ad instar doris, cujus quantitatem excedere non debet, *Auth. Sed jam C. eod.* Græcæ dicuntur. ἀντίφερνα, quæ hoc modo in securitatem doris donantur, *l. ult. C. de donat. ante nupt.* Alias vero res extra dotem nomine uxoris marito datas vocant παράφερνα, *l. Si ego 9. §. 3. & l. 1. Obser. cap. 4.* Conditio hujusmodi donationis est, quod ut res dotalis ad maritum, ita donata propter nuptias ad mulierem transeat, in ejusque sit dominio, *Auth. Permissa Cod. de donat. ante nupt.* Unde & inhibita est alienatio ejus, quod propter nuptias donatur, *Nov. ut immobilia ante nupt. 61. §. 1.* nisi ex consensu fiat mulieris, & aliæ sint res, quibus mulieri succurratur, *d. Nov. 61. §. verum tamen.*

33 Quæritur autem, An donatio propter nuptias censeatur ipso jure constituta? R. Ita quidem videri Azoni, quem citat Gl. in *Auth. Dos Cod. eod.* Fachin. *lib. 8. cap. 67.* Verius tamen non tam ipso jure constitutam, quàm constituendam esse, ut innuitur *l. fin. Cod. d. tit & Nov. de æqual. dotis 97. §. 2. in V. non licere alii facere.*

34 Ambulat autem passibus æquis cum dote hæc donatio, augmentum utriusque faciendum cum æquali quantitate, ad evitandam circumscriptionem. Qua de caussa & mulier habebit privilegium prælationis, si maritus tum temporis, quo constituitur non laboret ære alieno. Aliàs non erit ei salvum privilegium; nisi quòad creditores subsequentes, respectu quorum cessat circumventionis suspicio. *d. Nov. 97. §. 2.*

35 Posset & dubitari, An donatio hujusmodi, excedens quingentorum solidorum quantitatem, indigeat insinuatione? R. Non videri; cùm ex causa fiat, & ad modum dotis, quæ si excedere possit absque insinuatione, & hæc poterit. Et hoc quòad mulierem: quantum ad virum insinuanda erit ad hoc, ut ei sit æquale lucrum ex dote, in casum mortis uxoris, aut injusti repudii, uti postremò inductum fuit per *Nov. Ut fratrum filii 127. § 2.* Gudelin. *De novis. lib 1. c. 8. n. 8.*

36 Porro fieri solet & donatio quædam inter sponsos ob spem matrimonii, quæ dicitur sponsalitia largitas, seu munus sponsalitium, fitque frequentius à sponso, ejusque patre, rari autem à sponsa

sponsa, *l. si à sponso* 16. *Cod. de donat. ante nupt.* Firma est, sive à donatione initium sumatur, sive à stipulatione: nisi deceperit sponsa sponsum, dotem ampliorem constituendo, quàm habet, ut hâc viâ majorem donationis promissionem extorqueat, *l.* 3. *C. d. tit.* quia indigna est munere, quæ decepit: aut nisi donatio habeat conditionem, ut res fiant sponsæ demum post matrimonium, *l.* 4. *Cod. d. tit.* quia confertur in tempus quo donatio fieri nequit, ut dicetur inferiùs, *tit. de donat. inter vir. & uxor.* conferri enim in tempus prohibitum, & fieri aliquid prohibitum, paria sunt.

37 Fuit olim hæc donatio ejus conditionis, ut irrevocabiliter res transiret; nisi haberet conditionem futuri matrimonii, *l.* 1. §. *inf. De donat. l. si filio C. De donat. ante nupt.* Novo jure dictæ conditionis expressio non desideratur; cùm ex legis dispositione tacitè insit, *l. Cùm veterum* 15. *Cod. d. tit.* nisi pacto removeatur. Ut hodie subsecuto matrimonio res donata ad eum maneat, qui accepit, sive sit sponsus, sive sponsa, *d. l.* 15. & 16. *Cod. d. tit.* Ubi disposita in sponsa similiter observanda in sponso, cui a sponsa est donatum. Quod videtur intelligendum, consummato jam matrimonio; cùm textus in *d. l.* 15. *in princ.* agat de actu nuptiarum: qui accipiendus de perfecto, & consummato; ut ante, dissoluto fortè matrimonio per ingressum Religionis, aut mortem alterius, nihil alteri acquiratur; quia non sit verificata conditio subintellecta. Gomez *ad L.* 50. *Tauri n.* 8. Si non sequatur casu matrimonium, repetitur donatum, vel per condictionem vel per utilem actionem in rem, *d. l.* 16.

38 * Nisi osculum intervenerit, quod facit dimidium dati à sponso apud sponsam remanere; Idque ratione delibati pudoris virginalis, *d. l.* 16. Nec refert, osculi datio præcesserit donationem, an sequatur, modò fiat post sponsalia, uti lex desiderat. Quod magis procedet habitâ etiam copulâ, per quam major rubor sponsæ affertur. Non obtinet idem in iis, quæ sponsa sponso donaverit, hujus enim pudor non censetur delibari per osculum, *d. l.* 16. *in fine.*

Quid si sponsalia sint nulla ratione impedimenti sint; Si illud lateat, nihil ominus sponsę dimidium acquiritur, ratione osculi. Quod multò magis procedet, si sponsus conscius fuerit impedimenti. Sin sponsa sola conscia fuerit, totum sponso reddet, ne ex suo dolo lucrum quærat: nihil faciente osculo, quia suâ culpâ pudorem amiserit. Si uterque conscius fuerit, tametsi videatur sponsa retinere non posse donatum; quia culpâ suâ jacturam fecerit sui pudoris, per *leg. Cùm hic status C.* 2. *inf. De donat. inter virum & uxor. & l. Qui contra C. De incest. nupt.* Ubi à Fisco vindicatur: dici tamen potest, rectè à sponsa retineri donatum; cùm sit in pari turpitudinis caussa, & ex falsa caussa dans scienter, donare videatur. Potest tamen Fiscus auferre post sententiam; nam ad eam usque rectè retinet, cùm ad pœnam nemo teneatur ante sententiam, *cap. Cùm secundùm De heret. in* 6. Gomez. *d. loco n.* 7. Ex his patet, quantum sponsalitia hæc munera differant à donatione propter nuptias, quæ etiam fit matrimonio consummato, in dotis compensationem, reditura eo soluto; & ab arris, quæ post nuptias redeunt ad donationem, non considerato, intervenerit osculum, ant copula.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 3. *De jure dotium.*

Ad n. 1. Verbum dotis homonymum est: aliquando enim significat rem, aliquando ipsam dationem, aliquando rei qualitatem, denique titulum & causam transferendi. Bacc. ad Treutl. *vol.* 2. *disput.* 7. *th.* 1. *lit. b.* ubi hoc genus definitionis (quod nempe sit jus) planè non admittendum censet.

Ad n. 5. Pater dotem dare cogitur, officio Judicis, ad eum principaliter effectum, ut conditionem honestè nubendi filia inveniat *l.* 19. *de rit. nupt.* Cæteroquin si Sponsus & gener futurus, puellâ solâ contentus, dotem nullam cupiat, nulla cogendi Patris ratio superest. Bacc. *prox. cit. loc. th.* 2. *lit. b.*

Ad n. 18 Quædam hic omissa & huc pertinentia, supple ex Treutl. *prox. allegat. loc. th.* 4. *per tot.*

Ad n. 32. De æqualitate dotis & donationis propter nuptias. vid. Gail. 2. *obs.* 78. *per tot.* Roland. *à valle in tract. de dot. quæst.* 6. *n.* 10. Boër. *decis.* 22. *n.* 20. Guid. *decis.* 565. *n.* 4.

Xenia sive munera nuptialia, quæ amici novis nuptis infestivitate nuptiali offerunt, (die Geschenck / so auf den Hochzeitlichen Ehren-Tag / nach sittlichen Gebrauch / von denen eingeladenen Gästen / auf die Tafel verehret werden) sponsæ ne cedant an sponso; an verò utrique sint communia: vid. Speckhan. *cent.3 qu.16. Class.1.* Besold. *ad jus munic. VVürtenb. disp.3. th.55.* Dan. Moller. *lib.2. semestr. c.12.*

Quis sit Judex competens in privatione dotis & donationis propter nuptias, ob adulterium. vid. Mynf. *R.43. n.48*

TITVLVS IV.

De Pactis dotalibus.

SUMMARIUM.

1. *Licet contrahentibus pacisci super dote.*
2. *Item contrahentium parentibus.*
3. *Pactum non valet, ut dos reddatur tertio.*
4. *Ad pacta dotalia non est opus scripturâ.*
5. *In bonis paraphernalibus pacta hujusmodi non obtinent.*
6. *Pactum de lucranda dote, an locum habeat in dote promissa tantùm?*
7. *Lucrum dotis an cedat superstiti, altero ante copulam mortuo?*
8. *An & altero ingrediente Religionem?*
9. *Pactum filia an præjudicet patri, & contra?*
10. *Extraneus an, & quando rectè paciscatur dotem sibi reddi.*
11. *Pactum in continenti appositum extraneo dat actionem.*
12. *Pacta dotalia debent respondere legibus.*
13. *Pactum non valet, quo fructus dotis cedunt mulieri.*
14. *Quoad statutum deferens lucrum dotis cujus loci consuetudo sit inspicienda.*
15. *An lucrum possit deberi conjugi, qui dotem non dedit.*

PErtinet hic Tit. ad rationem, & formam constituendæ dotis, idemque ejus restituendæ, vel lucrandæ, soluto matrimonio; quia pacta, quemadmodum formam, & legem dant cæteris contractibus, ita & dationi dictionique dotis. * [1] Possunt enim pacisci conjuges super dote, aut donatione propter nuptias; si non agatur alterius detrimentum, cessante interim legis dispositione, quæ non impedit dispositionem hominis. Sic valet pactum, ut apud superstitem maneat dos vel donatio propter nuptias, tota, vel ejus pars: neque enim hoc est contra leges; cum mulier non fiat indotata, & demum post mortem pactum istud operetur. Servanda tamen hinc inde æqualitas, non tantùm in quoto, *l. Ex morte 9. Cod. De pact. conventis*, verùm etiam in quanto, *Auth. Æqualitas Cod. d. tit.* Nec facit, quòd ex nudo pacto non agatur; Cùm hic non sit nudum, propter alicujus donationem, quæ facit utilem esse conditionem, *l.1. Cod d. tit.* * [2] Nec tantùm contrahentes hujusmodi pacta ineunt, sed & eorum parentes, quæ & ipsos tenent contrahentes, etiam extra parentum potestatem positos, saltem quoad actionem, *l.4 & 7. Cod. d. t.* idque in favorem dotis, *l. Caius 45. inf. soluto matrim.* Unde patet: & dotem magis esse privilegiatam, quàm Fiscum, cui per alterum actio non quæritur, *l. 1. in princ. inf. De jure fisci*: quatenus tamen agitur dotis favor * [3] Quâ ratione si convenerit, ut tertio dos reddatur, nihil dicitur actum, ex regula generali, quæ non permittit alteri per alterum quæri. Ut nec valet pactum, ut præmoriente marito penes ejus hæredes maneat, *l.2. h. t.* Quod & videtur de jure dicendum quoad donationem propter nuptias; scilicet quòd non teneat pactum, ut maneat apud uxorem præmortuam, ex ratione æqualitatis, *d. Auth. Æqualitas C. h. t.* In Belgio lucrū conventionale dotalitii non potest excedere dimidium rerum immobilium in casu prolis relictæ à defuncto. Edicto an. 1611. art. 27.

Non est autem opus ad hujusmodi pacta scripturâ, [4] cum ea nullibi requiratur, & satis sit, de iis constet per quinque testes, ut volunt, eo quòd videantur successionis caussam attingere, & aliquam ultimam voluntatem, mortisve caussa donationem sapere, *l. Tale 44 in fine sup. De pact.* in qua quinque testium præsentiâ est op[us], *l. fin Cod. De codicil.* Wesenb. *ad h. t. n.4.* * [5] Atque ita hoc speciale in dote & propter nuptias donatione, non rectè trahitur ad paraphernalia, id est, bona. quæ præter dotem habet mulier, in quæ nihil juris est marito, nequidem quòad administrationem, nisi ex consensu uxoris, *l. 8. C. h. t.* Quod autem in his pactum non valeat, patet ex *l 5. C. h. t.* cùm pacto non deferatur hæreditas; sed tantùm testamento, quod hîc nullum apparet.

Q. An-

6 Q. An pactum de dote lucranda habeat locum in dote promissa tantum? R. Hoc non malè dici? cu promissa sit dos, & pænè æquale sit, rem habere, aut actionem ad rem. Nisi dotis datæ specialiter mentio facta fuerit; tunc enim veriùs in promissa dote lucrum ex pacto non obtinere. Gail. 2. *Obser. c. 79.* Titaq. *de retract. p. 2. in fine num. 33.*

Est & vulgata quæstio, an lucrum dotis cedat superstiti, altero ante copulam mortuo? 7 Negat hoc Salic. in *l. cùm inter Cod. de donat. ante nupt.* ex eo, quòd nitantur prædicta Pacta, & statuta oneribus matrimonii, quæ sustinet maritus; non sustinet autem ante copulam: & quod appellatione viri, & mulieris ante copulam non veniant conjuges, quodque uxor non dicatur nisi quæ est in usu viri; non est autem ducta ante copulam. Et hanc opinionem de juris subtilitate esse veriorem tradit Ang. *ad §. fuerat numer. 14. Instit. De action.* contrariam in praxi receptam adserens: quæ & verior est, ex vulgata regula juris, quòd nuptias non concubitus, sed consensus faciat. Facit pro hac parte textus in *l. Cum 16. inf. de condit. & demonst.* Ubi relictum, si in familia nupserit, statim debetur atque est ducta mulier. Facit, & ratio; quòd scilicet non detur hoc lucrum nisi in solatium amissi conjugis; quæ ratio etiam habet locum ante copulam. Nec officit, quòd dictum de oneribus matrimonii, quia illa ratio tantùm obtinet in marito, non etiam in uxore; ut non sit reciproca, nec sufficiens. Quod multò magis obtinebit in donario, quo constituitur ususfructus uxori in aliquibus bonis post mortem; quam opinionem praxi receptam tradit Chassan *ad consuet. Burg. Rub. 4. §. 6. ad V. Marie z. num.* 1. Gail. 2. *Observ. cap. 80.* Costal. *ad l. 1. sup. de sponsalib.* Boër. *quæst. 22. num. 33. & seqq.*

Consequenter quæritur, An pactum lucrandæ dotis, aut donationis operetur, altero ingrediente 8 Religionem? Sunt, qui locum ei tum tantùm dent, quando ante copulam alter ingreditur, eo quòd matrimonium tunc omnino dissolvatur, & locum habeat dicta ratio, quòd lucrum hoc detur in solatium amissi conjungis; non etiam quando post copulam, eò quòd maneat vinculum matrimonii, ut traditur ꝟ. *de convers. conjugat.* atque ita non purificetur per talem ingressum prædictum pactum. Verius tamen, hoc casu esse locum prædicto pacto, ex eo, quòd ubi mors civilis operatur eundem effectum, quoad casum, de quo agitur, quem naturalis procedat æquiparatio: atqui quatenus pertinet ad matrimonium, & usum illius, eundem effectum operatur mors civilis, quem naturalis, unde in ea tamquam æquiparata idem juris ponendum, ut tradunt Bart. & alii ad *l. Deo nobis 56. Cod. de Episc. & Cleric.* Barbosa *ad l. 2. in princ. p. 1. nu. 152. inf. soluto matrimon.* Mozzius *de donat. tit. Divisio donationis num. 13.* Boër. *d. quæst. 22. num. 39.* D. Peckius *de testam. conjug. lib. 1. cap 15. in fine.*

Alia est quæstio, An pactum filiæ præjudicet 9 patri, aut contra? R. Filiæ pactum minime nocere patri agenti suo nomine, per *l. Filius 23. Cod. de pact.* ne alteri per alterum inferatur iniqua cōditio, qua de re videatur latè Barbosa *ad d. l. 2. §. quod si in patris n. 44.* eum autem, qui dotem dat, tempore donationis posse præjudicare nuptæ, *l. Cum dos 7. h. tit. l. un. §. accedit. C. De rei uxor. act.* quòd res transeat cum onere apposito, & quidem in continenti, non etiam ex post facto, *l. Ob res 20. §. 1. h. t.* quia mulieri quæsitum jus nec aufertur, nec minuitur in vitæ *l. si unus 27. §. pacta quæ turpem in fine sup. de pactis.* Ubi pactum a persona non trahitur ad personam, aut rem: sed tantùm nocet ei, qui apposuit; potest enim juri suo renuntiare. * Quo modo etiam extraneus post 10 datam dotem non rectè paciscitur eam sibi restitui; cùm non sit in continenti stipulatus sibi dotem reddi, ut videatur donasse mulieri, *d. §. accedit.* Nisi tamen mulier consentiat, aut patiatur extraneum stipulari, soluto matrimonio eam sibi reddi; nam præjudicabit sibi ex causa renuntiationis, legum permissu, juxta textū in *l. si verò 22. §. idem Pappinianus sup. Mandati.* Et hoc si stipuletur eam sibi reddi, non etiam si alii; quia cessat caussa remunerationis, & prævalet damnū dotis; Barbosa *d. p. 1. n. 146.* * In continenti appositum 11 pactum ab extraneo dotis datore facit illi esse actionem ex stipulatu, si stipulationem interposuerit, vel præscriptis verbis, si tantùm sit pactus, *d. l. unica § accedit;* cùm traditioni rei suæ quilibet possit ponere legem in continenti: quę strictè accipienda, & in unum casum concepta, mortis scilicet, aut divortii, non trahenda ad alterum, *leg. si cum dotem 22. infra soluto matrimonio.*

Limitanda autem supra dicta, ut eatenus tantùm pacta procedant quatenus respondent legi- 12 bus. Quâ ratione pactum matrimonii dissolutionem inducens non valet, uti nec concedens fundi dotalis alienationem legibus inhibitam, item removens actionem superamotis; cùm invitet ad delinquendum, dotis caussam deteriorem faciens; quia reddit mulierem superstitem in dota-

23 tam, *l. 2. & 4. Cod. h. tit.* * Non valet etiam pactum quo fruct⁹ dotis cedunt mulieri, *d. l. 4. & l. si pater 76. tit. sup.* Fieret enim dos inutilis marito, contra ejus conditionem, & finem; quippe quæ ordinetur ad sustinenda onera matrimonii: nisi aliunde marito succurratur, aut mulier fructus recipiens onera matrimonii ipsa per se sustineat; quia non est incommodum tale pactum marito, cui matrimonium non sit oneri, *l. si quis per uxorem 21. inf. de donat. inter virum & ux.* Ubi tale pactum etiam stante matrimonio initur; cùm non tam contineat donationem inter conjuges prohibitam, quàm onerum compensationem. Quod de pacto dictum, idem obtinet in statutis multarum provinciarum, quibus superstiti lucrum aliquod ex dote, vel donatione propter nuptias, aut aliàs ex bonis alteri⁹ defertur.

24 Unde hic quæsitum, Cujus loci consuetudo inspicienda sit in statuto deferente lucrum dotis, an contracti matrimonii, an domicilii mariti? R. Prius videri, per textum apertum in *l. si fund9 sup. D. evict.* Communiùs tamen receptum contrarium, scilicet inspiciendam esse consuetudinem loci mariti, per *l. Exigere 65. sup. De judiciis.* Quò facit quòd mulier maritum sequatur, ei se subjiciat, & ad domicilium ejus destinetur. Ita Alex. *vol. 3. cons. 100. num. 8.* Felin. *in cap. 1. num. 24. in De sponsalib.* ubi Abbas *num. 10.* Covarr. *De matrim. p. 2. cap. 7. in princ. num. 5. & seqq.* Nec obstat *d. l. si fundus*; Nam procedit quòad solemnia, non etiam quòad executionem, in qua spectanda loci consuetudo cui destinatus contrahens censetur se subjecisse. Jason *in l. 1. lect. 2. num. 6 Cod. de sacros. Eccles.* Gomez. *ad L. Tauri 50. num. 75* ubi à num. 69. agit de lucro conquæstuum constante matrimonio communicando. Vide Covarr. *De matrim. p. 2. c. 7. in princ. n. 7. & seqq.*

25 Alia est quoæstio, An lucrum dotis ex pacto, aut statuto debeatur conjugi, qui dotem non dedit, aut in ea fefellit alterum? Non videri, per *Auth. Sed. qua Cod. h. tit.* Guido Papæ *decis. 274.* qui vult & idem obtinere, si pactum tale juramento fuerit confirmatum, quod ei insit tacita conditio, *si dos soluta fuerit.* juxta *l. fin. Cod. de non numer. pecunia.* itaque talis mulier petens lucrum exceptione doli removebitur, *arg. l. 5. Cod. de evict.* tamquam non implens contractum ex sua parte, cui propterea lex conditionis non debet servari, *l. Cum proponas 2. Cod. De pact.* Quòd & dicendum è converso in viro non præstante donationem propter nuptias promissam, ex rationis paritate, *Nov. De equal. dotis 97.* Ita D. Peckius *lib. 2. De testam. conjug. cap. 4. n. 3.* An in sponsa statutum de lucranda dote obtineat, vide Gail. *2. Obs. c. 80.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 4. De pactis dotalibus.

AD *n. 7.* Hæc quæstio secundùm Mynſ. *cent. 6. obs. 78. n. 4.* tam intricata & maximè controversa est, ut Imperatoriâ decisione indigeat: sed ne in hoc dubio & pugna Judices, si quando casus ejusmodi decidendus obveniret, fluctuarent, omnium tutissima & expeditissima via est, ut ad cautelam, pactis dotalibus, tempus lucrandæ dotis vel donationis propter nuptias, expressè inseratur, quando videlicet hujusmodi lucrum, locum habere debeat, utrum statim, post contracta sponsalia, de præsenti, an verò nuptiis subsecutis & traductione facta, prout plerumque à prudentioribus fieri consuevit, qui ita pacta concipiunt, ut consummato priùs matrimonio, per copulam & traductionem ad domum, **nach beschehenem Ehelichen Beylager und Heimführung**/ lucrum ex pacto, in casu non existentium liberorum, superstiti obveniat. Quò pertinet *Reform. Francof. ad Mœnum part. 2. tit. 3. §. 5.* **Diesen Streit und Zweifel auffzuheben/ setzen und ordnen wir/ daß alle Pact und Geding/ so in den Heyrathsbrieffen abgeredt worden/ anders nicht verstanden/ ihre Würckligkeit erreichen/ noch auch für kräfftig gehalten sollen werden/ es seyen dann beyde Ehegemahl/ Christlicher Ordnung nach/ öffentlich zu Kirchen gangen/ Ehelichen beygelegen/ darauff einander Beywohnung gethan/ und also rechte Eheleuth worden. Derowegen obgleich der Bräutigam oder die Braut/ nach vollbrachtem Kirchengang/ desselben Tags (doch vor dem Ehelichen Beylager) tods verschieden/ daß es doch vor keine vollkömliche Ehe/ (so viel die Erbschafft und andere Gewinn belanget) sol gehalten werden/ ꝛc.** *hactenus dict. Reform. quam allegat Weh. in Observ. Pract. verb.* **Ehemann/ Ehefraw/ ꝛc.**

Habitatio quæ in pactis dotalibus à maritis Principibus & Nobilibus constitui solet uxoribus, quando marito sunt superstites & in viduitate degunt (nos **Wittumbsitz** vocamus) in eo convenit cum donatione propter nuptias, quod gaudeat privilegio tacitæ hypothecæ, ibique intelligi potest ex iis,

ex iis, qui notat *Neguz. de pign. membr. 4. num. 47. & aliquot seqq. allegatus à Weh. in obs. Pr. verb.* **Wittumbstig**. Aliàs de hac materia dotalitii sive donarii mulieris. *vid. Hartm. Pistor. 1. quæst. 4. Berlich. 2. concl. 50. v. successio feudi. Bocer. tract. de donat. cap. 11. Treutl. consil. 23. Matth. Wes. consil. 207. & cons. 249. Paul. Christina dec. 99. vol. 1.*

TITULUS V.
De fundo dotali.

SUMMARIUM.

1. *Rei dotalis immobilis alienatio inhibita per L. Juliam.*
2. *Æstimatam rectè alienat maritus.*
3. *Res mobiles dotales non prohibita alienari.*
4. *Alienatio prohibita sit voluntaria, non necessaria.*
5. *Delictum mariti facit locum voluntariæ alienationi.*
6. *Præscriptio an & alienationi voluntariæ adscribenda.*

1 IMmobilis rei dotalis alienatio tantùm in vitâ muliere inhibita per legem Juliam; obligatio ne quidem ex consensu mulieris permissa erat, quòd faciliùs in hanc, quàm illam consensura præsumeretur. Postea, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem suæ substantiæ converteretur, inhibita etiam est alienatio nihil faciente consensu mulieris, *Instit. Quib. alien non licet in princ. & L. unica §. & cum lex C. De rei uxor. act.* quo modo ejus alienatæ vindicatio mulieri est salva à quocumque possessore, *l. In rebus 30 Cod. De jure dot.*

2 Quatenus tamen data est inæstimata: nam æstimatam ut suam rectè alienat maritus, cùm tantùm mulieri teneatur ad precium, nisi hæc sibi servaverit electionem; tunc enim erit locus prohibitioni legis Juliæ, *L. 1. Cod. h. t.* Ubi verbo alienationis venit omnis actus, per quem dominium transit, ut & contineatur provocatio per maritum ad divisionem communis rei in dotem datæ, *l. 2. C. eod.* licet provocatus maritus divisionem admittat, quia est necessaria, *d. l. 2.*

3 Rerum mobilium alienatio nullibi invenitur prohibita, quo modo maritus manumittit servum dotalem, etiam testamento. Cui non obstat, quod etiam mobilis rei vindicatio sit mulieri, hoc enim verum est, si extet penes maritum non etiam si justè alienata: modò maritus sit solvendo, nam aliàs dabitur utilis vindicatio uxori contra tertium, *d. l. 30.* quo casu etiam rem æstimatam vindicat mulier. Res fungibiles sunt periculo mariti, qui non tenetur easdem restituere, cùm in hoc datæ sint, ut eas ad arbitrium suum distrahat, & soluto matrimonio alias ejusdem generis, & qualitatis restituat, *l. Re. in dotem 42. sup. de jure dotium.*

4 Dicta alienationis prohibitio accipienda de voluntaria, nam necessaria legis prohibitioni non subjacet, *l. 1. hoc tit.* cùm non tam per eum, qui prohibitus, quàm per caussam majorem, uti legem, judicem, aut aliam præcedentem caussetur.

5 Q. An delictum mariti adscribatur alienationi voluntariæ? Omnino, *l. 2. h. t.* ubi non nocet uxori delictum mariti, cui, bonis ejus confiscatis, dos salva manet. *d. l. 2.*

6 Quid dicendum de præscriptione? Videtur ea alienationi voluntariæ annumeranda, si stante matrimonio cœperit, si verò ante, & negligentiâ mariti non fuerit interrupta, faciet rem amitti, & maritum ad ejus restitutionem teneri, *l. Si fundum 16. hoc t.* cùm ejus facto dos non extet salva. Quod non tantum procedet in rebus corporalibus: sed & in juribus realibus, uti servitutibus realibus, *l. Julianus cum seq. hoc tit.* In usufructu aliud juris esse videtur, qui amittitur, si maritus tempore constituto non fuerit eo usus, *l. Cùm in fundo 78 §. quod si mulier sup. De jure dot.* Ratio diversitatis est, quòd prohibitio legis Juliæ tantùm res respiciat, & jura rebus cohærentia, uti sunt servitutes reales, non etiam jura personæ debita, separata ab ipsis rebus. Et hæc ita de jure scripto, quoad res dotales: quæ moribus passim non observantur, quibus mulieris consensus ratam facit alienationem. Quantum ad bona paraphernalia, ea prædictę alienationis prohibitioni non videntur obnoxia. Wesenb. *h. t. n. ult.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 5. de fundo dotali.

TReutl. *vol. 2. disp. 7 th. 9. lit. c.* putat, quòd marit' res mobiles, quæ servando servari possint, etiamsi mulier consentiat, alienare non possit: quæ sententia an Juri sit consentanea, consule Bacc. *ad illũ locũ.*

Quando propter necessitatem alienatio prædii dotalis fit, opus est, ut causæ cognitio, & Judicis super ea decretum præcedat, ut in alienatione, rerum minoris. Schneidvv. *ad pr. Inst. quib. alien. lic. vel non n. 121. ibiq. in not. lit.* (mihi) *d.*

FINIS LIBRI XXIII.

HEN-

HENRICI ZOESII J.C.

IN LIBRUM XXIV.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De donationibus inter virum & uxorem.

SUMMARIUM.

1. *Donatio simplex inter conjuges prohibita.*
2. *Ut & ante facta, sed collata in tempus nuptiarum.*
3. *Item facta ab iis, quorum in potestate sunt conjuges.*
4. *Et per interpositam personam.*
5. *Contractus alii inter conjuges permissi.*
6. *Confessio dotis receptæ an prohibita.*
7. *An & donatio mortis caussa?*
8. *Solutio debiti ante diem non est prohibita;*
9. *Donatio prohibita inter coniuges putativos.*
10. *Casus varii, quibus donatio hæc subsistit.*
11. *Valet donatio, si donans non fiat pauperior, & alter ditior.*
12. *Maritus rogans sibi relinquentem, ut uxori relinquat, non peccat contra prohibitionem.*
13. *Maritus consensu domini rectè donat rem alienam.*
14. *Cessio legati in favorem uxoris fieri non potest.*
15. *Mulier renuntiando medietati lucrorum utiliter donat.*
16. *Donatio remuneratoria inter conjuges valet.*
17. *Ex donatione inter conjuges acquiritur possessio & fructus.*
18. *Possessio illa non prodest ad usucapionem.*
19. *Donatio hæc confirmatur juramento.*
20. *Confirmatur & morte donantis.*
21. *Factâ retrotractione ad tempus, quo facta donatio.*
22. *Idq; quoad fructus tantùm, non etiam quoad dominium rei donatæ.*
23. *Requiritur ut donans primò decesserit nec revocaverit.*
24. *Requiri & traditionem eo casu.*
25. *Confirmatur donatio hujusmodi etiam morte civili.*
26. *Donatore capto ab hostibus pendet jus donationis.*
27. *Confirmatione hujusmodi legitima lædi non debet, nec excedi legitimus modus.*
28. *Cui restituenda res præter paraphernalia apud mulierem existentes.*

Quod superiùs dictum est, donationem, quæ fit, ante, vel propter nuptias, etiam constante matrimonio nedum augeri; sed & fieri de novo posse, non est trahendum ad alias donationes simplices, quæ inter conjuges liberalitatis exercendæ ergò fiunt, quas oratio Antonini Augusti invalidavit, *l. 3. hoc tit.* tum id postulante honestate, ne matrimonium spe potiùs, aut metu, quàm vero amore contineretur, *l. 2. hoc tit.* tum utilitate, ne conjuges mutuo amore se spoliarent pro usâ erga se liberalitate, *l. 1. & 3. in pr. hoc tit.* [1] * Quomodo donatio facta ante [2] nuptias,

nuptias, collata in tempus nuptiarum incidit in Donationem prohibitam per *l. quod sponsa* 4. *C. de donat. ante nupt.* cum idem sit, fieri quid tempore inhabili, & referri ad tempus inhabile, *l. Eum qui sup. de jurisdict.* & subsit ratio prohibitæ donatio-

3 nis• Nec tantum conjuges per se donantes concernit hæc prohibitio donationis; sed etiam spectat ad alias personas, quæ eas contingunt, ratione potestatis, *l.* 4 *C. hoc tit* Quo modo non rectè donat socer genero, vel nurui, nec frater mariti fratris, *l.* 3. §. 2. *& seq. hoc tit* cum & hæc res incidit invitium. • Propter interpositam quoque

4 personam non procedet Donatio, *l.* 1. *generaliter cum seq. C. h. t.* quod nihil referat, per se, an per alium quis agat. Quâ ratione nec consentiet maritus donanti de suo *l. Creditor.* 10. *C. hoc tit.* cùm qui donare non potest, nec possit donanti consentire *l. Cum quis* 135. *inf. De R.I.*

5 • Alii tamen contractus inter conjuges non sunt prohibiti, *l.* 5. §. *circa venditionem*, cum desit ratio prohibitionis. Cavendum tamen, ne donationis causâ fiat diminutio pretii, quia incideret eatenus in prohibitionem, licet pro alia parte contractus teneret; nisi animus fictus totum vitiet. Gomez. *ad L. Tauri* 50. *n.* 66.

6 Confessionem receptæ dotis subjacere huic prohibitioni vult Covarr. 2. *Var. Resol. c.* 7. dummodò facta sit stante matrimonio, quod videatur exacta blanditiis conjugis, animo donandi. Rectiùs tamen dicitur potius facta spe futuræ numerationis; cum in dubio non sit admittenda præsumptio donationis. Ante matrimonium omnino præsumitur emissa, spe futuræ numerationis; in dubio enim eligitur interpretatio pro actus validitate.

7 Donatio mortis causa non videtur prohibita inter conjuges; quia cessat causa prohibitionis; cum talis donatio effectum ante mortem non sortiatur, *l. Si eum* 9. *in fine cum seq. h t.* Peck. *lib.* 1. *De testam conjug. cap.* 7. Nisi tamen fiat irrevocabiliter; quia, cum transeant in donationem inter vivos *l. Ubi ita inf. De mortis caus. donat.* incideret in prohibitionem.

8 Solutio quoque debiti ante tempus non videtur incidere in prohibitionem, *l. Sed vir.* 31. §. *quod vir* 6. *h. t.* nam quod debetur in diem verè est debitum, *l. in diem inf. de condict. indeb.* Quomodo etiam per errorem solutum non condicitur, ut nulla videatur resultare Donatio. Facit, quod donans non fiat pauperior, uti requiri mox dicetur. Aliud est in debito sub conditione, quod nullum est ante conditionis eventum, *l. Sub conditione sup. De conduct. in. tb.* atque ita ejus solutio incidet in hanc prohibitionem.

9 Inter conjuges putativos donationem non valere veriùs est, tum propter cessantem potestatem, quia lex non vult inter conjuges valere donationem. Nec facit, quòd nõ sit matrimonium, quia non debet esse melior conditio delinquentis, *l.* 3. §. 1 *h. t.* Tum etiam propter voluntatem cessantem; quia errat in qualitate uxoris, quæ talis non est, obstante impedimento legis; atque ita erratur in finali donationis causa, *arg. l.* 4. *Cod. de hered. instit.* Itaq; locus est conditioni: si tamẽ dans insci⁹ fuerit impedimentum, *l.* 7. *C. h. t.* facit enim ignorantia eum esse extra delictum. Aliud dicendum, si conscius fuerit, quia videtur donasse, *l. Cujus inf. De R.I.* Nisi & accipiens impedimenti fuerit conscius, tunc enim licet Fisco vindicare donatum *l. Cum hic status* 32. *in fine h t.*

10 Sunt autem varii casus, quibus hæc Donatio subsistit: uti si dirigatur in tempus soluti matrimonii; cum paria sint aliquid fieri tempore licito, & in id referri *l. In tempus* 62. *inf. De her. institutn & facit l. Sed interim.* 1. § 2 *h. t* Quâ ratione dictum & donationem mortis causa inter conjuges tenere; cùm in id tempus excurrat donationis eventus, quo vir, & uxor esse desinunt, *l.* 10. *hoc tit.* Si fiat gratia honoris, aut dignitatis adipiscendæ, *l. Quod adipiscenda* 40. 41. 42. *hoc tit.* quod ea res sit favorabilis, quatenus tamen dignitati supplendæ est opus. Si fiat in reparationem ædium exustarum, in quantum refectio postulat, *l. Quod si vir* 14. *hoc tit.* Si Rex Reginæ donet, aut contra *leg pen. Cod eod.* Ratio ponitur in Imperiali contractu, qui non eget opitulatione extrinsecâ. Si servis, vel vestimentis aut ædibus alterius alter gratis fuerit usus, *l. Si vir* 18 *h. t.* Vestimenta quotidiana rectè etiam irrevocabiliter maritus uxori donat; cum loco alimentorum contineantur, *l.* 6. *inf. de alim. leg* ad quæ maritus ex officio tenetur uxori, *l. si cum dotem* 22. §. *fin. autem inf Sol matrim.* Quâ ratione & annuè quid rectè donatur, *l. Ex annuo* 15. *cum leg. seq. hoc tit.* • Si donans non fiat pauperior, & alter ditior; quæ duo concurrere debent,

11 aliàs cessaret prohibitio. Quomodo sepulturæ causa conjugi datum tenet, *leg* 1. §. *concessa h. t.* quia licet expendisset de suo, ex hoc tamen, quod non expenderit, non tam censetur factus ditior accipiens, quàm non pauperior. Idem erit,

 si alte-

si alteri ab altero datum, ut apud eum non temaneat, *l. Sive uxor* 34. *C. eod.* Acceptum quoque, & inutiliter expensum facit cessare prohibitionem; cùm non sit quod repetatur, *l. 7. §. si maritus h. t.* Hinc & non incidit in prohibitionem repudiatio hereditatis, aut legati per alterum conjugum, in favorem alterius, *d. l. 5. si maritus*; cùm licet alter fiat ditior, non tamē & alter pauperior, *l. 6. inf. Qua in fraud. cred.* cum legatum aut hæreditas, antequam acceptetur in bonis nostris non sit.

12 Quid si maritus relinquentem sibi roget, ut relinquat uxori? Non incidet ea res in prohibitionem, *l. Sed si vir* 31. *§. quod legaturus h. t.* quia cùm per hoc non censeatur legatum acceptatum, aut marito acquisitum, non potest videri ipse fieri pauperior. Nihil faciente *leg. 3. in fine & l. 4. h. t.* quia in istis textibus est quidem actus occultus recipientis id, quod donatum, ex eo, quòd sibi oblatum jubeat dari, aut tradi alteri conjugi. Quod verbum est actus proprii, cùm in *d. § cum legaturus* utatur Jurisconsultus verbo *rogando*, & præterea ibi agat de hæreditate, aut legato relinquendo, quod non debetur ante mortem, in dicta verò *leg. 3. & 4.* agatur de Donatione Simplici, quæ continuò firma. Covarr. *ad 4 Decretal. parte 2. cap. 7. §. 1. n. 11.* Gomez. 2. *Var. cap. 4. num.*

13 24. * Hinc etiam fit, quòd maritus consensu domini rectè donet rem alienam uxori, *leg. Servus communis* 28. *in fine h. t.* cum hoc modo non fiat pauperior. Et est pro ea parte textus in *leg. 5. §. si quis certam sup. De jure dot.* Ubi quod datur patri, vel marito ab uxore, ut in dotem det, non videtur à patre profectum, quia consentiens rem suam donari per alium, magis videatur ipse donare, quàm ille, qui tradit, *l. Ædib. 9. § 2. inf. De donationib.* Nec obstat *d. l. 3. § fin. h. t.* Quia ibi aliquis voluit donare marito, atque ita res videtur profecta à marito. Barbosa *ad l. Qua dotis* 34. *n. 2. & 22. inf. Soluto matrim.*

14 Q. An possit maritus sibi legatum cedere uxori? R. Non posse, cùm cessio sit donatio, non etiam mera repudiatio, quia hoc ipso quo cedit, tacitè videtur agnoscere. Nam qui aliquid vult, censetur id omne velle, quod ad ejus efficaciam est necessarium; Facit, quòd cessio respiciat jus, vel actum cedentis, unde prius illud habeat oportet. Covarr. *d. loco n. 12.*

15 Planè mulier renuntiando medietati lucrorum sibi competenti, non inutiliter donat, eò quòd nihil mulieri acquisitum sit ante communicationem, unde nihil alienare videtur per renuntiationem. Nam licet dimidium uterque conjugum comparet; fit tamen id dependenter ab acceptatione, eo modo, quo legatum continuò transit in dominium legatarii. Potest tamen is non acceptare, & antequam acceptavit, repudiare in gratiam conjugis; cui renuntiationi non subest ratio prohibitæ donationis, cùm nequeat dici pauperior, *l. Omnes* 17. *in princ ff. Qua in fraud. cred.* Gomez. *ad l. Tauri* 60. Peck. *De testam. conjug. lib. 2. cap. 1. n. 3.* Vir minimè renuntiat medietati lucrorum, in favorem uxoris, quia verè donaret cum habeat lucra jam acquisita, eorumque sit dominus.

Ex dictis patet, conjugem conjugi rectè donare rem alienam, ad effectum usucapiendi, *l. Sed et si* 25. *h. t.* cum donans non fiat pauperior, licet ditior fiat acceptans. Si tamen adsit bona fides in donante, qui aliàs ad restitutionem tenetur, atque ita fieret pauperior.

16 Quid dicendum de Donatione Remuneratoria? Non subest ea huic prohibitioni, cùm sit potiùs debiti quædam solutio. Nec facit, quòd merita non pariant actionem; nam ponunt nihilominus debitum aliquod, atque ita cessat ratio prohibitionis, *l. Quod autem* 7. *§. si vir* 2. *h. t.* Menochius 2. *Arbitrar. qq casu* 132. *n. 4.* Ubi necesse merita præcesserint, aliàs incideret eatenus in orationem Antonini: prout etiam si excederet, quod judicandum ex qualitate donatarii. Gomez. *d. loco vers. Quartus est.* Dissentit Fachin. *lib. 3. cap. 80.* cum Pinello *ad l. 1 parte 3. n. 92. illat. 11. Cod. De bon. matern.*

17 Cæterùm Donatio inter conjuges non est omnino inutilis, cùm per eam acquiratur possessio donatario, *l. 1. §. si vir uxori inf. de acquir. possess.* Non obstante contractu inutili, est enim possessio magis facti, quàm juris. Eam sequitur fructuum acquisitio, saltem industrialium, *l. Fructus* 45. *sup. De usur.* & quidem irrevocabiliter, quòd censeantur provenisse facto, & industriâ possessoris. Ut dici nequeat donans inde factus pauperior: quæ sola ratio est, in qua fundatur invaliditas istius donationis, & ideo licita vocatur donatio fructuum, in *l. De fructibus* 17. *h. t.* ex eaque immediatè cedunt fructus possessori, non etiam ex vi possessionis tantùm. Facit textus in *l. Quid ergo* 16. *h. t.* ubi usuras ex pecunia donata lucratur uxor, quòd ejus industriâ sint perceptæ: ut nihil decedat donatori, nec peccetur contra orationem Antonini. In naturalibus aliud juris est, cùm sponte proveniant, nullâ aut exiguâ posse-

sessoris cura ut fiat donans pauperior, donatarius ditior, si fructus tales ei cederent irrevocabiliter.

18 Quantum ad effectum dominii aut conditionem usucapiendi non prodest hujusmodi possessio, tum quia titulo caret, tum quia procedere potest absque bona fide, cùm tantum requiratur, ut alter non fiat pauperior alterius lucro, *d.l.5.§. concessa h.t.* nec, si videat alter conjux Donationem non tenere, minùs bonâ conscientiâ rem possideat ex traditione alterius, exspectans confirmationem post mortem, jure ita permittente. Et hoc modo dicitur in *l. Quod ergo cum seqq.h.t.* lucrum ex re donata apud donatarium manere, & circa illud licitam esse donationem.

19 Confirmari hanc Donationem juramento, ut revocari non possit, dubitandum non est; cùm sit servandum, quatenus potest, *arg.c.6* ⁒ *de jurejur.* Nisi tamen aliud juramentum de non donando præcesserit, quod jure communi licitum est, & servandum. Ut subsequens juramentum confirmatorium donationis illicitum sit, cùm nō sit extra peccatum contravenire priori juramento licito, Glos. in *c.Licet in fine* ⁒ *eod.t.* Vasquius *Success.tom.1.§.14.n.147.* Covarr. *De pactis parte 2, §.2.n.4.*

20 Confirmatur etiam morte donantis, quatenus fuerunt justi conjuges, quia perseverando in eadem voluntate donans videtur post mortem concedere, *c.fin.* ⁒ *h.t.l Cum hic status 32. in princ. & §.1.& 2.h.t.& l Donationes 25. Cod eod.* uti & donatio ista inter patrem & filiumfam. morte confirmatur. Cessat enim tunc ratio prohibitionis, scilicet ne conjuges mutuo amore se spolient, cùm demum post mortem donatio firmitatem suam habeat, soluto jam matrimonio. Et hoc ex vi legis, aut Senatusconsulti, cùm aliàs quæ ab initio nulla sunt, ex post facto non convalescant.

21 * Quæ confirmatio trahitur retro ad tempus, quo donatio confecta, *d.l.25.* non quoad fructus industriales, quos donatarius continuò perceptione suos facit, sed naturales tantū quos licet, uti dictum, suos non faciat, aut saltem non irrevocabiliter, non revocari tamen apud ipsum permanent per confirmationem tacitam.

22 Verùm dubitatur, An donatio inter conjuges morte confirmata retrohatur quòad rei donatæ dominium? Receptum communius non fieri retrotractionem, nisi quòad fructus secundum *Glos.fin. in l.Talis 30. De leg.1.* ex ratione, quod ex constantis matrimonii tempore non potuerit alter conjux esse dominus per expressam alterius voluntatem, ut ita nec possit per tacitam, cui expressa prævalet, Covarr. *p.3. Rub. De test.n.5.* Simpliciter tamen & indistinctè *d.l.25.* dicit retrotrahi donationem ad tempus, quo conscripta, ut & de ipsa re sit intelligenda. Nihil obstat, quod extrema non fuerint habilia; cùm sufficiat jam esse habilia, cessante impedimento. Vide Fachin. *lib.3. cap.73.*

23 Requiritur autem, ut dicta confirmatio procedat, primò, donans prior decesserit, *d.l.Cum hic status 32.§.si divortium h.t.* nam donatarius præmoriens facit eam evanescere; cum tantùm ejus persona, non etiam hæredis sit electa, uti in legatis. Secundò, non revocaverit donans, vel expressè, *d.l.32.§.ait oratio*, vel tacitè uti rem donatam alienando, aut in hypothecam dando, *d.l.32.§.si maritis.* Quod posterius correctum est per *Novel. Sacra forma transmissa.162.§.1.* Ubi in hypothecam datio non facit videri revocatam hanc donationem ad instar legati. *§.si rem suam Instit. de legat.* Facit & divortium subsecutum revocatam donationem propter offensam, nisi bonâ gratiâ sit factum. Idem operantur graves inimicitiæ, *arg.l.3.§. Non solum inf. de adm. leg.* licet eas causaverit donans, quia nihilominus præsumitur mutasse voluntatem, etiam revocationis non facta mentione, *arg.l. pen.§. inf eod.* Facit quoque injuria gravis mutatam mentē videri, uti adulteriū.

24 Cæterùm ad confirmationem donationis per mortem requiri quoque traditionem, habet communior opinio, sive vera sit traditio, sive ficta juxta *l. Papinianus 13.h.t.* ubi ex sola stipulatione promissum non debetur mulieri: & *l.Res uxoris 24. C.eod.* In verbis, *largitione viri in eam ante reatum pervenerant*, quæ verba traditionem significant, & possessionem rerum donatarum apud mulierem. Ad idem facit textus in *l.Sed interim 11.h.t.* Ratio est, quòd, cum talis donatio sit invalida, propter legis prohibitionem, semotâ traditione nihil subesset, in quo consisteret: per eam enim ponitur actus, res, voluntas, quæ morte confirmantur. Covarr. *d.loco n.3.* Verùm huic rei immorandum non est, propter *d.Nov.162.§.1.* Ubi solum silentium mariti confirmat donationem mulieri factam, etiamsi nulla traditio intervenerit, daturque actio mulieri, vel ex stipulatu, si stipulatio intervenerit; vel condictio ex lege: ut videantur priora jura correcta.

25 Quæsitum fuit, An donatio inter conjuges morte etiam civili confirmetur? Ita responsum in donatione mortis caussa, *l.Sed si mors 13.§.11.h.t.* quia morti similis. Idem sancitum in *d.l Res uxoris 24.C.eod*, idque in favorem mulieris ad remo-

vendum Fiscum, Tiraq. *ad l. Si umquam V. libertis* C. *De revoc. donat.* Et hoc quoad Fiscum; nam marito non denegatur revocandi licentia, cum demum morte ejus insecutâ plenissimè confirmetur, *d. §. 1. in fin. & d. l. 24.* cum ejusmodi donatio plus habeat facti, quàm juris. Idem dicendum, si donator servus pœnæ efficiatur, non si servus hominis privati à quo facta donatio evanescit, *d. l. 24. & d. l. 32. §. si donator 6.* Ratio differentiæ est; quia servus pœnæ factus in nullius transit potestatem, qui revocandi jus habeat. Quando autem domino subjicitur, in eum transit omne jus, quod habet servus. Professioni donantis idem tribuendum, confirmari scilicet hoc modo donationem quatenus Religio est bonorum, incapax, quæ aliàs manent apud Monasterium, interim dum vivit ingressus, qui potest animum mutare Covarr. *d. loco n. 4.*

26 Quid si donator sit captus ab hostibus? Tunc quia captivi status pendet, in suspenso erit & donatio, quæ tum demum confirmabitur si in captivitate moriatur donans, qui habetur mortuᵘ ipso momento captivitatis, per legem Corneliam, *l. pen.* C. *h. t.* ut etiam habeatur confirmata donatio.

27 Dicta de confirmatione hujus donationis obtinent, quatenus descendentium, aut ascendentium legitima non læditur, quæ prior est hac donatione, cùm à lege debeatur, quam non infringit hominis voluntas, & modo non excedat quingentos solidos, citra insinuationem. Nam quoad excessum non aliàs donatio confirmatur, quam si sit insinuata, aut specialiter confirmata in ultima voluntate, *d. l. 25. §. fin verò* C. *h. t.* Fachin. *lib. 3. c. 72.* Habent & dicta locum in donatione à patre facta filio fam. quam ab initio non valere facit potestas. Silentio tamen donantis per ejus mortem confirmatur, *d. l. 25.*

28 Postremò quæritur, cui sint restituendæ res, quas mulier præter paraphernalia penes se habet? R. si non pateat, eam aliunde habere, præsumi eas à marito processisse, *l. Quintus 51. h. t.* Quæ præsumptio placuit veteribus, non aliâ ratione, quàm gratiâ evitandi turpis quæstûs. Quâ ratione, mortuâ prius uxore, ad maritum illæ res revertuntur, *l. 6. h. t.* nisi alia caussa adferatur ex parte uxoris, aut aliæ sint circumstantiæ, quæ contra maritum faciant. Quo modo in *l. Publia 26. sup. Depositi*, filio ex primo marito restituuntur res à matre ejus depositæ, non etiam marito secundo; nisi hic contra probaverit, oneratenim eum probatione præsumptio contra eum stans, Alciat. *De præsumpt. reg. præs. 26.* Vide Cotat. 3. *Miscell. cap. 5.* Mynsing. *Centur. 2. Observ. 92.*

ADDITAMENTA.

Ad lib. 24. ff. tit. 1. de donat. inter vir. & uxorem.

Ad n. 10. Utrum vestes, ornamenta, jocalia, argentum, & similia, à sponso sponsæ vel à marito uxori data vel donata, ad ipsam pertineant, maximè si conjuges Illustris familiæ sint, & an restitutio in integrum hoc casu competat? vid. G. Eberhard. 2. *Consil. 2.* Gail. 2. *obs. 91.* Cravett. *consil. 443.* Honded. 2. *consil. 30.* P. Surd. *decis. mant. 166.* Treutl. *vol. 2. disp. 7. th. 9. lit. a.*

Donatio inter conjuges, in festo nativitatis Christi celebrata, was eines dem andern lässet zum heiligen Christ bescheren, valet. vid. Carpzov. *part. 2. const.* 3. *defin. 20.*

Viri cum uxore initum pactum reciprocum de utriusque hæreditate vel donatione, de jure admittitur. Mynf. *Resp. 49. n. 4. & seqq.* Gail. 2. *obs. 40. n. 7.* Etiamsi illa reciproca donatio sit inæqualis. Carpzov. *part. 3. const. 2. defin. 6. per tot.*

Donatio Conjugum an & quando vires recipiat? vid. Crav. *cons. 540. & seqq.* Wehner *cons. Franc. 1.*

Uxor ante maritum decedens, an transmittat ad proximam cognatam ea, quæ sponsus primo nuptiarum die ipsi dono dedit (vulgò die Morgengab) vid. ap. Hartm. Pistor. *lib. 10. quæst. 44.*

TITVLVS II.
De Divortiis & repudiis.

SVMMARIVM.

1. *Divortium & repudium quid?*
2. *Captivitas divortii causa.*
3. *Divertendi licentia restricta per Iustinianum.*
4. *Canones quatenus divortia admittant.*
5. *Iudicium de moribus conjugis.*

Visum

Visum hactenus, quo modo matrimonia contrahantur, & quæ circa illa accidant: sequitur quomodo dissolvantur, & quæ dissolutionem consequantur. * Differt Divortium à Repudio in eo, quòd repudiari possit futurum matrimonium, sponsa autem non rectè dicatur divertisse *l. inter 191. inf. de V. S.* Importat tamen utrumque dissolutionem matrimonii, etiam quòad vinculum, in qua significatione accipiuntur à Jurisconsultis *h. t.* Licita olim fuerunt Divortia, non tantùm consensu mutuo; sed etiam altero invito, & sine caussà, quæ postea fuit requisita, & quidem varia. * Inter alias erat captivitas, *l. 1. h. tit.* quæ ut non permittebat propter status inæqualitatem nuptias iniri, ita nec stare; licet interim alteri temerè non nuberet mulier, *l. 6. h. t.* Quo modo reversus ab hostibus, omnia licet recuperaret non tamen matrimonium sine novo consensu. Mutatum hoc per *Novel. de nuptiis 22. §. sed etiam.* ubi manent nuptiæ, donec vivere creditur capt⁹: si verò ignoretur, quinquennium exspectandum dicitur. * Postea hæc divertendi licentia fuit restricta, & inductum per Justinianum, non nisi castitatis intuitu licere à se invicem mutuo consensu discedere conjuges, *Auth. Quod hodie C. h. t.* altero autem invito non nisi ex certis caussis, *d. Auth. Quod hodie, & l. Consensu 8. C. d. t.*

Verùm hæc res à Canonibus, quos hac in re sequimur, mutationem accepit, qui disponunt consummatum matrimonium nullo modo dissolvi posse quòad vinculum, ne quidem propter adulterium, aut per ingressum Religionis: quòad torum discessionem non denegant, caussâ ita postulante, qua de re *ii h. t.* Absentia diuturna nihil facit, nisi probabilis certitudo supet morte absentis accedat, *c. In præsentia ii De sponsal.* Dixi consummatum; quia matrimonium ratum ante consummationem solvitur etiam, quòad vinculum per ingressum Religionis, qua de re *ii de convers. conjug.* Idem Neoterici concedunt dispensationi Pontificis ex magna caussâ.

Erat etiam olim in usu judicium de moribus conjugis, de quo in Rubr. *Cod. h. t.* quo si pronunciatum fuerit, mulierem moribus suis caussam Divortio dedisse, maritus sextam dotis partem lucrabatur, aut octavam, si mores fuissent leviores, Ulp. *tit. 6. §. moribus:* quod Judicium hodie cessat, *l. fin. in fine. Cod. h. t.* cùm sufficiant caussæ relatæ *in d. l. 8. & l. jubemus in fine Cod. h. tit.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 2. De Divortiis & Repudiis.

De modis, quibus matrimonium dissolvatur, vid. Paul. Christinæ *dec. Belg. vol. 3 dec.* 38. Malescot. *de nupt. c.* 8. Cöpp. *enucl. qu. 2. dec* 3. Schneidvv. *de nupt. part. 3. de divort. n.* 7. Alch. Dicæol. *lib. 1. cap. 79. n. 31. & seqq.*

Ad n. 4. quomodo contra malitiosum desertorem procedatur, ostendit Schneidvv. *prox. cit. loc. n* 44.

TITVLVS III.
Soluto matrimonio quemadmodum dos petatur.

SUMMARIUM.

1. *Actio rei uxoria cui competat, & an in dote profectitia tantùm obtineat?*
2. *Actio ex stipulatu transfusa in actionem rei uxoria.*
3. *Habet locum, licet stipulatio non intervenerit qua intervenisse fingitur.*
4. *Stipulatio ficta an in muto & absente locum habeat?*
5. *Actio hac quibus detur.*
6. *An competat marito intuitu donationis propter nuptias.*
7. *Extraneo non datur, nisi sibi providerit.*
8. *Mulier an petere possit unà & dotem & legatum sibi à marito relictum.*
9. *Soluto matrimonio dos reddenda mulieri.*
10. *Dotem pater sine voluntate filia non exigit.*
11. *Soluto morte filia matrimonio dos ad quem revertatur.*
12. *Liberi ex filiafam. an potiores patre?*
13. *Reddenda dos rerum etiam mobilium.*
14. *Dos integra reddenda.*
15. *Restituendi & fructus & res inastimata in specie, non etiam astimata.*
16. *Fructus ultimi anni pro rata dividendi.*
17. *Intellectus* leg. Fructus 7. §. divortio hoc tit.
18. *Dotis restitutio cessat primò, per pactum delucranda dote.*
19. *Secundò ob privilegium competentia.*
20. *Facere non posse maritus quando dicatur.*
21. *Maritus non liberatur, quia reddere dotem non possit, nisi venditis propriis bonis.*
22. *Socero tribuitur idem privilegium.*
23. *Beneficium hoc non competit haredi mariti.*
24. *Non fidejussori.*

 25. Ges-

25. *Cessat & si mulier dotem repetens sit inops.*
26. *Item si maritus bona sua dissipaverit.*
27. *Si conventus neget se cum uxore matrimonium [inisse.*
28. *Cessat & restituta dote.*
29. *An detur marito convento qualicumq; actione?*
30. *Tertiò, dotis exactio cessat re dotali perditâ.*
31. *Quartò nullâ receptâ dote.*
32. *Quintò, culpâ uxoris, ut adulterio.*
33. *Maritus uxorem in adulterio deprehensam occidendo an lucretur dotem?*
34. *An & statuto permittente occisionem adulteræ?*
35. *Vir ob adulterium amittit donationem propter nu-[ptias.*
36. *Dos stante matrimonio non repetitur.*

1 PRo dote petenda repetendave olim duplex competit actio, altera rei uxoriæ; altera ex stipulatu.* prior erat bonæ fidei, competens ipso jure filiæ, patri, & utriq; simul, si filia esset in potestate, *l. 2. §. 1. h. t.* Quod tamen lex illa limitare videtur, ut non procedat nisi in dote profectitia, ut vult ibi Costal. & videtur velle *l. 5. §. si pater sup. De jure dot.* Cujacius tamen 8. *ad African. ad l. Titia 34. inf. soluto matrim.* & ad Ulpiani fragmenta *t. 6.* secutus Goveanum, *Variar. Lect. c. 44.* statuit idem in adventitia, propter potestatem, quæ per nuptias non dissolvitur. Posset dici prior opinio verior, per *d. §. 1.* Non obstante *d. t. 6.* quia loquitur de actione, quam pater intentat, adjunctâ personâ filiæ, non etiam suo nomine, ex consensu filiæ: illo enim casu principaliter in judicium deducitur jus filiæ; hoc verò suum, quod nullum habet in adventitia. Barbosa *ad d. l. 2. §. 1. nu. 13. & 14.* Emancipata filia exactionem dotis sola habet, etiam profectitiæ; nisi stipulatio dotis, eam sibi reddi, obstet *l. Quoties 29. h. t. & l. unica §. accedit Cod. De rei uxoria act.* Ubi hoc admissum in extraneo, dotem sibi reddi stipulante; quidni & in patre idem admittatur? Facit, quod jure Codicis non inveniatur jus prius correctum.

2 Posterior Actio ex stipulatu erat stricti juris, per quam alia summa non petebatur, quàm quæ nominata. Laxior tamen erat priori quòad personas; cùm competeret etiam extraneo cuivis, qui stipulationem interposuisset, aut ejus hæredibus: quâ omissâ dos apud maritum manebat, defunctis muliere, & patre ej*. Ulp. *d. t. 6. §. mortua.* Quia autem posterior hæc actio erat commodior priori, ideo Justinianus eam retinuit, sublatâ rei uxoriæ actione, comodaque quæ illi inerant, in eam, quæ ex stipulatu, transtulit: quam uxori, patri, ejusque hæredibus concessit, ut marito præferantur, si aliud non convenerit, *d. leg. unica*

3 *§. illo procul dubio.* * Voluitque, etiam si non intervenisset stipulatio, eam haberi tacitè interpositam: non tantùm in casu, quo dubitatur, an intervenerit, verùm etiam in casu, quo certum est, stipulationem inutilem esse, aut nullam. Ut non sit tam præsumpta ex stipulatu Actio, quàm ficta, Bart. in *l. 1. in pr. n. 1. inf. De V. O. Glos. in d. l. unic. §. accedit V. præsumitur.* Quæ duo sunt diversa: præsumptio enim cedit ubi de veritate constat, fictioni autem, etsi aliter se res habeat, est locus, ut patet ex jure postliminii.

4 Quæritur autem, An ficta hæc stipulatio locum habeat in absente, aut muto contrahente matrimonium, uti potest, *l. mutus 73. sup. De jure dot.* Videri posset nō habere, eò quòd extrema oporteat esse habilia; cùm fictio imitetur naturam, *§. minorem Instit. De adopt.* & vulgata regula habeat, id quod fingitur, debere esse possibile; attentâ rerum naturâ. In muto autem non habet locum vera stipulatio. *§. mutus Instit. de inutil. stipulat.* ut ita non videatur habitura locum ficta. Contrarium tamen verius, cùm stipulatio fingatur eo modo intervenisse, quo mutus eam concipere potuit, scil. per servum proprium aut publicum, Bart. *ad l. 1. n. 13. h. t.* Quæ responsio non est generalis, cùm servus domino acquirat, non etiam obliget dominum promittendo. Proinde dicendum, fictionem legis non requirere extrema habilia, ut probat Alciat. *2. Parer. cap. 16.* & Jason in *l. si is qui 15. nu. 105. inf. De usu cap.* sed in æquitate fundari. Æquum autem est, etiam mutum, qui dotem recepit, obligari vel tacitâ stipulatione ad ejus restitutionem. Quâ ratione etiam inter absentes indacetur hæc stipulatio. Fab. *ad §. fuerat num. 18. Instit. de actionib.* Admissâ tamen vulgari regulâ dici posset, hac in specie, si formam inspicias, non esse stipulationem, quæ pro substantia requirit verba: nihil tamen implicare, quò minus lex stipulationis vires hoc in casu dotis restitutioni attribuat.

5 Competit hæc actio uxori uti dictum, cujus nomine propriè inducta, contra maritum, ejusq; hæredem, sive dos in scriptis, sive sine scriptis sit data, promissa, recepta, *d. l. unica §. 1. in fine.* Item uxoris hæredibus, qui dotem ex ficta stipulatione, soluto matrimonio per mortem mulieris à marito petent, *d. l. unica §. illo procul dubio.* Competit & patri, ejusque respectu est bonæ fidei, *d. l. un. §. accedit.* Dici etiam potest, stipulatio ficta locum habere in ejus persona, secundùm *d. §. accedit.* Ubi extraneus excluditur. Vocatur autem extraneus, præter patrem, quivis alius. Gomez. *ad d. §. fuerat num. 22.* Competit prætere-

ex marito, rectèque dicitur, ejus respectu hypothecam inesse, & stipulationem fictam, ad dotem consequendam, per §. *& ut plenius d. l. unica.* Ubi stipulationes utrimque insunt; esseq; etiam bonæ fidei, *d. l. un. §. sed etsi non ignoramus*, ubi actionem ex stipulatu indistinctè bonæ fidei esse vult Imp. ut etiam ex parte mariti sit talis, Jason. in *l. 3. n. 9. h. t.* Fab. *ad d. §. fuerat n. 6.*

6 Verùm de eo dubites, an & competat marito stipulatio tacita, respectu donationis factæ mulieri in securitatem dotis? Resp. Eam tantùm inductam esse in favorem dotis à muliere repetendæ, ut non debeat mihi ad donationem propter nuptias. Volunt tamen in eo etiam extendendam esse, quòd dos, & donatio propter nuptias à pari procedant, *Auth. Æqualitas Cod. De pactis conven.* & quod in una dicitur, etiam in alia debeat censeri dispositum, *c. Translato* ¶ *De constit.* Videtur & facere *l. fin. C Com. utriusque jud.* ubi ratione inæqualitatis dos alias dividenda non censetur. Certa sit dos, an in certa, non videtur referre, ex generalitate *d. l. unica. in pr.* Fab. *ad d. §. fuerat. n. 5.*

7 In extraneo dotem dante id juris est, ut alia illi non supersit stipulatio, quàm suo facto quæsita, in casum soluti matrimonii, de reddenda dote. Neq; enim ut in ejus persona intelligamus hanc fictam stipulationem permittit favor dotis, *d. §. accedit:* ubi extraneus omittens stipulationem reddi sibi dotem, videtur mulieri donasse, si aliud non pateat, veluti si mulieris fuerit debitor; tunc enim videtur dotem constituisse potius animo liberandi se, *l. Uxorem 41. §. pater inf. de legat. 3.* ubi quia pater debitor filiæ ex causa fidei commissi dotem constituens, reddi eam sibi stipulat*, dubitabatur, utrum filiæ supersit petitio fideicommissi, idque propter stipulationem patris; ut eâ remotâ videatur mulier teneri ratam habere promissionem à patre factam, incluso debito fideicommissi.

8 Hinc quæritur, an dos possit simul peti cum legato fortè relicto mulieri per maritum? R. Olim non licuisse per actionem rei uxoriæ utrumque petere, sed alterutrum tantùm; ut patet ex edicto de alterutro, quo mulier, vel legato, vel dote, utrum optasset, contenta esse debebat, eò quod præsumeretur legatum relictū animo compensandi. Verùm hodie actione rei uxoriæ translata in actionem ex stipulatu, rectè utrumque capiet mulier, nisi appareat esse relictum animo compensandi, *d. l. unica §. primum itaque.* Non obstat textus *in leg. Si pater 29. hoc tit. & in l. hujusmodi 84. §. cujus pater inf. de legat. 2.* Nam ibi agitur de patre relinquente legatum suæ filiæ, cùm dotem promiserat; qui cum ex causa necessaria sit debitor dotis (cogitur enim eam dotare per legem) ne gravetur duplici onere, inducitur animus compensandi. Aliud est in marito, quem non necessaria causa debitorem facit; sed voluntaria, & proinde legando non videtur compensare, uti nec alii creditores compensare, videntur *l. Creditorem 85. inf. de leg. 2.* Huc spectat, quod mulier instituta hæres, antequam ineat Falcidiæ rationem, dotem suam deducat, sicuti & alia debita, & gravamina hæreditatis *d. l. un. §. igitur*, quia non confunditur causa dotis cum hæreditate; cum mulier simpliciter domina permanserit, ut eam recipiens, suum non alienum recipere videatur.

9 Soluto itaque matrimonio, quia dos est sine causa apud maritum, cessante onere matrimonii cujus nomine data, reddenda est mulieri, cui ad hoc competit Actio ex stipulatu, uti dictum, ita ut ejus nomine præferatur Fisco, qui fortè ratione delicti bona, in quibus dos erat, occupavit. *l. 2. Cod. h. t.* Debetur enim dos filiæ, eique à patre est conservāda, soluto matrimonio. * Unde & patri-10 monium filiæ dicitur, sine cujus voluntate pater eam nec recipit, nec exigit, nisi in continenti sibi dotem reddi fuerit stipulatus, *d. l. 2. h. t. & Leg. Quoties 29. sup. De jure dot.* Cui non obstat *l. post dotem 4. h. t.* Ubi pater voluntate filiæ stipulatus dotem reddi, vivâ filiâ agens, dicitur exceptione summovendus; quia agit textus ille de patre stipulante in genere de reddenda dote, nulla expressa persona; ut jus filiæ videatur integrum. Quem tex. ita intellectum non esse inutilem, ut voluit Jason probat Barbosa *ibid. n. 2. & 3.* Ex post facto interposita stipulatio non dabit soli patri exactionem; quia jus semel quæsitum filiæ non est auferendum; Nisi consenserit patri ex postfacto stipulanti; potest enim conditionem suam facere deteriorem, *d. l. 9.* Erit & actio filiæ in casu, quo extraneus dotem dederit, nec stipulatus est eam sibi reddi; cùm donasse videatur. Quod si patri agenti filia non consenserit, frustranea & inutilis ejus erit actio: uti & in casu, quo filia est materfam. cui soli est actio, *l. si cum dotem 22. §. eo autem h. tit.* * Sin morte filiæ matrimonium 11 fuerit dissolutum, ad patrem dos profectitia revertebatur, quintis singulos liberos penes virum relictis. Ulp. *titulo 6. §. mortua.* Dos adventitia ab extraneo data; nisi eam sibi reddi stipulatus esset, olim penes maritum remanebat; ut colligitur ex *d. tit. 6. §. adventitia.*

Quæ

pro rata matrimonii, in casu prædicto. Quòd facit, quòd mulier fundum in dotem dans videatur dare cum fructibus; eo modo, quo tempori cedunt fructus extantes in re vendita. Ita Cujac. 14. *Obser. c. 2. lib. 4. Feudor. c. 30. & ad lib. 11. Quæst. Papiniani, ad d. l. 8.* ubi Barbos. *n. 10.*

18 Patiuntur dicta de dotis restitutione in certis casibus exceptionem. Primò, Si pactum fuerit appositum de lucranda dote, de quo supra, *ad tit. De pactis dotal.* Nisi tamen eo lucro se indignum reddiderit, aut si soluto matrimonio dotem non petierit? sed permiserit longo tempore uxorem esse in rei dotalis possessione: videtur enim fecisse pactum de ea non petenda, & consequenter lucrum hoc remisisse, *arg. l. Cum post divortium inpr. sup. De iure dot.*

19 Secundò, Si maritus non sit solvendo, cùm non teneatur in amplius, quàm facere potest, ne egeat, *l. nam & §. cùm autem C. De rei uxor. act.* quia côtra reverentiam conjugalem est virum à muliere arctari, ut ne quidem alimenta salva habeat. Quomodo pactum, aut renuntiatio mariti in contrarium nihil facit, utpote contra bonos mores, lædens reverentiam conjugalem, *l. Alia caussa 14 h. t.* Adeò ut ne quidem juramento addito velint fulciri hujusmodi renuntiationem; quia tale juramentum videatur esse contra bonos mores, & quòd juramentum non debeat esse vinculum iniquitatis. Cui non obstat, quòd solvedo dotem hoc privilegio se exuat; quia tantùm est datum marito jus retentionis, non etiam, jus repetendæ dotis ab uxore. Ut pactum de non repetenda dote soluta non sit contrarium bonis moribus, uti est pactū de non retinenda dote Bart. *ad d. l. Alia n. 67.* Barbosa *ibid § eleganter n. 18 & seq.* Videtur tamen juramentum valere, & servandum esse ut non continens peccatum ex parte jurantis, uti tenet Vasq. *De succes. tomo 1. § 2. n. 18* Gutierez. *De juram. p. 1. c. 16. n. 49.*

20 Dicitur facere non posse maritus, qui salvâ dignitate, & statu suo, post restitutam dotem non haberet, unde se aleret? consideranda enim inopia, respectu qualitatis personarum, citra pompam. Quo modo si status ejus ferat, victū quærere operis manuum, quibus sibi providere sufficienter possit, dotem minimè retinebit; cùm videatur esse inops, atque ita cesset caussa retentionis.

21 Quid si non sit solvendo maritus, nisi venditis propriis bonis, quæ sufficiunt ad alimenta? R. Non liberari à lotis restitutione; cùm talis pauper videri neq; eat, nec debeat ei concedi retentio propriorum bonorum, in detrimentum dotis, *arg. leg. Qui potest 174. inf. De R. I.* Ubi qui potest facere, ut possit conditioni parere, jam posse videtur; uti & hic, qui potest facere ut alimenta habeat, jam habere videtur, nec est inops. Barbosa *d. loco num. 14.* Contra Decius alios citans, in *leg. Divus Pius 28. inf. De Regula Iuris.*

22 Extenditur hoc privilegium etiam ad socerum, quem nurus ad dotis restitutionem non urgebit ultra, quàm facere potest, *l. Rei judicatæ 15. in fine Cod. hoc tit.* quatenus apud ipsum dos est, ut in casu *l. Si cum dotem 22. §. transgrediamur h. t.* Ratio est in reverentia, quam nurus debet socero, qui ei est loco parentis, *l. Quia 16 hoc tit.* Quod procedit non tantùm stāte matrimonio, verùm & eo soluto: cum reverentia etiam soluto matrimonio maneat: tametsi aliud sit in genere, qui stante quidem matrimonio non exigit à socero dotem, si facere nequat, *l. Ex diverso 17. hoc. tit.* eo tamen soluto rectè exigit, *leg. Sicut 21. & 22. inf. De re judic.* quia matrimonio dirempto cessat affinitas, cujus nomine, vel potiùs affectionis ex ea procedentis, datum socero privilegium competentiæ contra generum dotem exigentem. Quæ affectio cessat soluto matrimonio. reverentia verò à nuru debita socero durat, nisi tamen ex caussa justa, & rationabili idem socero tribuendum veniat, per *l. penul. sup. De jure dot.* juxta quam limitanda *d. l. 17. & 21.* Videatur Barbosa *ad l. maritum 1, n 68. & seq h. t.*

23 Limitatur autem hoc competentiæ beneficium. Primò, ut marito tantùm competat, non etiam hæredi ejus, *l Sciendum 25. inf. De re jud.* Personale enim est privilegium, ut cesset reg. quod hæres ac defunctus sint ejusdem juris potestatisque. Filiis tamen hæredibus patris datur, *l. Etiam 8 hoc tit.* procreatis ex eodem matrimonio: nam alias essent planè extranei mulieri. Nepotibus non videtur tribuendum, cùm *d. l. 18.* tantùm faciat mentionem filiorum, & in privilegiis appellatione filiorum non veniant nepotes, *l. Sed milites 10 inf. De excusat. tutorib.* Præcipuè cùm agatur materia præjudicialis uxori.

24 Secundò, ut non competat fidejussori, quem licet à marito, aut socero qui dotem accepit, mulier minùs rectè exigat, (cum si credendam sese suamque dotem marito fidei existimaverit, frustra fidejussor, vel alius intercessor exigatur, ne perfidiæ caussa in connubio generetur, ut loquitur Imp.) sponte tamen à marito datus admittitur *l. 1. C. Ne fidejuss. dot.* quâ aboletur lex vetus, quæ exactionem fidejussoris admittebat. Alios casus videre est apud Baldum Novellum *De dote p.*

dote p.6. privil. 12. *&* 21. Soluto matrimonio rectè exigitur fidejussor, *l. Si constante* 24. *§. quoties h. t.* quia ratio cessat ex parte mulieris. Super dote donanda videtur fidejussor exigi posse, per textum in *l.* 5. *§. si pater cum seq. sup. de jure dot.* Vide Fachin. *lib.8. cap.*76 Gomez *ad. l.* 50. *Tauri nu.* 26. Non obstat, quod hâc ratione videatur reddi inutile hoc privilegium marito, contra quem exactus fidejussor haberet regressum, *l. Sed si* 9. *§ non solum sup. Ad S. C. Maced.* Nam potest fidejussor conventus denuntiare marito, ut ipse litem suscipiat, exceptionemque competentiæ opponat. Unde, & fidejussori erit utilitas, qui aliàs temerariâ solutionem sibi imputabit. Non etiam obstat, quòd defensori competat hoc beneficium *d. l.* 14. *in princ. h. tit.* ut & fidejussori denegandum non videatur; quia diversa est ratio; cùm defensor conveniatur eadem actione, quâ tenetur maritus, & proinde quasi in ejus locum surrogatus eodem veniat modo condemnandus. *l. Minor.* 51 *§.* 1. *sup. De procurat.* Fidejussor verò convenitur ex propria obligatione, & proinde diversâ actione à marito, Bart. *in l. Verùm* 63. *n.* 4. *sup. pro socio*, Barbos. *ad d. l.* 14. *n.* 28. *h. t.*

25 III. Cessat privilegium competentiæ si mulier repetens dotem sit inops; quod ambo sint in pari causa inopiæ, ut obtineat regula in *l. Præses* 6. *C. De servit.* de qua Alciat. 1. *Præsumpt. cap.* 52. & quia mulier agit de damno, maritus de lucro. illa in pari caussa potior esse debet, juxta *l. Non debet* 41. *§.* 1 *De R. I.*

26 IV. Non opponit maritus dictum privilegium, si dolo bona sua dissipaverit, ea scilicet mente, ne esset solvendo mulieri, per *d. l.* 18. *§. licet.* Alio nomine facta dissipatio nō removet maritū ab hoc privilegio. Si tamen dissiparit res dotales, licet citra intentionem fraudandæ mulieris, nihilominus damnabitur, *d. §. licet.* quia hoc casu dissipatio directè tendit in præjudicium mulieris.

27 V. Si conventus maritus per uxorem neget se cum ea matrimonium contraxisse, *arg. l. Si hoc ita in fine inf. De re jud.* cùm generaliter sit constitutum, quòd qui negat id, quòd est caussa privilegii concessi, ipsum amittat privilegium, *l.* 4. *§. interdum sup. Quod cum eo qui in al. potest. & c. ex eo De R. I. in* 6. & impugnans rem aliquam videatur renuntiare beneficio, quod ex ea exspectat. Turpe autem redire ad hoc, cui quis semel renuntiavit. Quod procedit, si per dolum, aut latā culpam negaverit maritus matrimonium, non aliàs, *arg. §. vasallus tit.* 26. *Feud.* 2. & negarit specialiter; nam generaliter contenta libello negans, non videtur comprehendisse casum per quem incideret in pœnam, *arg. l.* 3. *§.* 2. *sup. Quod quisque juris, &c.*

28 VI. Cessat dictum privilegium post restitutam dotem *arg. l. Nesennius* 1 *§.* 1 *inf. De re jud.* Ubi donator post traditionem rei non opponit beneficium competentiæ. Facit ratio, quòd hoc beneficium tribuat solum jus retentionis, ut succedat regula in *l. Ex quibus sup. De condict. indeb.* scilicet quòd habens solam retentionem, si solverit, non condicet; cum non possit videri indebitum solvisse, *l. Repetitio* 44. *sup. d. tit.*

29 Q. An hoc privilegium sit marito, non tantùm convento actionis dotis, sed aliâ quacumque? Adfert hos textus in *l. Non tantùm inf. De re judic.* cui contradicit textus in *l. Divortio* 25 *sup. De nego. gest.* Ubi maritus negotiorum gestorum actione conventus plene tenetur, Verum facilis est conciliatio; prior enim textus loquitur de iis, quæ gesta sunt stante matrimonio, posterior verò de gestis eo soluto, ut non debeat his tantus esse favor, atqua illis, ut patet ex *l.* 3. *in princ. inf. Rer. amotar.* Ubi mulier stante matrimonio contrectans res non convenitur actione furti, idque in honorem matrimonii, post verò contrectans etiā furti tenetur. Vid. Barbosa *ad l. Mulier* 13. *n.* 29 *h. t.* Duar. *ibid.*

30 Tertiò, Dotis exactio cessat, si res in dotem data perierit. Quod non simpliciter procedit, sed admittit distinctionem, æstimata res sit, an inæstimata; interitus rei contigerit culpâ vel mora mariti. Æstimata dos marito perit, nullâ culpæ, aut casus habitâ ratione, eò quod res talis omninò sit mariti; cùm æstimatio sit instar emptionis, & transferat periculum in accipientem, ut non tam rem ipsam, quàm pretium maritus debeat. quod non perit, *l. Plerumque* 10. *De jure dot. l. Cum dotem* 10. *C. eod.* nisi aliud sit actum, aut res vitium habuerit de præterito. Solet enim hoc venditori nocere, cujus rei accidit: ut & mulieri nocere debeat, eamque dotem peremptam repetentem removere. Quod idem dicendū de evictione, quæ caussam de præterito habet, ad instar venditionis, *l.* 1. *Cod. De jure dot.* quam ponit æstimatio, uti dictum. Nisi extra pollicitationem res fuerit tradita, ut videntur sonare verba *d. l.* 1. tunc enim si data res bonâ fide evincatur, nulla erit actio marito; cùm dotis traditio hoc casu non tam sit loco venditionis, quàm donationis, in qua non est locus evictioni. Dico, bonâ fide; nam dolus dantis caussabit actionem de dolo contra

ta eum non contra mulierem, *d. l. 1.* contra quam famosa actio non est proponenda. Gomez. 2. *Variar. cap 2 nu 37.* Hinc datis rebus fungibilibus periculum omne est mariti, & salva uxori actio. Quod attinet ad res inæstimatas observanda est regula, debitorem interitu speciei debitæ liberari, nisi ejus mora, aut culpa arguatur, *leg. Si ex legati 23. inf. De V. O.* Mora in solvendo rem debitam facit perpetuari obligationem, *d. l. 23.* & salvam esse mulieri exactionem, *l. Si filia fam. 25. § si post h. tit.* Culpæ nomine, cum hic versetur utilitas utriusque, etiam levis venit. Adhibenda cum ea diligentia, quam diligens paterfam. suis rebus adhibet, *leg. in rebus 17. sup. De jure dot.*

31 Quartò, Cessat dotis repetitio. Si nullam maritus receperit, nec per eum stet, quò minùs receperit, *l. Maritum 5.* Aliàs sibi imputabit, & mulieri nihilominus tenebitur.

32 Quintò, si per culpam uxoris solvatur matrimonium, quæ propter injuriam marito illatam meritò facit illi cedere dotem, ut in casu adulterii: nisi mulier viri lenocinio adulterata fuerit; cùm frustra improbet maritus mores, quos ipse, aut antem corruperit, aut probaverit postea, *l. Cùm mulier 47. h tit.* de dotis commissione ex causa adulterii latè tractatur infrà, *t. Ad L. Iul. de adult.* & in *Decretal. De donat. inter vir. uxor.*

33 Tantùm quæritur hîc lubet, An viduorem lucretur in casu, quo uxorem in adulterio inventam occiderit? R. Non videri: cum propriâ auctoritate jus sibi dicens legale commodum non consequatur. *leg. interdum 5. qui furum; inf. De furt.* & quia per hoc facinus suum, non debeat contra legem lucrari dotem. *l. Si ab hostibus 10. §. fin. h. t.* contra legem autem fecisse maritum occidendo uxorem, patet ex *l. Marito 24 inf Ad L. Iul. De adult.*

34 Qua ratione si statuto loci permitteretur marito occisio adulteræ, posset videri dotem lucrari; cùm occidendo non peccaverit in legem loci. Dicendum tamen & eo casu non lucrari, *arg. d § qui furem.* Ubi furem captum ad Præfectum vigilum deducens non consequitur nisi simplum ex eo, quod in majoris pœnæ periculum furem deduxerit. Quod aliter se habet, si post applicatam dotem publicâ authoritate, aut etiam privatâ eam occiderit; cùm hac in caussa lex tantùm impediat dotis commissionem, non etiam adjudicatâ priver. Gomez *ad L. Tauri 80 n. 62.* Contra Caldas. *ad l. 3. V. sua facilitate nu. 9. & seq. C. De in integ. restit. minor.*

35 Ut autem mulier amittit dotem ob adulterium, ita vicissim vir donationem propter nuptias, ex ratione correlativorum, nec huic suum delictum sit impunitum: quæ & proprietate tenus cedit mulieri; nisi ex illo conjugio superstint liberi, quibus proprietas dotis, aut donationis propter nuptias commissæ servanda, remanente apud innocentem usufructu, *l 8. §. si verò C. De repudiis.*

36 Repetitur itaque dos soluto demum matrimonio. Eo stante non rectè solvitur, nisi justa caussa subsit, ut si maritus incipiat labi facultatibus, *l. Ubi adhuc 29. Cod De jure dot. Nov De nupt. 22. §. dotes,* quia ejus restitutio incideret in donationem inter conjuges prohibitam. Ut soluta repeti possit per maritum ab hæredibus uxoris, cum fructibus, *l. unica C si constante matr. dos fuerit sol.* Quod verum olim, quando dos etiam profectitia mortuo patre cedebat marito superstiti. Jure novo non ita obtinet nisi de dote lucranda convenerit, *l unica §. illo procul dubio Cod. De rei ux. act.* Soluta patri nisi consensu filiæ dos à filia nihilominus repeti poterit, & tenetur eam præstare maritus; nisi àp. tic ad eam pervenerit, aut in ejus rem versa fuerit, *l. 1. & 4. h t.* nam cùm habeatur finis, non est curandum de mediis.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 3. Soluto matrimonio quemadmodum dos petatur.

Bona constante matrimonio acquisita, solius sunt mariti, quia & hæc & ea, quæ uxor emit seu acquisivit, vel vivo marito, vel statim post mortem ejus, de mariti bonis comparata censentur, ut evitetur turpis quæstus suspicio. *L. Quintus 51. ff. de donat. inter virum & uxorem, ubi Bart Salicet & Dd com, l. 6 C eod, ibique* Godofr. Alciat. *reg. 3 præsumpt. 26 n. 1* Boër. *decis. 81.* Hinc uxore primò mortua, omnia hæc bona (Die von rauher Wurgel erworben seynd/) marito cedunt. Coldec 41 n. 14 quod procedit, nullis liberis extantibus. Consuetudine e. hodiè receptum est, ut uxor ultra dotem capiat medietatem omnium, ut vocant, acquestorum, constante matrimonio (Was Mann und Weib in wehrender Ehe von rauher Wurgel erworben und gewonnen/ dasselbe wird zugleich getheilt) Jo. Faber.

Faber. *ad §. si cui Inst. de legat. & ad Auth. indonatione C de secūd nupt* Boër. *decis.* 22 *n.* 17. *& seq.* Quam tamen consuetudinem. *Nicol. de Vbel. tract. ab Intest. part.* 4. *in pr.* vocat duriusculam, exorbitantem, & irrationabilem &c. Ex hactenus dictis illud venit quærendum: Si vito mortuo facta divisio sit, uxorque suam acquestorum vel medietatem, vel aliam de consuetudine vel statuto debitam portionem acceperit, an creditores postea venientes, solius defuncti hæredes, vel uxorem relictam, pro rata conveniendi habeant potestatem? Et si hæredes soli conveniantur in solidum, an efficaciter ratione medietatis vel portionis, quam mulier jam abstulit, excipere queant? Quâ de re vid. P. Fr. Mand. *d. Mand. lib.* 2. *c.* 61. *th.* 5 *pag.* 602.

An socer, mortuâ filiâ (relictis liberis) possit ea repetere, quæ genero dedit, Zu einer Vätterlichen Hülff? Puto distinguendum esse, an socer, sponte ac ultro quid obtulerit, an rogatus vel ex pacto &c. VVeh *in opf. Pract. verb.* Hülff. Carpz. *part.* 2. *const* 12 *def.* 38.

FINIS LIBRI XXIV.

HENRICI ZOESII J. C.

IN LIBRUM XXV.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.
De impensis in res dotales factis.

SUMMARIUM.

1. *Repetitio dotis hodie non datur.*
2. *Ne quidem propter liberos.*
3. *Impensæ aliæ necessariæ, aliæ utiles, aliæ voluptuariæ.*
4. *Ob impensas hodie retentio non est, sed actio:*
5. *An & compensatio per Imp. sublata?*

1\. SOluto matrimonio dos restituenda, uti dictū, eoque nomine olim fuit usitata retentio, idq; ex variis caussis, Ulpiā *tit.* 6. quā hodie cessare voluit Justinianus, *l. unica § taceat. Cod De rei uxoris act.* tanquam uxori durā; quippe quæ ea à dotis repetitione repelleret, donec solvisset, cùm sēper & ubique dotis caussa debeat esse præcipua, *l.* 1. *sup. Soluto matrim.* nec ita fit utilis retentio marito, cui est salva alia actio. 2. Hinc ne quidē propter liberos est locus retentioni. *d. §. taceat*, quòd naturalis stimulus incitet parentes ad eos alēdos. Quod procedit, sive mulier in matrimonio sit mortua; quo casu olim dos ad patrem revertebatur, solatii loco, *l* 6 *in pr sup. De jure dot.* relictis quintis apud maritū pro liberis, uti patet *d §. taceat*, ia verbis, *cū ipse naturalis stimu'us:* sive solveretur culpâ mulieris, *d §. taceat versic ne variū genus culpæ mariti cōtra uxores excogitent*, cùm si culpâ mulieris solvatur matrimonium, aliud sit marito remedium. Barbosa in *l. Post dotem* 4 , *n* 4. *sup. Soluto matr.*

3\. Non est etiam locus retentioni ob impensas in rem dotalem factas Impensæ sunt triplicis generis, necessariæ, utiles, & voluptuariæ, *l Impensæ* 79 *inf De V.S.* Necessariæ sunt quæ in se habent impēdendi necessitatem, *l.* 1. *§.* 1 *h.t* quibus nō factis, res seu dos imminuitur, deteriorque futura est, *l. Impensæ* 14 *in pr. h. t.* Utiles Impensæ sunt, quæ licet necessitatem impendendi non habuerint, utiliter tamen factæ sunt, remque uxoris, hoc est, dotem meliorem fecerunt, *l.*, *in fine h.t.* Voluptuariæ sunt, quæ speciem dumtaxat exornant, ad voluptatem tantùm factæ, *l.* 7, *h.t.* 4. Utiles impensæ in rem

in rem dotalem factæ jure actionis per maritum repeti possunt, *l.7. in fine. h. t.* ... vel mandati, si adsit mulieris voluntas, vel negotiorum gestorum, si ignoret. Voluptuariæ uxoris voluntate factæ abradi possunt, quatenus patitur operis facies, *d. §. taceat in fin.* Actio autem hoc casu non est marito, ne faciès dotis reddatur deterior, quod non licet mulieri. Necessariæ impensæ non minus hodie quàm olim ipso jure dotem minuunt, *l.5. h. t. d. §. taceat.* quod verum est, si dos cõsistat in pecunia, cum hæc diminutio in effectu sit compensatio dotis cum expensis: non est autem nisi pecuniæ ad pecuniam compensatio, ut dictum supra, *ad tit. de compensat.* Idem dicendum de dote in specie tradita, sed æstimata; cum pretii debitor eo casu sit maritus. Dixi, si consistat in pecunia; quia corpus in dotem datum diminutionem non patitur. *d. l.5. in princ.* cùm species ad quantitatem non sit compensatio: quo modo non erit eo casu actio marito quoad Impensarum repetitionem. Ut quod ait Ulp. diminutionem fieri, *d. l. 5.* accipiendum sit quoad valorem & æstimationem, ex quo per consequentiam videtur jus universale diminutum. Cujac. 23. *Obser. c. 13.*

5. Recte hic quæritur, An Ulpian. in *d. l. unic.* censeatur sustulisse compensationem? R. Id non videri, cùm *d. §. taceat* tantùm loquatur de retentione; aliud autem sit retinere, aliud compensare: quia hoc idem est quod solvere, cùm obligationem actionemque absorbeat in fungibilibus, in quibus frustra peteretur id, quod est restituendum. Retinere verò ultro citroque facit manere actionem; cùm retinens non tam agat, ut se liberet, quàm ut specificè debitum recipiat, interim rem debitoris pignoris loco retinendo, *l. Si in area in fine sup. De cond indeb. l. Instanius 13. §. offerri sup. De act. empti.* Barbosa ad *l. 8. ob donationes n. 3. sup. Soluto matrim.*

TITVLVS II.

De actione rerum amotarum.

SUMMARIUM.

1. *Amotæ res quæ dicantur.*
2. *Amotarum rerum actio quasi pœnalis.*
3. *Amotarum rerum nomine post divortium furti agi potest.*

AD quæstionem rei uxoriæ spectat actio rerum amotarum, quarum nomine olim erat permissa retentio, non etiam hodie; cùm sufficiat marito rerum amotarum [dicitur, *l. un. § taceat Cod. De rei ux. act.* * Res amotæ dicuntur, quæ ablatæ, consumptæ per conjugem. Usus isto vocabulo Prætor est in honorem matrimonii, qui non finit actionem furti famosam intentari, *l. 1. hoc. tit.* Competit hæc Actio tantùm soluto matrimonio, propter res divortii causâ amotas, *l. 3. hoc tit.* ubi per conjecturas probari potest. * Est quasi pœnalis & famosa, in ipsum tantùm competens, & in hæredē non transiens, nisi quatenus ad eū pervenit ex delicto. Res extans vindicari potest, *d. l. 3.* Stante matrimonio nō hac Actione, sed in factum agitur. *l 2. Cod. hoc. tit.* * Post divortium propter res amotas furti agi posse videtur, & conditione furtivâ, *d. l. 3. in pr. hoc. tit.* Nihil obstat *l. Simulier 21 in pr. h. t.* Quia ponit divortium factum esse, atque ita propter res sublatas causâ mortis, & actionem rerum amotarum saltem utilem dat ista lex. Hodie etsi jure Canonico sit sublatum divortium quoad vinculum, quia tamen fit separatio thori ex caussa, videtur etiam hæc Actio sub esse.

TITVLVS III.

De agnoscendis, & alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis.

SUMMARIUM.

1. *Liberis naturalibus præstanda alimenta, etiam incestuosis. secundùm Canones.*
2. *Apud quem sint alendi liberi.*
3. *Pater incestuosus alendus à liberis.*
4. *Modo alendus sibi non possit providere.*

DE agnoscēdis liberis duplex hoc Tit. ponitur Senatusconsultum, alterum Plancianum, sive Plautianum, ad eos partus pertinens, qui post divortium eduntur: alterum de partu agnoscendo, qui constante matrimonio editus *l 3. § 1. h. t.* Agitur & de alendis Liberis, vel parentibus, quos scilicet liberos qui parētes alere debeant, & cōtra. * Alendos esse Liberos naturalis ratio dictat, sive in potestate fuerint, sive non, sive justi, sive naturales tantùm, *l Si quis 5. § 1 h. t. Nov. Quib. mod. natur. effic. sui 19. §. discretis,* nisi sint ex damnato complexu, quos lex civilis ali vetuit in pœnam patris, *Auth. Ex complexu C. De incest. nupt.* Canones tamen illis ali...enta adsignari jubent, *c. Cum haberet De eo qui duxit in matrim.* ne iis alienum delictum sit pœna. * In arbitrio autem j... d. eis

dicis est, apud quem liberi alantur soluto matrimonio, *l. un C. divortio facto apud quem lib. mor. vel educ deb.* & *d. l. 5. §. utrum 2. h. t.* Potissimum tamen collocandi penes eum, qui divortio caussam non dedit, sive pater, sive mater fuerit. *§. illud quoque Nov. Ut liceat matri & aviæ &c. 117.* Quo modo si caussam dederit pater, ejus expensis apud matrem nutriendi erunt, *d. §. illud quoque*: & è diverso, si caussam mater dederit, alendi apud patrem expensis matris, ut videtur velle ratio correlativorum, quæ dispositum in uno vult videri dispositum & in reliquo. Nisi tamen innocens, apud quem alendi liberi, fuerit infidelis: tunc enim liberos apud parentem fidelem educandos vult favor fidei, *cap. fin.* ⁒ *De convers. conjugat.* quem si contingat esse minus sufficientem, expensæ erunt ab altero suppeditandæ.

Quid si separatio fiat ratione impedimenti, quod lubest? Alenda proles communibus expensis, cùm non sit ratio, quare talis proles debeat esse onerosior patri, quàm matri, *c. 2.* ⁒ *Qui filij sint legit.*

Parentes à Liberis Alendos esse vult ratio pietatis, charitasque sanguinis, *d. l. 5. § 1 h. tit. l. 5. & 2. C. eod.* Qua de re actitus competens judex cognoscet : ut & inter patronos ac libertos, si de his alendis agatur, *d. l. 5. §. Solent 18.* * Et verius est 3 incestuosum quoque patrem à liberis alendum esse, cum naturâ hoc sit honestum, etiam relegatum patrem alere. *l. Mutua 73. § 1. sup. De jure dot.* Nec obstat, quòd liberi incestuosi, inspecto jure civili, non siet alendi à patre, ut ex regula correlativorum idem videatur dicendum de patre. Nam quòd pater non possit alere incestiosum, est in ejus pœnam, cui durum egenti filio non posse subvenire. Quæ pœna non est eadem in filio, qui non deliquit.

Cæterùm dicta ita procedunt, si facultates suppetant, & alendus sit inops, nec possit sibi providere suâ industriâ, *d. l. 5. sed si filius.* Exhæredato 4 justè alimenta rectè denegantur : nam ubi exhæredatio justa, ibi & justa alimentorum est denegatio, *d. l. 5. §. idem judex.*

Sequentium Titulorum ratio, & explicatio peti potest ex Wesenb. & Cujacii Paratitlis.

ADDITAMENTA.

Ad lib. 25. ff. tit. 1. de agnoscendis & alend. liberis.

Ad n. 1. Patrem teneri ad alimenta filio, certissimi juris est: sed quid si filius alimenta sibi assignata à parente dissipârit, vel comessationibus, vel ludo, &c, an denuo alimentare cogendus sit pater? vid. Marsil. *sing. 104.* Mater tenetur filiû alere, intra trienniû quia tunc lactatio pertinet ad matrê: nô solebant enim veteres ante trienniû mâmâ depellere, ut *ex 2 Macc 7. vers. 27.* constat. vid. Cujac. 19. *obs. 40.* P. Fridet. Mind. *de process. l. 2 c. 54. thes. 4.* Si tamen elapso triennio, vel parens sit inops, vel aliunde liberi sustentationem non habeant, alimetandi onus impiissimè detrectat mater, *l. 5. § fin. de agnos. & alend. lib. Auth si pater. C. de divort.* Gail. 2. *obs 88.* Hattem. *tit. 37 obs. 1. 2. 3.* Fœminis enim incumbit onus educandæ prolis in utero & extra uterum, donec per se quodammodo stare possit. Mozz. de Matrim. col. 1. n. 1. Sed hodie in conjugatorum moribus prava consuetudo surrexit, ut mulieres filios, quos gignunt, nutrire contemnant, eosque aliis mulieribus ad nutriendum tradant, quod ex sola caussa incontinentiæ videtur inventum, quia dum se continere nolunt, despiciunt lactare quos gignunt. *distinct. 5. c. 4.* Chrys. *in ps. 50. Homil. 1.* vid. eleganter huc facientia ap Schonb. *lib 1. Politic. c. 6. de marito & uxore. pag.* (mihi) 18. 29 & 30. Quod autem præstatio alimentorum mandatis sine clausula compulsorialibus injungi possit, tradit Mindan. *alleg. loc. in princ & Gail. 1. obser. 5. nu. 4.*

Ad n. 2. An & quando pupillus apud matrem, quæ ad secunda vota transit, educari debeat, vid. Carpzov. *part. 2. const. 11. def. 42. 43. ibiq. alleg.*

Causa alimentorum maximè privilegiata est, ita ut piæ causæ comparetur, Manz *quæst. 8. princ. nu. 26.* & sic Summaria. Marant. *de ordin. Iudic part. 4. distinct 9 nu 52.* ratione tamen præteritum & futurorum, non præteritorum, quia in illis cessat ratio favoris. Vid. Carpzov. *Iuris pr for part. 2. const. 10. def. 30.* & 31.

Ad n. 4. Si quis inops habeat patrem & filium divites, à quo potius petenda sint alimenta? vid. eleg. P. Fridet. Mind. *sæpius hic cit. loc. th. 5.* Carpzov. *prox. dict. loc. def. 19.*

TITU-

TITVLVS VII.

De Concubinis.

SVMMARIVM.

1. *Concubinatus toleratus à lege.*
2. *Iure Canonico omnino prohibitus.*
3. *Naturales & spurij qui dicantur.*
4. *Legitimatio quid & quotuplex.*
5. *Legitimandi modus per oblationem Curiæ.*
6. *Per subsequens matrimonium.*
7. *Legitimatio hæc retrotrahitur ad tempus nativitatis.*
8. *Legitimatur hoc modo & nepos ex filio naturali præmortuo.*
9. *Procedit hæc legitimatio etiam invitis liberis.*
10. *Requiritur, ut legitimè initum sit matrimonium.*
11. *Nec matrimonium medium erit impedimento.*
12. *Vt neque contractum in articulo mortis.*
13. *Requiritur item, ut matrimonium contrahi potuerit inter partes.*
14. *Tempus quod inspiciendum, concepta, an nata prolis.*
15. *Dotalia instrumenta an ad hoc desiderentur.*
16. *Legitimandi modus per rescriptum Principis.*
17. *An hic extra territorium Principis procedat.*
18. *Ad hunc modum requiritur consensus liberorum.*
19. *An & ut pater nullos alios habeat liberos?*
20. *Requiritur & voluntas patris liberos offerentis.*
21. *Citatio proximorum an & quatenus necessaria.*
22. *Caussæ cognitio non necessaria.*
23. *Legitimandi modus per adrogationem, & per nominationem filij.*

1 HActenus de licita maris, & fœminæ conjunctione. Præter legem est concubinatus, et tolleratus ab ea quatenus unica eolebs à cœlibe habetur, citra affectum uxoris: in quo Concubinatus differt à matrimonio, cui tamen in quibusdam est similis, cùm ut plures uxores, ita plures Concubinas habere non licuerit. * Iure 2 Canonico Concubinatus omnis omnino est abrogatus, quia secundùm jus divinum omnis conjunctio extra matrimonium fovet peccatum, & quidem mortale, eòque graviùs, quò longiori tempore durat, *can. audite dist.* 34 *can. Meretrices* XXXII. *quæst.* 4. Frustra objicitur ab iis qui sordes amant, textus in *can. Is qui cum fac. dist.* 34. ubi cui deest uxor, Concubinam habere unicam permittitur, quia ibi nomen concubinæ accipitur de tali, quæ est loco uxoris, & ab ea nonaliàs differt, quàm quòd non sit ducta iisdē solemnibus, quæ alias in legitima, & justa uxore desiderantur, *can Aliter, cā. Nostrates, & Can. Qualis* XXX *qu* 5 quatenus tamen uterque est solutus; & mutata fides intervenit de continuanda conjunctione usque ad tēpus mortis, nec prolis generatio vitatur, *can Solet.* XXXII. *qu.* 2. Ut affectus iste uxorem faciat: atque ita accipiendum esse *d. can Is qui*, vult textus postea subjectus in *d. c. Audite.*

3 Cæterùm ex Concubinis nati legitimi non sūt, nec in potestate; sed naturales tantùm quasi à natura, non etiam lege cogniti, quales strictè accipiuntur nati ex Concubina domi detenta. Nam præter hos sunt & spurii, id est vulgo concepti, ut patrem demonstrare nequeant, vel eum demonstrant, quem habere non licet, *l. Vulgò* 23. *sup.* DE *statu hom.* Tales sunt nati ex damnato complexu quibus ne quidem alimenta leges deferunt, cùm naturalibus ultra alimenta ex testamento tota successio deferri possit, non existentibus liberis justis ex uxore justâ, salvâ tamen parentibus legitimâ, *l.* 2. *C.* DE *natur. liber. & Nov. Quib modis natur. effic. sui* 89. *§ discre. is* 12. ut dicitur infer ùs in materia successionis ab intestato; nisi tamen fuerint effecti justi, & legitimi, qua de re est Tit. in Cod. DE *naturalibus liberis &c.*

4 Legitimatio, sive latiniùs, naturalium restitutio, est legis actio, qua illi, qui tantùm sunt naturales, patri suo legitimi efficiuntur, ejusque potestati subjiciuntur. Fit hoc præcipuè tribus modis, scilicet per Curiæ oblationem, per subsequens matrimonium, & per rescriptum Principis, *d. No. Quibus modis naturales &c.* 89. *& Instit.* DE *nupt. in fine. ubi interpretes.*

5 Quantum ad primum modum, quod in civitate Romana erat Senatus, hoc in municipiis dicebatur Curia, & Curialis, Corpore Curiæ conclusi, in municipiis, coloniisque munera & functiones publicas obeuntes, quasi Curiæ Senatores. Horum cōditio quia dura, & onerosa erat, quà etiam desertā

desertâ ad aliud vitæ genus se conferre non poterant. Alciat. 2 *Paret. c. 26.* hinc contingebat paucos se dare Curiæ; atque ideo, ut plures invitarentur, varia Curiæ concessa fuere privilegia; ut quod Curiæ oblati essent parētibus loco legitimorum, & in patria potestate haberentur, successioq; iis non denegaretur. Filiæ etsi non solerent sic Curiæ offerri, quòd à muneribus publicis vacent, *l. 2. inf. De R. I.* consequebantur tamen & illæ hoc privilegium, si Curialibus nuberent, quòd & per ipsas Curiæ consuleretur, susceptis liberis, qui patris conditionem sequuntur, *l. 3. in fine C. De natural. liberis.* Hic modus legitimandi, mutatâ Reip. formâ, hodie non frequentatur. Vide Gudelin. *De jure noviss. l. 1. c. 16.*

6 Secundus modus est per subsequens matrimonium cum ea, ex qua proles nata, aut concepta. Quod ita placuit, ad delendam prioris conjunctionis maculam. Obtinuit autem hic modus jure civil. in eâ tantùm prole, quæ concepta ex concubina uxore, & legitimâ domi habita, ut patet ex *l. Divi Cod. De naturalib. lib.* Quod Justinianus videtur traxisse ad omnem mulierem, cum qua consuetudo fuit, si ejus matrimonium non sit legibus interdictum. *l. Cum quis 10. Cod. d. tit.* Secundùm Canones proles concepta, non tantùm ex Concubina, verùm etiam ex non concubina, habetur naturalis, & per matrimonium subsequens legitimatur, *c. Tanta* ※ *Qui filii sint legit.* quia Concubinæ usus magis Canonibus damnatus, quàm copulæ vulgaris. Quò facit, quòd *d. c. Tanta.* tantùm se fundet in eo, quòd illa, cum qua fuit conjunctio, potuerit esse uxor. Covarr. *ad 4. Decret p. 2 cap. 8 § 4. n. 4 cum seq.* Peregrin. *De jure fisci lib. 3. t. 18. n. 10.*

7 Retrotrahitur hæc legitimatio ad tempus nativitatis, quasi ab initio legitima fuisset copula. Ut effectus ejus sit, liberos facere justos, & legitimos, subjicere patriæ potestati, participes reddere successionis, habilitare ad omnia munera, sive Ecclesiastica, sive civilia, non secus ac si ab initio justi, & legitimi nati fuissent; ut etiam ad feoda, & primogenia admittantur, ut diximus in *Tract. De Feudis c. 10 & 11.*

8 Loquuntur autem passim textus de filiis. Unde dubitari posset, An per matrimonium avi legitimetur nepos ex filio naturali præmortuo, quasi natus ex filio legitimo? Ita æquitas postulat & matrimonii favor; cùm per hoc deleatur omnis macula præcedens, quod non esset, si nepos legitimus ex naturali filio non fieret avo suus. Facit, quòd ... per hanc legitimationem transeat ad nepotem succedentem in patris jura. Facit & textus in *l. Si filium 5. inf. De grad. & affin.* ubi adoptatus in locum filii defuncti videtur fuisse jus fratris; quòdque rectè adoptio fiat ab eo, qui nullum non habet, quasi ex eo esset, *§. & tam 6. Instit. De adopt.* Quo modo non obstat argumentum de extremis non habilibus, propter defectum medii, quia sufficit habilia sint quoad rem: & caussam, de qua principaliter agitur, uti est matrimonium. Alciat. *Præsumpt. p. 1. num. 10.* Covar. *d. c. 8. §. 2. num. 22.* Gomez. *ad L. 9 Taurin. n. 60. & seq.* Fachin. *3. Contr. cap. 56.*

9 Q. An hic effectus legitimationis procedat etiam invitis? Hoc dicendum; cùm matrimonio legitimandi vis attribuatur, & legitimatio tamquam effectus necessarius sequatur matrimonium, quem impedire nec potest parens, nec potest filius; cùm pacta privatorum non impediant juris communis dispositionem, *l. Nemo potest inf. De leg. 1.* Covarr. *d. loco nu. 16.* Sarmient. *1. Select. Interp. c. 6.*

10 Requiritur autem ad hunc effectum consequendum; Primò legitime initum sit matrimonium, quod hodie fit coram Parocho, & testibus, secundùm Trid. *Sess. 24. cap. 1. De reformat. matrim.* saltem in locis, ubi illud receptum: tunc enim datur matrimonio prædicta legitimandi vis, quod alias contractum non subsistet. * Matrimonium intermedium nihil impedimento erit huic legitimandi modo, cùm textus in *d. c. Tanta.* simpliciter requirat matrimonium, non distinguendo, an aliud intervenerit, nec ne; cùm non minùs hoc casu, quàm isto obtineat ratio inductæ legitimationis. Facit, quòd jura tantùm requirant habilitatem in extremis, quæ hic adest utroque tempore Joan. Andr. *ad c. Sine culpa n. 1 De R. I. in 6.* Gomez. *d. loco nu. 60.* * Ubi etiam nihil obest, matrimonium subsequens contractum sit in mortis articulo; Cùm illud tunc verè, & rectè ineatur; fiat & votum emittitur, *arg. c. Sicut* ※ *De regular.* Covarr. *d. §. 2. n. 10* Vide dicta ※ *Qui filii sint legit.*

11

12

13 Secundò, ut proles sit concepta ex iis, inter quos potuit esse matrimonium, uti passim textus loquuntur: dedit enim lex subsequenti matrimonio vim purgandi maculam per priorem copulam cōtractam, non ita turpem. Unde quæstio est, * An habilitas illa inter partes debeat adfuisse tempore copulæ? Plerique videtur satis esse, adsit tempore natæ prolis, Covarr. *d. §. 2. num. 2.* Probabilius tamen, tempus conceptionis suspiciendum esse, quòd tùm proli accedat qualitas, quæ non purgatur per nativitatem; quia peccatum non minuit

14

esse

damnatum legibus nec copulæ turpitudinem facit minùs, quam matrimonium subsequens non purgat, ut nec purgat dispensatio Pontificia actum incestuosum prævium, cùm non trahatur retro. Neque enim retrotractio fit, nisi ad tale tempus, quo potuit esse matrimonium, hoc autem in casu non potuit fuisse: atque ita tantùm intelligitur secundùm tempus præsens, nihilque operabitur in favorem prolis exceptæ in adu tertio mors mariti ante nativitatem prolis contingens. Facit, quòd leges passim faciant mentionem consuetudinis eum ea; quæ uxor esse potest. Facit & textus in *l. Paulus. sup. de statu hom* ubi conceptus ex filia, sine patris consensu nupta, non ideo legitimus habetur, quòd mortuo avo nascatur. Vid. Sarmient. 1. *Select. Interp. c. 5. nu.* 10 & dicta ad *d tit.* ⁑ *Qui filij sint legit.*

15 Tertiò, desiderant aliqui, instrumenta interveniãt doralia, quòd lex civilis eorum passim mẽtionẽ faciat, ut in *l* 1. C. *de naturali lib* & *d Nov.* 89 *§ reliqui igitur* saltem inspecto jure civili, quasi foret hæc differentia inter jus Canonicum, & civile, quam agnosc r Abbas *in d. t Tanta.* Verius tamen, ne quidem jure civili per omissionem hujusmodi instrumentorum impedire legitimationem, cum beneficium hoc non tam detur instrumentis, aut doti quam nuptiis, quæ etiam sine dote esse possunt, quasque solus consensus facere dicitur. Nec obstat, quòd dotalium instrumentorum sæpius fiat mentio in legibus; hoc enim tantùm ad certiorem nuptiarum probationem, ne ad confirmandum liberorum statum aliquid simuletur à cõjugibus, ut satis patet ex *Nov. Quib. modis natur effic. legit* 74. *§ illud quoque.* Donal. 2. *Comment. c* 21. *in fine.*

16 Tertius legitimandi modus est per scriptum Principis, quo naturales si fortè in uxorem duci nequeat ea, ex qua proles nata, ut quia mortua, aut minùs conveniat dignitati viri, restituuntur natalibus, *d. Nov.* 74 *§ si quis sanè.* Principi hoc licere extra dubium est, non tantùm quoad naturales; verùm etiam quoad adulterinos, & similis generis; eum possit tollere impedimentum juris civilis, supra quod est. Idem concessum Roman. Pontifici, ita tamen ut hujus legitimatio faciat habilem quoad ordines, & beneficia Ecclesiastica circa quæ is summam habet potestatem: illius verò tantùm circa temporalia, uti successiones, & munera civilia. Si tamen & Pont. habeat jurisdictionem temporalem, ejus legitimatio etiam habilitabit quoad temporalia *c. per venerabilem* ⁑ *Qui filij sint legit.* uti & in casu quo quis non habens superiorem eidem se subjicit, aut ubi ita postulat Reip. necessitas. *c. Novit.* ⁑ *De judic,*

17 Quæritur autem, An rectè fiat legitimatio extra legitimantis territorium? R. Hoc videri dicendum quoad subditum? cùm sit juridictionis voluntariæ, quæ & alibi rectè exercetur circa personam subditam: non item circa rem, quæ & sequitur jus loci. Quo modo uno in loco legitimatur, non habetur alibi legitimus, sive quoad successiones, sive quoad honores; cùm extra suum territorium nemo jus dicat, *l. fin. sup. De jurisdict.*

18 Requiritur verò ad effectum hujus legitimationis Primò, consensus liberorum, *d. Nov.* 89 *§. generaliter*, propterea quòd ut iis invitis non solvitur patria potestas, ita nec eidem inviti subjiciantur, ne jure suo priventur. Ubi tamen sufficiet tacitus consensus, qui colligitur ex silentio: quâ ratione dixeris & infantem posse legitimari, quòd ad hoc ejus consensus, uti in emancipatione non requiritur, ita nec in legitimatione requiri videatur, quatenus tamen major factus rem ratam habet Forster, *d. lib.* 6. *cap.* 33. *num.* 2. & *seqq.* Boer *quæst.* 160.

19 Secundò, Videtur desiderari, parens nullos alios habeat liberos, *d Nov* 74. *§ si quis sanè*, ne justis liberis quid bonorum auferatur per legitimatos Non impeditur tamen Princeps, etiam justis liberis existentibus, legitimorum jura attribuere naturalibus, eum & ex caussa jus suum alicui auferri posse per Principem juris sit notissimi, qui hac in parte pro patris est voluntate. Et facit, quòd olim naturales per Curiæ oblationem facti legitimi participârint de bonis patris, unà cũ liberis legitimè procreatis, *d Nov.* 89 *§* & *quoniã variè.*

20 Tertiò, voluntas requiritur patris, eos offerentis Principi, *d. Nov* 89 *§ si verò is*, atque in ultimo elogio hoc ipsum petentis. Quamvis non impediatur Princeps, ad petitionem ipsorum liberorum, eos legitimos pronuntiare. Cujus tamen legitimationis non erit ullus effectus quoad successionem, & alia jura aliis quæsita, ne Principale beneficium aliis obsit; nisi publica caussa aliud suadeat.

21 Quartò, desiderant aliqui citationem proximorum, sive cognatorum. Quâ tamen non videtur opus; eum iis etiam invitis, ac contradicentibus legitimatio procedat: agitur enim de præjudicio patris duntaxat; non etiam cognatorum, quibus necdũ jus in bona est quæsitum, nec quæritur, nisi ex ejus arbitrio, Facit *l Cum adoptio* 7. *sup. De adoptio-*

adoptionib. ubi in adoptione non requiritur consensus proximorum. Bart. *in l. Gallus §. & quid si tantum nu.* 13. *inf. De liberis & post* Jason *ibid. nu.* 110. Covarr. *d c. 8. § 9. num. 7. & seqq.* Sarment 1. *Select. Interp cap. 6. n* 11 Quod non procedet quoad bona feudalia, ad quæ est jus agnatis, non pendens ex voluntate postremi possessoris, qui proinde illud diminuere nequit; sed ex pacto antecessorum. *D.D. ad c. 1. De alienat feudi pa'erni lib.* 2. *Feud.* Non operabitur etiam successionem legitimatio post mortem patris: bona enim jam quæsita agnatis minimè iis auferuntur. Nam legitimatio est quædam restitutio, per quam non solet tolli jus alteri quæsitum. Bart. *d. loco* Covarr. *d. loco nu* 6. Forster. *d cap. 3, nu. 24. & seqq. & cap. 30. nu* 7. Boer. *qu.* 121.

Quintò, Requirunt nonnulli & caussæ cognitionem: quâ tamen omissa legitimatio facta tenet; cum de facto Principis non sit inquirendum. Hæc legitimandi facultas concessa est & Comitibus Palatinis, & aliis quibusdam.

Fuit olim & legitimandi modus per adrogationem inductus per Anastasium, *l Iubemus* 6. *Cod. De natur. lib.* abrogatus per Justinianum, *l. Legem* 7. *§. fin. C. eod & d. Nov.* 94 *§. & nos non latuis*, tamquam patrocinans desideriis libidinum. Fit quoq; mentio nominationis filiorum factæ in instrumento publico, aut privato habente trium testium subscriptionem, aut etiam testamento. *Nov. Ut liceat matri, & aviæ* 117. *§. ad hoc autem*, *& l. Si quis liberos C de natur. lib.* qui modus hodie minimè sufficit. Gudelin *d lib.* 1 *c.* 16.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 7. de Concubinis.

Ad n. 1. UTrum concubinatus, in Christiana Republica, à piis & Christianis principibus & Magistratibus, ferendus sit & tolerandus, nec ne. *vid. Speckhan cent.* 3. *class.* 1. *quæst.* 15. *& Carpzov.* 4 *part.* 4. *Const.* 18. *def.* 5. *n.* 10. *& seq.*

Cur autem pius magistratus, bonâ conscientiâ, in Republica, ferre non possit lupanaria; vid. inter multos, *Balduin. in casib. conscient. lib.* 4 *cap* 17. *pag.* 1192. ubi etiam ad illa, quæ pro lupanaribus, ab illis qui sordes amant, adferuntur, nervosè respondet.

Meretrix, eine Hur, ineptè à *Sebasto*, in der häußlichen Sprachschul, *fol.* 168. ab hora derivatur: Sed rectiùs à *Martinio in lexic. Philolog. verb. Meretrix*, abheuren, id est, mercede conducere. Hinc concludo, Virginem (eine Jungfrau) quæ vi amoris capta, amanti, Virginitatis flores carpendos concedit meretricem (eine Hure) non esse. Prout hoc longiùs deducit *Weh. in obs. Pract. verb.* Frauen und Jungfrauen *Et Harppr ad §. non autem* 1. *Inst. de inoff. testam, n.* 31. *& seqq. allegatus à Besold. in thes. Pract. verb.* Hur/ Hurenhäusern *&c.*

Ad n. 4. An infantes publicè expositi, inventi & educati (Findling) pro justis & legitimis liberis an potius pro injustis, & illegitimis spuriis & nothis, sint habendi & judicandi, ad hunc sc. effectum, ad successiones, honorea dignitates & munera Ecclesiastica ac Civilia, Jure admitti & promoveri possint vel non? *vid. Eberhard Speckhan. cent.* 3. *q.* 14. *class.* 1. *Paleoti de noth & Spur, c.* 63.

Ad n. 7. An legitimati per subsequens matrimonium, in feudis succedant, est quæstio inter feudistas satis controversa: Quia autem Affirmativa, præjudiciis Cameralibus firmata est, contrariam sententiam amplectens, Victoriam, in foro & praxi vix obtinebit. Sententiæ enim Camerales vim legis habent. *Vigil. in M. I. R in proleg. de ration. leg. Except.* 5. *fol.* 10. *Vult. in tract. de feud. lib.* 2. *c.* 3. *n.* 19. *in fin.* Qui tamen, *eod. tract. lib.* 1. *c.* 9. *n.* 94 in hac controversiis, contra Camerales concludit. *vid. Mynsi. Cent.* 5. *obs.* 41. *Gail.* 2. *obs.* 141. *n.* 2. *Et Arum disp. feud.* 6. *th.* 25. ubi pro contra argumenta adducit.

Ad n. 17. An pontifex Romanus, Imperator, Princeps &c. legitimare possit, alterius Regis & Principis subditos, ad effectum, ut succedant in bonis, alterius territorii. *vid. Boer de regal, cap.* 2, *num.* 100. 101. *& seqq. Covarr. p.* 2, *c.* 8. *§.* 8, *numer.* 14. *Fach.* 3. *Contrv.* 58.

FINIS LIBRI XXV.

HENRI-

HENRICI ZOESII J. C.

IN LIBRUM XXVI.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De Tutelis

SUMMARIUM.

1. *Ratio ordinis à contractibus ad quasi Contractus. Tutela definitio expenditur.*
2. *Tutela alia testamentaria, alia legitima, alia dativa.*
3. *Curatores similes tutoribus; potissimùm moribus hodiernis.*

Liberi ex justis matrimoniis orti ut vivi cõsilio & auctoritate regũtur patris, ita & orphani patre destituti, si se propter ætatem regere nequeãt, aliorũ Tutelâ, & auctoritate ut regãtur naturali juri cõveniens est. Oriturque ex hac tutelæ gestione & administratione quidam quasi contractus.

1 Tutela definitur, auctore Servio J. C. definiendi artifice ingeniosissimo, vis, ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui per ætatem se defendere nequit jure civili data ac permissa, *l. 1 h. t. & inst. eod. in princ.* Ubi, *Vis*, non accipienda pro violenta potestate, quasi inviti Tutelæ subsint impuberes, uti voluisse videtur Glos. *Instit eod.* sed pro jure, & auctoritate, ut indicat nomen *Potestas*, interpretationis vice rectè additum. Verba *in capite libero*, plerique referunt ad pupillum qui non nisi liber in Tutelâ esse potest sed rectius quis in tutorem retulerit, in quo residet ista potestas. Pro quo facit quòd Tutela describatur, quatenus activè est in Tutore, cujus officium continet, uti apparet ex verbis, *ad tuendum eum*, quæ volunt ista priora referenda esse ad Tutorẽ, cui inest ejusmodi tuendi potestas. Et facit, quòd immediatè subjiciatur, Tutores dici eos, qui habent ejusmodi potestatem à Tuendo, quasi Tuitores, ac defensores. Deinde si Servius intellexisset illa verba, *in capite libero*, de pupillo, debuisset posuisse, *in capite sui juris*: neque enim omne caput liberum subest Tutelæ; sed sui juris tantùm. Omne autem caput liberum etiam non sui juris, est capax Tutelæ activè, si cætera adsint, ut dicetur infra. Verba *ad tuendum eum*, idest, pupillum, qui est impubes sui juris indicant officium Tutoris, & ponunt distinctione Tutelæ à Cura; illa enim personis datur, hæc rebus. 2 Quæ deinde sequuntur, *jure civili data. ac permissa*, ad definitionem non sunt necessaria: indicant tamen Tutelæ divisionem, quæ alia est data à Lege XII. Tabb. agnatis scilicet, quæ legitima dicitur; alia permissa eadem lege parentibus, ut testamento liberis provideant de Tutore, quæ dicitur Tæstamentaria; sicut & aliæ leges permiserunt magistratui Tutores dare, de quibus infra Tit. V, cujusmodi Tutelam communiter vocant Dativam. Traditur autem hoc Tit. de Tutelis, ac tutoribus in genere, qui, quibus & qualiter tutores dare, dative possint.

3 Tutoribus succedunt & similes in plerisque sunt curatores; qui dantur puberibus, eâ ratione: quia licet puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt, ut negotia sua tueri non possint, *Inst De curator, in princ.* Deinde pleraque alia illis communia sunt, ut & communes Tituli de dationibus, satis dationibus, atque excusationibus tutorũ, vel curatorum, deque auctoritate præstãda utriusque.

Moribus nostris vix discrimen aliquod agnoscimus inter Tutelam, & curam, adeoque qui tutor fuit pupilli, eo pubere facto, id est finitâ Tutelâ fit curator ejusdem.

ADDITAMENTA.

Ad lib. 26. ff. tit. 1. De Tutelis.

Tutela dicitur à tuendo: unde qui talem potestatem habent, dicuntur tutores quasi tuitores, seu defensores: Italis *Difensore del pupillo* Gallis *Tuteur*: Germanis **Ein Pfleger / Vormünd Gerhaber / Pfleg-Vatter / Treuvatter / rc.** Hodie verò moribus perversis eo te dactum est, ut quemadmodum in Latina ac italica, ita & in Germanica ac Gallica lingua tutorum nomen valdè sit exosum ac abusivum. Ferè enim tutores sunt tollitores (Latinis *Tutor*, Italis *Tutore*) quasi à tollendo nominati: eò quod communiter tollant ac furentur bona pupillorum, aut alias malè Tutelam administrent, quod exemplis illustrat Obrecht. *in disp. de patrocinio pupillorum th. 16.* Idemque ante eum notavit Alb Spigelius *in Lexic. verb. Tutela & verb. Tutores*: Ac caveri jubet Anton. Pragg. *tract. de Tutel. q. 1. n. 5.* Ita etiam Maximilianus Imper. eos qui tali essent ingenio capaci, festivè vocare solebat, **Gernhaber** addita pari æ voci **Gerhaber** lit N. Sic & aliis. **Vormünd** / propter abusum per *antiphrasin* vocatur quasi **von dem Mund** / hoc est **den Pupillen das Brod vor dem Mund wegnehmen** Et Gallis. Tuteur, dicitur Tutor in plurali Tuteurs, quasi dicas tout eurs, omne eorum, hoc est, **Es ist alles Der Vormünder**: Est enim hodie mira eorum improbitas, adeò ut justin. Gobler *in explanatione*, **deß H. Römischen Reichs Policey. Ordn.** *c. 3.* commune Germanorum hoc dicterium ea propter notaverit: **Pfleger-Trew / war nimmer new**: Item **Sie haben Geyrammen Art an sich / rc** *ex Olenderpii sententia*, hoc est, omnes æquè probos esse & unis farinæ: **Es werd selten ein guter Vormund gebohren.** Oldendi. Spigel & Gobler. *ad. loc.* Mynf. *ad Rubr inst de satis d. tutor.*

TITULUS II.

De testamentaria tutela.

SVMMARIVM.

1. *Testamento liberis tutorem dat pater;*
2. *Requisita ad hoc.*
3. *Filiis datus censetur datus & post humis.*
4. *Liberorum nomine qui veniat.*
5. *Filiusfam. rectè tutor datur.*
6. *Item servus proprius, qui & libertatem inde consequitur, licet ea ad scripta non sit.*
7. *Eamque directam, non fideicommissoriam.*
8. *Servus alienus purè inutiliter tutor datur.*
9. *Furiosus quatenus rectè tutor detur.*
10. *Tutor testamento datur & ad tēpus & ex tempore.*
11. *Mater & avia quando tutrices esse possint.*
12. *Tutela matri delata an pereat per secundas nuptias.*
13. *Tutor non datur certa rei aut caussa.*

Tutelæ Testamentariæ primus locus datur, 1. permissumque parentibus ex lege XII Tabb. liberis suis impuberibus tutores testamento dare, *leg 1. h. tit.* Idque tum favore ultimæ voluntatis, tum etiam, quia præsumatur pattem optimè liberis de tutore prospecturum.* Ut autem tutoris 2. hæc datio sit justa; requitur Primò, ut fiat testamento eoque perfecto, verbis directis, *l. 1. §. 1. inf. de confirm tut.* aut codicillis testamento confirmatis, *leg 3 hoc tit.* atque ut ex ejusmodi testamento sit adita hæreditas, ab uno saltem ex pluribus, *l. Si neme 9. h. t.* eum non aditâ hæreditate testamentum sit sine viribus. Exhæredatio impuberis nihil facit quò minus teneat Tutela data, *l. 4. h. t.* Cujus datio non consistit in institutione, sed patria potestate, quam non extinguit exhæredatio *l. Iure nostro 26 in fine h t.* Secundò, detur ab eo qui habet in potestate, *l. 1. in princ. h. tit* Caussa enim potestas hanc dationem. Tertio detur ei, qui non sit recasurus in potestatem alterius, *d l. 1. & 2.* Quo modo non dabit avus tutorem nepoti recaluro in potestatem patris; cum sit futurus juris alieni, & per patrem magis ei consulatur; quam

3 quàm per extraneum. * Filiis, filiabusque dato tutore, etiam posthumis datus intelligitur; cùm posthumi veniant nomine liberorum primi gradus, *l. Si quis 5. h. t.* & habeantur pro natis. Filiis datus tutor etiam filiabus datus censebitur; cùm sermo masculinus conscipiat fœmininum, licet 4 non è contrà. * Nepotes quidem liberorũ nomine continentur; cùm nomen istud latiùs pateat, *L. Liberorum 220 inf. De V. S.* uti & posterorũ filiorum autem nomine non veniunt, quia nomen hoc strictius, nisi pro iis faciat mens pronuntiaris, *l. Filij 84. & l. Iusta 201 d. tit leg 6. hoc. tit.* Hoc in casu non est necesse eos cõtineri filiorum nomine, quãdoquidem alio modo iis provideri possit.

5 Datur autem tutor testamento, & pater & filius fam. *Instituit Qui testam. tut. dari. pos in princ.* qui in pluribus causis pro patre fam habetur, *l. Filius* 6 *fam. 9 sup. De his qui sui vel al. juris sunt.* * Non tantùm liber, sed & servus; qui si proprius fuerit, consequitur hodie libertatem, etiamsi ea adscripta non sit, uti olim requirebatur; cùm cõcesso aliquo videantur omnia concessa, quæ necessariò eò spectant, *l. 2 sup De jurisdict.* uti hoc in casu. Necessaria enim est libertas ad Tutelam, quæ ad munus publicum aliquo modo spectat, quo non funguntur servi. Quod procedet primò nisi erraverit testator, liberum esse putans, *Instit. d. loco vers planè*: errantis enim nullus est consensus. Secundò, si purè sit datus: nam conditio, si vel *quando liber erit*, in servo proprio vitiabit dationem, propterea quòd differendo in talem eventum videatur noluisse dare tutorem testator, *§.* 7 *servus autem Inst. d. tit.* * Quod autem dictum. directam tali servo competere libertatem, videtur hoc statuisse Imp. contra jus anterius, quò tantùm competebat fideicommissaria, uti expressum *l Si hæreditas 10. §. fin. h. t. Etsi non adscripta 9 C. De fideicommiss. libert.* Paulus *lib. 4. sent. tit. De fideicommiss. libert.* Unde Cujac *in Notis Instit. d. tit.* Justinianum ait ibidem directam libertatẽ tribuisse, in vitã Jurisprudentiã. Alii verò existimant ipso quidem jure competere directam libertatem, *l. Quaro 32. in fin. inf. h tit.* non etiam effectu, quo flectitur in fideicommissariam, favore pupillorum. Ut licet servi ipso jure sint liberi per adscriptam Tutelam, jus tamen patronatus integrum sit pupillis, quasi ex fideicommissaria libertate, Vid. Caldas *ad leg. 3. V. sine curatore n. 109 C. De integ. restit. minor.* Gutierrez, *De Tutelis p. 1.* 8 *cap. 10. num. 2.* * Servo alieno non rectè adsignatur Tutela testamento, nisi sub conditione, *Cùm liber erit*; quia in eo nihil est juris testatori: unde inutiliter dicitur purè testamento dari tutor, *Instit d. loco.* Quod accipiendum videtur quoad tempus præsens; nam isti dationi subest conditio, *si* vel *quando liber erit, d. l. Si hæreditas in fine hoc tit.* ita postulante pupilli favore, atque hæredi incumbit ejus redemptio, & manumissio. Caldas *d. loco n. 110.* Gutierrez. *d. loco n. 5. & 6.*

9 Furiosum & similes testamento tutores non rectè dari posset videri; cùm mente careant, & in rebus suis alieno indigeant auxilio: sed malè: cùm non inatio ista ex mente testatoris habeat sub intellectam conditionem, *ubi sanæ mentis fuerint facti, aut morbo corporali liberati*, aut *ad justam ætatem pervenerint, §. furiosus Inst. d. tit.* Cui non obstat, quòd Tutela, sit actus legitimus, *l. Actus 77. inf. De R. I.* quæ habet, actum legitimum non 10 admittere diem, vel conditionem: * Nam ea lex intelligenda de tutela legitima, non etiam de Testamentaria, quæ non spectat ad actus legitimos; cùm conditionem admittat, possitque tutor dari ad tempus, & ex tempore, *§. ad certum Inst. d. t.* In quo distinguitur hæc datio ab ea, quæ fit per Magistratum, quæ non potest pendere ex eventus sed certa esse debet; cùm non sit, qui Magistratûs factum suppleat. Quod aliter se habet in Testamentaria, quã pendente per Magistratum providetur pupillo, substituto alio tutore, qui interim pupillum dirigat, *§. 1. Institut. De Attil. tut.* Caldas *ubi sup. nu. 113.* Gutierrez *d. p 1. cap. 11. nu. 5. & seq o. ult per tot.*

11 Mulier olim tutrix non dabatur, *L. 1. Cod. Quando mul. off. tut fungi pos.* quòd civilibus muneribus, inter quæ est Tutela, non fungantur, *l. ult. h. t. & l. Fœmina 2. inf. De R. I.* Hodie tamen mater, & avia tutrices testamento rectè dantur, & non datæ admittuntur etiam ante legitimos; modò renuntient beneficio S. C. Vellejani, & secundis nuptiis. *Auth. Matri, & avia Cod d. tit* etiamsi creditrices, vel debitrices sint liberorum, *Auth. Ad hac C. d. tit.* Contractis secundis nuptiis à Tutela removentur, *Auth. Sacramentum Cod. eod.* quod præsumantur non ita ex re pupillorum Tutelam gesturæ.

12 Dubitatur autem, An testamento matri delata Tutela pereat per secũdas nuptias? Nihil quidem ea de re cautum; videtur tamen & hęc cessare, ex ratione legis, quæ fundatur in præsumptione, non ita ex re liberorum priorum Tutelam hujusmodi successuram. Quę præsumptio etiam habet locũ in Testamẽtaria; nisi expressa mariti v[...] as eam

eam purget, Gutierrez. *d.p.1.c.9.n.16.* Guido Pape *qu.* 519.

13 Certæ rei, aut caussæ tutor dari non potest, *§. certa Instit.d.tit.* quia personæ, non rei Tutor datur *l.12.13. & 14.h t.* Quod aliqui restringunt ad res certas, quasi rei universali rectè tutor detur, inducti per *l. Si tamen 15 h.t. & l. Pupillo 27.inf De tutor.dat.* Ubi rei Africanæ, vel Syriacæ tutor dari dicitur. Verùm ea loca parum faciunt; cùm res universalis sit & res; Tutor autem tantùm personæ detur, non rei. Nec obstant loca in contrarium allegata; quia in iis non datur Tutor primariò rebus; sed tantùm secundariò, caussante nimirum locorum distantiâ alium Tutorem dari, primariò quidem personæ, quam tueatur, in consequentiam autem res ipsas defendat. Et ita dicitur in *d.l 27.* provincialium rerum, quæ sunt pupilli, eidem Tutorem dari à Præside, earum verò quæ sunt Romæ, à prætore.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 2 De Testamentaria Tutela.

Ad n 1 Quod locus primus detur Tutelæ testamentariæ, hoc fallit, in personis Illustribus: Agnatus enim proximior, Vigore Aureæ bullæ, præfertur Tutori, ab Electore S. Rom. Imperii testamento constituto: quam vis nobis præjudicia contraria nota sint. *vid.* Schönb *lib. 2. Politic. cap.* 14. Treutl. *vol.2. disp.8.th.3.lit.a.* Goedd. *ad lib.*120 *de V.S.n fin.* Bocer. *Class 2.disp.14.th.19. lit. b.* Tutela a. Illustrium Die Land und Leuth zuverwalten/ (ut hoc obiter addam) multa singularia habet: (1) Ratò conficitur Inventarium, quod & consuetudine introduci potest. *Crotus Consil.131. facti contingentia num.51.* (2) Werden Regiments oder Vormünds Räth bestellt/ welche alles administriren: Wann auch nachgehendes ein solcher Tutor oder Administrator abtretten thue/ darff selbiger nit Rechnung erstatten/ sondern weist/ den gewesten Fürst/ oder Gräfflichen Pupillen / auff die Ampt-Leuth und selbiger Raytung (3) Hat ein solcher Administrator seine Liefferung/ Fürst- und Gräfflichen Staat/ von deß Pupilli bonis. &c.

Ad n.2. Quod pater exheredato filio Tutorem dare posit sine confirmatione *vid.* eleg. ap. Bacc. *ad Treutl. vol.2. disp 8.th.2.lit.b. Arum. disput.16.th.4.* Schütz. *disp 4 th.2.lit d.*

Ad n.5. Quod in publicis causis, filiusfam. habeatur pro patrefam. eò pertinet, quod recenset Valer. Max. *lib.2.cap.1.* de Fabio Maximo, dicente ad filium Consulem: *Non ignoro* (inquit) *quid Patria venerationi, verùm publica Instituta, privatâ pietate potiora duco.*

Ad n.11. & 12. Mater tutrix, Tutelam amittens, ob secundas nuptias, an mortuo marito secundo, eam reassumere possit? *vid.* Mynf. *cent 3. obs.83.* Treutl. *vol.2. disp.8.th.3. lit. e. Surd. decis mant.* 106. Vigel, *M R.1.lib.3 cap.12.Reg.15.*

Tutor à patre datus, præfertur etiam in rebus maternis. Ludov. Rom. *cons.* 118. P. Peck. *de Testam.conjug.c.17.* Si tamen Pupillo fortè non expediat habere Tutorem, quem pater dedit, tum Judex arbitrari debet, an maternus sit præferendus. *vid quos in hanc rem alleg* Treutl. *prox.cit loc.th.2.in fin.*

Tutor testamentarius non assumens Tutelam, omnia sibi, in eo testamento relicta, perdit; & quæ sit ejus decisionis ratio? *vid* Mynf. *cent.6.obs 87.*

TITVLVS III.

De confirmando tutore, vel curatore.

SUMMARIUM.

1. *Tutor à patre datus filio emancipato confirmandus sine inquisitione.*
2. *Datus à matre cum inquisitione.*
3. *Confirmandus & testamento imperfecto datus.*
4. *Item datus filio naturali.*
5. *Curator testamento datus etiam confirmandus.*
6. *Tutela hujusmodi an testamentaria, an dativa.*

Pater filiis, vel nepotibus, quos habet in potestatu, testemento Tutorem dat rectâ. Itaque non dat rectè filio emancipato *l.1. sup.1.prox.1.* Si tamen Tutorem ei testamento dederit, confirmabitur datio simpliciter, nullâ permissâ inquisitione

quisitione, *l.3. hoc tit. l. 4. sup. tit. prox.* quòd & huic expediat, parentis potiùs judicio Tutorem habere, quàm à lege aut arbitrio Magistratus accipere: censetur enim parens optimè suis liberis consuluisse. * Mater, cum potestate careat, testamento tutorem non rectè dat, & non nisi instituto; datus tamen confirmabitur, præmissâ inquisitione; cùm à patre datus etiam exhæredato Tutor absque inquisitione confirmetur, *l. 4. sup. tit. prox.* Ratio differentiæ est, quod præsumatur pater liberis benè consuluisse, propter affectum, & consilium, quo pollet. Eadem præsumptio non relevat matrem, cujus etsi affectus pateat per institutionem, non tamen consilium.

3 Similiter imperfecto testamento, vel codicillis testamento non confirmatis, vel verbis precatiis datus, licet non rectè censeatur datus; confirmabitur tamen à Prætore, propter paternam voluntatem, licet non solemnem, *l. 1. §. 1. h. t.*

4 Confirmatur etiam Tutor datus filio naturali per patrem, si quid ei reliquerit, *leg. naturali 7. h. tit. l. fin. Cod. eo*; uti & si patronus aut quivis extraneus instituerit impuberem, cui Tutorem dedit, id enim ejus sequendum erit, quippe qui & personam ejus, quem Tutorem esse voluit, novetit & impuberem ita dilexerit, ut hæredem instituerit, *l. 4. h. t.*

5 Curator testamento non datur; cùm lex 12. Tabb. tantùm loquatur de tutore dando impuberi; & ratio dari possit, quòd non debeat permitti patri de rebus puberum, quibus jam est aliquod judicium, disponere. Si tamen datus fuerit, confirmabitur decreto Præsidis in provinciis, aut Prætoris Romæ: si quidem à patre, sine inquisitione *leg. 1. in fine h. tit.* quia lex patris electioni plurimum tribuit, eique confidit; cùm nullus sit affectus, qui vincat paternum, *l. 7. Cod. De curat. furiosi vel prod.* à matre verò ex inquisitione *l. 2. hoc tit.* si minor id admittat. *§ item inviti Inst. De curatorib.*

6 Quæritur autem, An hujusmodi tutela sit dicenda testamentaria, an vero dativa? Videtur aliquibus sapere naturam tutelæ testamentariæ per *l 3. h. tit.* Ubi his casibus confirmato tutori remittitur satisdatio. Et facit, quod ejusmodi tutela præcedat legitimam. Dicenda tamen potiùs dativa; quòd omnem auctoritatem à Prætore habeat, & per illius confirmationem ei accedat forma, quæ dat esse rei, ut ante eam nullum incumbat periculum nominatis, *l. 1. & 2. Cod. hoc tit.* Quòd facere videtur illud Justiniani, Omnia nostra facimus, quibus authoritatē nostram impertimur: Cujac. *Cod. h. t. & 7. Obser. cap. 7.* Contrariam sententiam communem esse fatetur & sequitur Caldas *ad l. 3. V. sine curatore numer. 116. C. De integ. restitut. minor.* Gutierrez. *De c. 2. num 25.*

TITVLVS IV.

De Legitimis tutoribus.

SUMMARIUM.

1. *Tutela legitima quibus deferatur ex L. 12. Tabb.*
2. *Hodie defertur & agnatis & cognatis.*
3. *Testamentario tutore à morte testatoris deficiente, an legitimus admittatur, an verò datus?*
4. *Legitima patronorum tutela.*
5. *Legitima parentum tutela.*
6. *Tutela fiduciaria.*
7. *Pater filij sui ab avo emancipati tutor fiduciarius.*

1 NOn existente tutore ex testamento quòd, vel nullum factum sit, vel quo facto non est designatus tutor, locus fit legitimæ tutelæ, quæ per L. 12. Tabb. defertur agnatis, quales describuntur per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi à patre cognati, *Instit. De legit. agnat. tut. in princ.* Cujus ratio est, quòd eadem lex agnatos tantùm vocet ad successionem, exclusis cognatis, qui per fœminei sexus personas cognatione junguntur, ut, cùm commodum spetent, æquum sit eos etiam subire onus tutelæ, & tueri bona, ne dilapidentur; cùm etiam ferendus non sit, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem respuit, *l. 1. h. tit. & l. Quo tutela 73. inf. De R. I.* Si tamen sit habilis; nam inhabilis, licet ad successionem admittatur, non tamen ad tutelam, *d. l. 1 § 1. cognatis* ut non defertur successio, ita nec deferendum onus tutelæ.

2 * Hodie ut inter cognatos, & agnatos sublata est differentia successionis, admissis utrisque indifferenter pro graduum prærogativa, ita & tutela indistinctè deferenda, prout quisque gradu proximus est, vel si plures ejusdem gradus sint, & ad

& ad tutelā vocetur, ejus administratione maximè idoneo à Judice damnanda, *Auth. Sicut C. h. t.*

3 Rectè hîc quæritur, an testamentario tutore post mortem testatoris deficiente, Tutor sit admittendus Legitimus, an verò dandus à Magistratu? Non alias tutelæ legitimæ locus est, quàm testamentario non dato, ut pote ab intestato, quod ad tutelam attinet, defuncto testatore, *l. Intestato 6 h. t.* Quod & procedit, quando testamentarius est omnino inhabilis, vel deficit ante mortem testatoris. Quod dici quoq; potest, si post mortem testatoris decedat; quia, cùm sit amota omnis spes testamentarii tutoris, fit locus legitimo, uti insinuat textus in *d. l. 6. h. t. & in l. Si quis n. § 2. sup. De testam. tut.* Vult tamen Cujac. tunc dandū esse tutorem per Magistratum, per *d. l. 11. § 1. & 2.* Verùm ea loca loquuntur de tutore remoto per Judicem, ut quia erat suspectus, vel de excusato, non etiam de mortuo. Ratio diversitatis est, quod mors tutoris faciat nullum videri datum testamento, ut proinde procedat lex providens pupillo per agnatos. Excusatio autem, & remotio per judicem idem non efficiunt: quā ratione Judicis est providere pupillo. Pro quo facit ratio in *d. l. 11.* quòd scilicet ideo remotus, vel excusatus abeat, ut alius detur per Judicem; cùm pertineat ad eam institutio, ad quem pertinet destitutio. Bart. *ad l. 11 n. 2.* Quod & observādum in legitimo Tutore, ut in ejus remoti locum substituatur quis à judice, defuncto autem succedat alius legitimus, *l. 3. § quæri h. tit.* Bart. *d. loco*, Caldas *d. l. n 114.*

4 Enumerantur & aliæ species tutelæ legitimæ Inst. *lib. 1.* ut legitima patronorum tutela, & legitima parentum tutela. Patronorum quidem, per interpretationem ex mente legis 12. Tabb. introducta, quia patronus liberti sui impuberis fit legitimus tutor. Mens hæc est, quòd plerumq; ubi successionis est emolumentum, ibi & tutelæ onus esse debeat; patronus autem speret emolumentum successionis in bona sui liberti. *Inst. De legit patron. tut.* Dicitur ibi, plerumque, ratione fœminarum, quæ licet ex manumissione consequantur successionem, non tamen subeunt tutelæ onus, quia id munus masculorum est ultra sexum fœmineæ infirmitatis, *l. Tutela 16 & l. ult. sup. De tutelis, & l. 1. Cod. Quando mul. tut. off. fungi pot.* Ideo autem *Inst. d. loco* tantùm fit mentio libertorum, non etiam libertarum, quòd in bonis earum non sit jus patronis Ulp *in frag. t. fin.* & pa-

5 tet ex *t. Inst. De success. libertor.*

Quòd verò ad parentum tutelam attinet, non est quidem ea species legitimæ tutelæ; cùm nec verbis Legis 12. Tabb. contineatur, nec mente; neque enim sicut patronus liberti, ita filii à se emancipati pater est hæres; cùm nec lex 12. Tabb. eum vocet, nec jure agnationis eam consequi valeat, quod jus, quia per emancipationem tollitur, induci per interpretationem non potuit: dicitur tamen legitima, exemplo tutelæ patronorum, propter similitudinem manumissionis & emancipationis, per quam emancipator consequebatur successionem emancipati, quando eâ lege emancipasset filium, scilicet imaginariè vendidisset, ut emanciparet, quam legem sequebatur jus succedendi. Et hoc olim dicebatur emancipare contractâ fiducia: ut talis parens non tam legitimus quā fiduciarius dicendus sit tutor; quo modo & in *l. 3. in fine h. t.* dicitur legitimi tutoris vicem sustinere. Legitimi tamen appellationem usus obtinuit, præcipuè hodie; cùm emancipatio semper censeatur cōtractā fiducia fieri, *§. fin. Inst. De suc. agnat.*

6 Est & Tit. Inst. *De fiduciaria tutela*, quā fratribus committitur tutela fratris impuberi emancipati: quæ non potest dici talis à contracta fiducia; cum hæc res ad fratres nō pertineat, quorum non est emancipare fratrem quem in potestate non habent. Unde non malè videtur aliquibus ita dicta, quòd sit fiducia, eos fore fratris sui diligentes custodes, ejusque bona cum fide curaturos, propter jus sanguinis.

7 Non solùm autem fratris frater tutelam hanc consequitur, sed & parens filii sui ab avo emancipati, ut patet ex textu *Inst. d. tit.* De quo licet quidam dubitent, nam eum intellectum confirmant exempla ibi à Theophilo tradita, & facit eadem ac major quoq; fiducia, quæ eam fecit concedi fratribus: ratioque hæc allegatur, quòd talis non possit dici tutor legitimus, uti nec fratres, Imperator rationem addit, quòd frater in fratris sui potestatem non recidisset, ideò; nec in tutelam, *Inst. d. tit.* Quæ ratio, sive spectes patrem sive fratres, non est sufficiens: nam talis emancipatus recidisset in patris sui potestatem, si ab avo non fuisset emancipatus, ejusque legitimam habuissent tutelam alii fratres, tamquam agnati proximi. Verùm hac de re multum differere est inutile; cùm & legitimam ejus nanscisceantur tutelam, *leg. 4. Cod. De legit tut.* quemadmodum, & ad legitimam vocantur hæreditatem, ex constitutione Anastasii, *§. 1. Instit. De success. cognat.*

***

ADDI-

ADDITAMENTA.

Ad tit. 4. De Legitimis Tutoribus.

PAter, quamvis propriè tutor non est, tamen vulgo naturalis liberorum tutor dicitur; hic enim absque decreto Judicis ad administrationis exercitium pervenire potest. Carpzov. *vol. disput. de Arbor. Consanguin. cap. 7. num. 16.* Hoc tamen non ratione tutelæ, sed jure patriæ potestatis. Dict. Carpzov. *de Jur. fœm. sing. dec 2 posit 1. nu. 9.*

TITVLVS V.

De tutoribus, & curatoribus datis ab his, qui jus dandi habent: & qui, & in quibus caussis specialiter dari possunt.

SVMMARIVM.

1. *Jus dandi Tutorem olim penes quos fuerit.*
2. *Ex Justiniani Constitut. penes quos sit.*
3. *Tutela dativa quando locum habeat.*
4. *Tutor qualis dandus.*
5. *Maritus in rebus uxoris Curator idoneus non est.*
6. *Non tamen ipso jure.*
7. *Tutores dantur invitis, non etiam curatores.*
8. *Tutorem habenti Tutor dari non potest.*
9. *Exceptio ab hac regula.*

TUtores dare neque imperij est, neque jurisdictionis; sed ei soli competit, cui id nominatim, vel à lege vel à Principe datum, *l. Muto 6 §. tutoris sup. t. 1.* Agitur autem hoc Tit. de tutore dando per magistratum: [1] * qua in re variatum olim fuisse patet ex *t. Inst. De attiliano tut.* Nam ex lege Attilia Prætoris in urbe non habentibus tutorem de eo providebant, cum majori parte Tribunorum plebis: in provinciis Præsides ex lege Junia Titia. Postea Consules, & deinde etiam Prætores dare tutorem cœperunt: denique usu obtinuit, ut Præfectus urbi, & prætor darent in urbe, in provinciis autem Præsides, vel Magistratus jussu præsidum, *Inst d. t.* Illustri genere natis dabatur tutor Romæ, adhibitis Decemviris in consilium, in provinciis à præside decuriorum, *l. 1. C. De tutorib. illust. person.* Quod si unus non sufficiat substantiis gerendis, plures advocandi, *d. l. 1 in princ.*

[2] * Justinianus statuit, ut, si pupilli facultates non excedant quingentos solidos, scilicet valentes 25. denarios, defensores civitatum, unà cum Episcopo, & aliis publicis personis, aut Magistratus, non expectato jussu Præsidis, providerent minoribus de Tutore, ac Curatore: aliàs id muneris incumbere Præsidibus; *§. nos autem Instit. d. tit.* Ubi meminit Imp. Constitutionis, quam aliqui negant haberi in nostro Codice; cùm habeatur in *l. Sancimus 30. C. De Episc. audientia.* Ratio diversitatis est, quòd quando magnæ sunt facultates pupilli, ei sit cautiùs providendum à majori auctoritate, ne facilè ei præjudiciū fiat, & quòd faciliùs tum ferre possit expensas pupillus, etiam Præside faciendas, non etiam quando modicæ sunt facultates.

[3] Est autem locus huic Tutelæ, quando neque testamento est datus Tutor, neque legitimus superest idoneus. Quod tamen non est perpetuum; nam & aliquot casibus, legitimo Tutore existente, Prætor nihilominus Tutorem dat, veluti si dati testamento administratio sit suspensa, propter conditionem, aut diem, vel quia jacet hæreditas, vel Tutor captus ab hostibus, *§. 1 2. 3. 4. Inst d. t.* neque enim aliàs legitimo est locus, quàm si spes testamentarii nulla supersit, *l. Si quis 2. sup. De testam. tut.* Nam cùm sit actus legitimus, non fert conditionem, neque diem, *l. Actus legitimi 77. inf. De R. I.*

[4] Non potest autem Magistratus alium tutorem dare, quàm jurisdictioni suæ subjectum, *l. 5. C. Qui dare Tutor. vel curat. poss.* & idoneum ætate, qualitate, moribus, quod vel maximè investigare Magistratum oportet; neque enim facultates, neque dignitas ita sufficiens est ad fidem, ut bona electio, & benigni mores, *l. Scire 21. §. 5. hoc tit.* Unde idoneus non est, qui ambivit tutelam; est enim suspectus qui operam suam ingerit, *d. l. Scire in fine,* uti nec per patrem tacitè, aut expressè rejectus, *d. l. Scire §. 2.* neque miles, colonus Principis, cæcus, *l. 3. 4. fin Cod. d. tit.* Creditor jure Codicis Tutor rectè datur, non etiam jure Novellarum, qui si datus tacuerit

obligatum sibi minorem, creditum illi remittere videtur, *Auth. Minoris C d. t.* ✱ Maritus in rebus uxoris curator idoneus non est, *l. 2. C. d. t.* ut neque sponsus in rebus sponsæ *l. 1. in fine inf. De excusat. Tutor.* Ratio est, ne remotus propter dolum infamiâ adspergatur. Deinde uxor marito nihil non condonaret, in grave sui detrimentum. Procurator tamen uxoris maritus esse potest, *l. Maritus 21. C. De procurat.* tales enim arbitrio domini citra infamiam quandocumque removentur.

6 Illud quæritur, An ipso jure maritus sit inhabilis ad curam uxoris? Et videtur non esse, per textum in *§. eidem rescripserunt Instit. De excusat. Tutor*, qui ponit excusationem in ejus arbitrio, quamvis non debeat curam uxoris oblatam suscipere, *l. 1. C. Qui dare tutor. l. Verum 4. inf. De curat. furios.*

7 Dantur tutores pupillis etiam ignorantibus & invitis, *l. 6. hoc t.* curatores verò invitis adolescentibus, non dantur, ne videantur idonei ad rerum suarum regimen: præterquam in litem *§. item inviti Inst. De curatoribus* cùm aliàs non habeant legitimam personam standi in judicio, ac proinde minore nisi curatore consentiente litem intendere, aut excipere non licet, *l. 1. C. Qui legit. pers. standi in jud. hab.* Non obstat *l. 1. §. 3. sup. De minoribus.* Ubi minoribus ante ætatem legitimam rei suæ administratio committi non debet, quia locus ille accipendus de plena administratione, quæ excludit beneficium restitutionis. Duar. *ad d. l. 1.* Caldas *ad l. 3. in princ. numer. 456. C. De in integ. restit. minor.*

8 Porrò jure habenti Tutorem alium dari Tutorem jura prohibent, *§. interdum inst. De curat. leg. cum jure 9. C. Qui petant. tut. vel curat. & leg. Si sororis 9. C. Qui dare tut poss.* Est enim Tutoris datio actus legitimus, qui se nel tantùm fit. Facit, quòd Tutela contineat plenum jus in personam pupilli, quod semel alicui concessum eidem auferri vel minui non debet. Facit etiam, quòd unus in potestate plurium esse nequeat, nisi quatenus plures pro uno habentur; *l. Simul 25. hoc tit.* At verò Curatorem habenti, quò minùs alius Curator detur, regula juris non est impedimento, quia Curator rebus datur, etiam certis, ut rectè repetatur *l. Ventri 20 in fine hoc tit.* Ut in *leg. Curatorem 10. C. Qui dare tut poss.* pro *curatorem*, sit legendum, *Tutorem*, ut suadet ibi textus Cujac. 17. *Obser. c. 16.*

9 Sunt autem casus, quibus Tutelæ datio repetitur, quando scilicet Tutor datus pro eo est, ac si datus nō esset, veluti in locū deportati, Reipublicæ caussa absentis, excusati, remoti, furiosi, muti, surdi, Minoris, *l. 214. C. In quibus casibus tut. hab. & leg. penult. sup. De Tutelis.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 5. de Tutoribus & Curatoribus datis ab his, qui jus dandi habent, &c.

Adn. 1 & 2. Hodie ex consuetudine omnes municipals Magistratus & Civitatum Judices dare solent Godofr. *ad d. l. 6. § Tutoris lit. K.* Schot. *in Exam. Jurid. pag. 567.* Schneidw. *in §. nos autem 5. Instit. de Act. Tutor* Sed quæritur quis hodie Tutorem dare teneatur iis, qui Imperio immediatè sunt subjecti? Hanc dationem ad Cameram spectare receptum est. Gail. *obs. 1. n. 47.*

Adn. 4. Illud non impedit, si in suo municipio idoneum Tutorem Magistratus non inveniat, quin ex vicinis municipiis idoneum eligens, nomen ejus præsidi transmittat, Cujac. *in l. 11. de Excus.* Pacius 1. Evant. 70. Treutl. *vol. 2. disp. 8. th. 4. lit f.*

Judæi an Christianorum liberis Tutores dari possint? vid. Godofr. *ad l. 15. §. 6. de Excus.* Treutl. *prox. cit. loc. c. ibique* Bacc.

Adn. 5. Plures rationes, cur maritus non possit esse uxoris idoneus Curator, vid. ap. Schneidw. *ad §. item rescripserunt, Inst. de Excus. Tutor. num. 1 & num. 2.* distinguit inter bona uxoris dotalia, parapharnalia, & receptitia, in qua ultima specie dicta solummodò procedunt.

Adn. 7. De Tutorio & Curatorio, & quomodo Actores constituantur: item de Curatore ad litem, vid. eleg. Gail. 2. *obs.* 107. & 108. Et an Curator ad litem in vitus dari possit? vid. Can. Moll. *libr. 4. Semestr. cap. 23.*

Regi etiam invito Curator dari potest, qui non tantùm sua, sed etiam Reipubl. negotia administret. Arum, *disc. 4. ad A. B. th. 11.* & suadet ratio §. *item major, in fin, de Excus. tut.* cùm Respublica minori comparetur, *juribus vulgatis.*

TITU-

TITVLVS VI.

Qui petant Tutores, vel Curatores, & ubi petantur.

SUMMARIUM.

1 *Petere cogitur mater.*
2 *Cognatis liberum est petere.*
3 *Curatorem puberes sibi ipsi petunt.*

PEtendus verò est tutor, vel curator à Magistratu, cui jus est dandi, quique officium suũ nisi postulatum impertiri non solet, *l. 4. §. hoc autem inf. De damno infecto*, ut sciat, cui, & quando dare debeat, eaque petitio, vel est necessaria, vel voluntaria, pro arbitrio petentium. * Petere quidem coguntur mater, & liberti. Et mater quidem petit non tantùm liberis justis, sed & naturalibus: alias damnum patitur legitimæ hæreditatis, propter neglectum officium pietatis. *l. 2. §. 1. hoc tit. l. 8. C. eod.* Liberti, nisi petierint liberis impuberibus sui patroni, tamque desertores officii puniuntur, *d. §. 1.* * Cognatis & affinibus liberum quidem est petere, *d. l. 2. in princ.* hæreditate tamen impuberis, ad quem ex testamento, aut ab intestato vocantur, indignos se reddunt, si intra annum non petierit, *l. Sciant. 10. C. de legit. hæredibus* Fachin. 8. *Contr. cap. 59.* * Curatores petere puberibus nemo cogitur; eum ipsi sibi petere possint, *d. l. 2. §. hac quidem, l. Matris 6. C. eod.* & inviti eos non recipiant, *§. item inviti Inst. De curat.* Petendus est Tutor coram judice originis, vel domicilii, non fortuito delati; sed per partem electi, vel patrimonii, *leg. unic. C. Vbi petant. tutor. vel curat.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 6. Qui petant Tutores, vel Curatores. &c.

Ad n. 1. HIc obiter sciendum est, Judicem nonnunquam impertiri suum officium, non petitum aut postulatum, in iis præsertim, quæ ad publicum jus & crimina pertinent: & in caussis miserabilium personarũ, & quæ piæ dicuntur, &c. vid. Godofr. *ad l. 4. § hoc autẽ 8 ff de damn. infect.*

TITVLVS VII.

De administratione, & periculo Tutorum, & Curatorum, qui gesserint, vel non, & de agentibus, vel conveniendis uno, vel pluribus.

SUMMARIUM.

1 *Inventarium rerum pupillarium, ante omnia conficiendum.*
2 *Ejus confectio omitti aut remitti an possit?*
3 *Officium Tutoris circa administrationem:*
4 *Solutio Tutori facta non omnino liberat solventum.*
5 *Tutores quatenus donare possint.*
6 *Pecunia pupillaris olim ad usuras dari debuit.*
7 *Culpa subjicit Tutorem periculo.*
8 *Pluribus datis Tutoribus rectè unus gerit,*
9 *Vt & rectè agit ac convenitur.*

TUtorum, & Curatorum munus præcipuum positum est in administratione: cui antequam se immisceant, rerum omnium, & instrumentorum repertorium, quòd vulgò inventarium appellatur, solemniter coram personis publicis fieri curabunt, *l. Tutor. 7. hoc. t. l. Tutores 24. C. eod. & l. ult. § illud proculdubio C. Arbitrium tut.* Creditores pupilli ad hoc non videntur citandi, etsi aliud obtineat in inventario hæreditatis, *Nov. 1 §. fiat agitur.* Ratio diversitatis est; quia illud concernit commodum hæredis ut sit indemnis, nec prematurè creditoribus hæreditatii; hoc autem pupilli, ut sciantur ejus res. * Omissio inventarii tanquam suspectos faceret removeri, *d. l. fin. in fine C. Arbitr. tutela*; nisi testator confectionem remiserit, uti potest confisus de probitate Tutoris, *d l. fin.* Quo non obstante videtur judex posse mãdare ejus confectionem, si ita caussa postulet. Bart. *ad l. Nemo 5. inf. De legat.* Quòd facit *l. 1 §. Vbi pupil. educ.* Clar. *§. Testamentum qu 66.* Valq. *Succeff. tomo 1. §. 10 num. 57.* Guetierrez. *De tutel p. 1. cap. 1. num. 30.* Præstant præterea juramentum simul, & cautionem de defendendate pupilli ex bona fide, *l fin. §. penul. C eod.*

3 His præmissis, administrationi se immisceant. Ad quam primò spectat cura personæ pupillaris, ut probè instituatur, alimenta decernantur, rerum ejus nihil pereat. Debita non tantùm ab aliis; verùm & à se exigent, nisi velint præstare usuras, *l. 7. §. pecuniæ hoc t.* Morosos debitores judicio cogent, litem nomine pupillorum suscipiendo, citra satisdationem *l. Tutores 13. Cod. hoc tit.* nisi dubitetur, an sint Tutores, aut duret Tutela. *leg. Vulgò 23. Cod. hoc tit.* 4 Solutiones nomine minorum excipient: quæ tamen solutiones non facient omnino securos, cum possit contra illas pupillus restitui, re solutâ amissâ, nisi accesserit decretum judicis, *l. Sancimus 25. Cod. hoc tit.* quod excludit restitutionem. Solvent quoque nomine pupilli, etiam sibi *l. Quoties 9. §. non tantùm hoc tit.* quia administratio ipsis est commissa, & cavebunt, ne protrahendo solutionem rem pupilli periculo exponant, veluti in omissione solvendorum tributorum: damnum enim si quod inde contigerit, sibi imputabunt, *l. Si Tutoris 23. Cod. hoc tit.* 5 Donare Tutores minimè possunt, nisi caussa exigat. Sic pro facultatibus patrimonii honoraria præceptoribus adsignant, munera solemnia parentibus cognatisque mittunt, dotem sorori consanguineæ constituunt. *leg. Cùm plures 12. in fine hoc tit.*

6 Pecunias pupillares olim ad usuras dare debebant, *d. leg. 7. §. 3. & seqq. hoc t. d. l. Tutores 24. Cod. eod.* Hodie non coguntur, ne rei alienæ periculum eos teneat; nisi substantia pupilli sit in mobilibus, & dispensatio ejus hoc ipsum desideret, *Auth. Novissimè Cod. eod. desumpta ex Nov. 72. cap. 6.* Jure Canonico, cùm ne quidem ob piam caussam sint permissæ usuræ, *cap. Super eo ※ De usur. Var. resol. cap. 2.* Non ideo tamen servandæ pecuniæ otiosæ; cùm possint in emptiones prædiorum impendi, aut aliud honestum lucrum ex iis percipi, *arg. c. per vestras ※ De donation. inter vir. & uxor.* Binsfeld. ad *c. Super eo q. 4.* Gutierrez. *De Tutelis p. 1. c. 9.*

7 Cautè autem versari oportet in administranda re minorum: nam culpa subjiciet tutorem, & curatorem damnis in rebus minorum datis, *d. l. Si Tutoris 23. C. hoc tit.* etiam ante susceptam administrationem, si temerè eam suscipere distulerit Dico, temerè; justa enim caussa, uti ignorantia delatæ, tutelæ cum excusat, *l. 8. C. d. tit.* Culpæ nomine hic venit etiam levis; quomodo si fructus negligenia quadam non fuerint venundati, damnum ad eos spectabit, *leg. 3. C. de peric. Tutor.* Vis major, & casus pupillo nocebunt, nisi culpa præcesserit.

8 Additur in Rubr. *qui gesserint, vel non.* Nam pupillo pluribus datis tutoribus, vel minori curatoribus, etsi res ejus ab omnibus rectè gerantur, si quid tamen per unum gestum fuerit, ratum haberi debet, *leg. 3 in princ. hoc t.* Sic rata est defensio caussæ, quam aliis cessantibus unus exequitur, *leg. 1. C. Si unus ex plurib.* Cujus factum etiam alias tenet, nisi Tutela fuerit divisa, facit enim divisio quemlibet tueri suam provinciam, *leg. 2. Cod. d. tit.* Non impediat tamen, quò minus debitor tutoris unius provinciæ audiatur, objiciens compensationem super eo, quod sibi debetur à tutore alterius provinciæ *leg. Inter 36. hoc tit.* nam divisio Tutelæ non facit, quo minùs unius sit patrimonium, *leg. Titium 4. §. fin hoc tit.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 7. de administratione & periculo Tutorum, &c.

Ad n. 1 & 2. Antequam tutor ad administrationē admittatur quatuor requiruntur præliminaria 1. Juramētum, quo sāctè promittat, se absque dilatione, pupilli defensionem suscepturū, & omnia facturum, quæ sunt utilia & in rem pupilli, *l. fin. §. pen. C. de administrat. tut. Nov 72. c. fin Bart. in l. 5 de legit. tutor. Wes parat. de tutel n. 5. in fin & h. t. nu. 4. Schard. tract. feud. p. 10 c. 20 n 264.* 2 Satisdationem pupilli salvam fore, ad quam, hodie omnes omnino tutores tenentur, *Ferrar. in form libell ad redd. ration. tutor. vers in suo nu. 23. Manzin. 3 q 3. n. 8* quæ praxis approbatur *per gloss in l C. de tutor. & curat qui non satisd* & confirmatur per constitutionem Imperii *de anno 1548. tit.* von Pupillen vnd Vormund: Das ein jedlicher Vormund / rechtmessige Caution. vnd Versicherung thun &c. *& de anno 1577. 3. Decretum Iudicis.* Quod nihil aliud est, quàm datio licentiæ apprehendendi possessionem administrationis, *Ferr. in pract. pap in form. lib. ad redd. rat. tut. vers in suo nu. 19. & Bacc. in not. ad Wes. de tutor.*

tutor. n. 3. idem pr. Inst. de Satis. tut. num. 1. 4. Confectio inventarij. Quæ est necessaria tam ratione pupilli, quàm ipsius Tutoris: Illius, ut habeat, quo possit convenire Tutorem, ad reddendas rationes; hujus, quia illud non conficiens, variè punitur, & censetur aliquid subtraxisse, Peck. de Testam. conjug. lib. 1. cap. 34. numer. 4.

Ad n. 4. Pupillis an sine tutoris authoritate solvere possit? Item, quomodo pupillo rectè solvatur vid. Mynf. & Schneidvv. ad §. 2. Inst. quib. al. en. licet vel non & Dd. comm. ad l. 25. c. de administr. Tutor. Hæn. d. ſp. ad. n. 7. ob. 6. lit. e Casus autem quibus sibi ipse Tutor solvere possit, vide in l. 9. §. 3. & 7. de admin. tutor l. 2. §. de contrah. Empt. ad de Bart. & vulgò Dd. l. 15. de reb. credit.

Tutores Regum & Illustrium personarum donare possunt, convenit enim hoc eorum dignitati, Gail. 2. obs. 72. numer. 9.

TITVLVS VIII.

De auctoritate, & consensu tutorum, & curatorum.

SVMMARIVM.

1 Auctoritas hîc nihil est aliud, quàm approbatio ejus, quod agitur cum pupillo, uti patet ex l. 3. h. t. Ubi dicitur, actorem fieri nihil esse aliud, quam probare id, quod agitur Licet vero ea debet in omnibus pupilli actibus, non tantùm judicialibus, in quibus pupillo non est legitima persona, l. 1. C. Qui legit. person standi in jud. hab. sed & extrajudicialibus, reg. 3. C. hoc t. ut si agatur de obligando pupillo, vel alienando res ejus quarum permissa alienatio; sive taceat, sive loquatur pupillus: nam & tacenti accommodatur auctoritas, leg. Impuberes 1. h. t. & l. 6. in princ. sup. De tut.

2 Quod ita procedit, quando pupillo immiuet præjudicium, ut quando de eo obligando agitur, aut de re ejus alienanda. Nam quoad actus lucrosos, ex quibus pupillo nullum est detrimentum, veluti in acceptando donatum, in stipulando, & similibus non est opus tutoris auctoritate, Instit. eod. in pr. ne quod inventum in compendium, & utilitatem pupilli operetur ej. in d. ſpedum.* Hinc

3 eò extensus pupilli favor, ut, inito ab eo contractu utrimque obligatorio alterum, quidem sibi obliget, ipse autem vicissim non obligetur, Inst. d. loco claudicante hoc in casu contractu. Quod sibi imputet, qui cum pupillo contrahit, sciens, aut scire debens eum non obligari sine tutore l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo, sup. De actionib. empti. * Aditio tamen hæreditatis à pupillo facta

4 non tenet, nec obligat pupillum, si Tutor non fuerit auctor, l. Obligari 9 l. 3. h. t. & §. æquè tamen Inst. d. tit. Ratio est, quod, licet primâ facie videatur lucrosa hæreditas, nec ullum habere damnũ, non rarò tamen contineat æs alienum latens cui persolvẽdo obligaretur pupillus. Nec facit, quod restitui possit, cùm præstet servari rem pupillo integram, quàm post caussam vulneratam remedium quærere, l. fin. C. in quibus cauſſ. in integ. restit non nec. est neceſſ. Similiter & in agnoscenda, repudiandave bonorum possessione voluntatem tutoris, curatorisque spectari debere placuit, l. Si ad pupillum t. hoc tit & d. §. æquè.

5 Non est autem satis, tutorem auctorẽ fieri nisi, & in ipso negotio, sive eo ipso tẽpore, quo negotiũ cum pupillo geritur, atque in præsenti, re sufficienter inspecta, auctoritas interponatur, d. l. Obligari 9 §. 5. hoc t. & §. tutor autem Instit. eod. ubi ipsum negotium interpretamur non tantùm quando geritur, sed & statim ut perfectum est, l. Si quis 25 inf. De acquir. hæredit. cùm quod fit statim perfecto negotio, censeatur in præsenti fieri l. 1. in fine inf. De fetut. Cujac. 1 Obser. cap. 31.

6 Quid si tutor auctor fieri nolit? Non videtur cogi posse per l. in fin. hoc tit. & l. Si tutor 17 eod. ubi rectè Paulus, Si tutor, inquit, pupillo nolit auctor fieri, non debet eum Prætor cogere. Primum, quia iniquum sit, etiamsi non expediat pupillo, eum auctoritatem præstare Deinde si expediat. Tutela judicio hanc jacturam consequitur pupillus.

7 Cæterùm auctoritas unius ex pluribus facit valere actum, l. fin. C. hoc tit. nisi tutelæ sint divisæ, singuli enim sua parti provident; vel nisi agatur de dis-

de dissolutione Tutelæ, veluti si agatur de pupillo in adrogationem dando, cùm quod omnes tangit ab omnibus debeat approbari, *cap. quod omnes De R. I. in 6.*

8 In rem suam sive unus, sive plures pupillo auctores neutiquam fieri possunt, *l. 1. in pr. & l. 7. hoc tit. § ult. Instit. eod.* cùm turpe sit, eum, quem debes curare ne obligetur, tibi obligare ? Quod vetum est, quando hoc primariò agitur; nam ut per consequentiam obligetur, rectè fit auctor pupillo Tutor, veluti si agatur de adeunda hæreditate oblata Tutori, *d. l. 1. h. t.* 9 Hinc à pupillo non emit Tutor nequidem per interpositam personam, quia putatur subesse fraus, esseque idem, & emptor & venditor, *l. 5 § 2 hoc tit.* Attamen palam, & bonâ fide ejus rem emere potest, *d. l. 5. §. sanè* cum cesset fraudis suspicio. Vide Caldas *ad l. 3. V. contractum fecisti, n. 25 & seq. C. De in integ. rest. minor* Cotal. 6. *Miscel. c. 14, & 15.* Gutierrez *De Tutelis p. 2. cap 15.* Fachin. 11. *Contr. c. 46.*

ADDITAMENTA.

Addit. 8. De Authoritate & Consensu Tutorum & Curatorum.

Tutores & Curatores, an & quatenus in causis pupillorum vel minorum jurare teneantur; an verò actus jurandi suspendi debeat, donec minores ad majorennitatem perveniant? vid. Berlich. *in decis. Aur. part. 2. decis. 164.*

TITVLVS IX.

Quando ex facto Tutoris, vel Curatoris minores agere, vel conveniri possunt.

SVMMARIVM.

1 *Minoribus ex contractu Tutoris vel Curatoris quæritur actio.*
2 *Tenenturque ex eodem contractu.*

1 Actiones quæruntur minoribus ex contractu tutorum, vel curatorum, nomine minorum inito, utiles tantùm, *l. 4. C. h. t.* licet procurator domino eas non quærat. In caussa est favor ætatis, qui & hoc singulare induxit, quod Tutor, & Curator suo nomine dando pecuniam pupillarem mutuò, nihilominus utilem actionem minori quærat, *l. 2. C. hoc tit.* Imò videtur etiam quæri hypotheca minori in prædicto casu, per *l. 2. C. Per quas personas, &c.*

2 E contra minor ex contractu tutoris, vel curatoris tenetur, in eumque actio exercetur, non autem contra tutorem, aut curatorem, quos deposito officio res ampliùs non tangit, *l. 1. C. h. t.* Latâ quoque sententiâ contra minorem executio facienda in bonis minoris, *l. 2. sup. De administ. tut.* Tenetur etiam pupillus stare locationi factæ per Tutorem, *d. l. Obligari 9. in fine sup. d. tit.* cùm Tutor sit legitimus administrator, cujus facta minorem ligant. Ex delicto verò Tutoris non tenetur, quòd delictum alterius alteri non debeat nocere. Quatenus tamen pupillus locupletior factus, eatenus tenebitur, *l. 5. h. t.* nam pupillo rectè auferuntur injusta lucra.

TITVLVS X.

De suspectis Tutoribus & Curatoribus.

SVMMARIVM.

1 *Tutores suspecti qui?*
2 *Qui de crimini suspecti cognoscant.*
3 *Accusatio de suspecto quando proponenda.*
4 *Accusatio hæc est quasi publica.*
5 *Suspecti postulantur Tutores omnes.*
6 *Finis hujus accusationis, ut res pupillo sit salva.*
7 *Effectus est remotio Tutoris suspecti.*
8 *Remotus ob dolum fit infamis.*
9 *Ob latam culpam an fiat infamis.*

1 Ut sit magis consultum minoribus, solet in tutorum, & curatorum mores diligenter adverti & inquiri, num suspecti fiant. Quales judicandi, quando non ex fide tutelam gerunt, *§. suspectus Inst. eod.* sed dolo, & malis artibus in ea versantur, bona dissipando, non decernendo alimenta, & similia agendo, quæ bonæ fidei repugnant, *l. 4. & l. 7.*

& *l. 7. in fin. h. t.* Paupertas suspicionis caussam non inducit, nec remotionem; cum pauper fidelis esse possit, & diligens, *Instit. eod. in fine.* Si tamen videatur suspectus talis in substantia minoris propter paupertatem, adjungitur ei curator vices, *l. 5. & 6. hoc tit.*

2 discedit hoc crimē etiā ex lege XII. Tabb. ejusque cognitio ad majorē magistratū spectat, scilicet ad Praetorem Romae, in provinciis ad praesidē, & Legatum Proconsulis, *l. 4. D. de off. ejus cui mand. est juris d. Instit. eod. in princ.* Hodie cum jure magistratus ex consuetudine dentur tutores, coram iis qui jurisdictionem exercent, hoc accusatio proponi poterit. * Proponitur autem durante tutela; in quo distinguitur ab actione Tutelae, quae non datur nisi eâ finitâ, ut inferius dicetur suo loco. Ratio est, ne dispendantur bona minorum per suspectum. Quâ ratione & satis offerens non est relinquendus in administratione, cùm satisdatio propositum Tutoris malevolum non mutet, sed diutius grassandi in re pupillari facultatem praestet, *l. 9. hoc t. instit. eod. § penult.* Proponitur etiā ante inchoatam Tutelam; cum agatur de re pupilli servanda, & cum Tutor admissus rejici possit quod turpi, quid ni & needum admissus repelli?

4 Accusatio haec dicitur esse quasi publica, *§. consequens Instit. eod.* quia publica judicia propriè illa sunt, quae descendunt ex legibus publicorum judiciorum, qualis non est haec accusatio; videtur tamen publica quod omnibus pateat, & ad eam admittatur quilibet, etiam minor, cum consilio tamen amicorum, ne aetatis lubrico peccet, Curatorem temerè notando: non item impuberes, propter judicii defectum. Admittitur etiam foemina, scilicet mater, amita, nutrix, & aliae, quae pietate ductae ad hoc processerint, *d. §. consequens*, item servus pupillaris, *l. fin. hoc t.* idque in favorem pupilli, quem à multis defendi publicè interest.

5 Postulantur autem de suspecti crimine Tutores non tantum legitimi, sed & dati ex inquisitione, ac testamentarii. Nec facit, quòd fides eorum semel fuerit adprobata; inde enim non sequitur, eam durare, cum contingat semel probatam fidem mutari, & probos mores perverti, *l. 8. 9. 10. sup. De confirm. tut.* Neque ab hac postulatione liber est patronus pupilli liberti Tutelam gerens, modo parcatur famae patroni, per actionem in factum, omissâ doli mentione, *§. ostendimus Inst. eod.* Quod & tribuendum necessitudini, aut affinitati Tutoris. Videtur tamen in arbitrio esse Praetoris vel eos removere, vel Curatorem eis adjungere, *l. Si Tutor. 6. hoc tit.*

6 Finis hujus accusationis est, ut removeatur malè gerens, & sua pupillo sint salva. Unde si moriatur, aut aliàs Tutelae munere defungatur, cessat haec de suspecto actio, manente nihilominus Actione Tutelae contra remotum, si supersit, aut ejus haeredem, si non supersit, *l. 1. C. hoc. t. §. sed si suspectus Instit. eod.* cùm sit certa ex quasi contractu, qui etiam haeredem sequitur.

7 Effectus est, quòd suspecti reus ad Tutelam non admittatur vocatus, & admissus removeatur, accusatione completâ, etsi solvendo sit, aut satis offerat. Pendente quoque accusatione removetur ab administratione, quamvis aliàs lite pendente nihil innovetur. Quod si Tutor latitet, ne alimenta decernantur, mittitur in bonorum ejus possessionem pupillus, non vendendi, sed servandi caussa, ut hoc modo vocatus Tutor compareat, *§. sed si quis instit. h. t.* * Est &

8 illi effectus, quod sequatur infamia remotum, siquidem ob dolum in sententia expressum removeatur, *l. fin. C. hoc t.* nam si sententia non faciat mentionem doli, magis est ut integra fama maneat remoto, *l. 3. in fine l. Hi enim 4. §. quid ergo De his qui notant. infamiâ h. t.* Interpretamur enim odiosa in meliorem partem. Tutor, qui per mandatium alimenta decerni negavit, aut tutelam datâ pecuniâ acquisivit, gravius puniendus ad Praetorem urbis remittitur, *d. §. sed si quis.*

9 Quaestionis autē est, an remotus ob latam culpam notetur infamia? Quod non pauci negāt, propter textum in *§. suspectus instit. h. t.* Ubi dicitur, remotum, si quidem ob dolum, famosum esse, si ob culpam, non aequè: quasi nomen, *Culpa*, generaliter positum de quavis culpae specie sit intelligendum, quod nostrum non sit distinguere, quādo lex non distinguit, praecipuè in lege poenali, quae potiùs in dubio interpretatione mollienda, *l. penult. inf. De poenis, c. Odia De R. I. in 6.* Quibus non obstantibus verius est, etiam ob latam culpam sententiâ expressam remotum fieri infamem. Pro quo facit, quòd lata culpa dicatur esse dolus, *l. Magna 226. inf. De V. S.* & dolo proxima, item in culpa lata existens fraude non carere, *l. Quod Nerva 32. sup. Depositi*, non tantùm in contractib', verùm & in delictis, *l. penult. infr. De incendio, ruina, naufr.* Facit textus in *l. 1. sup. De his qui not. infam. junctâ d. l. Quod Nerva.* ubi non tantùm sit infamis damnatus depositi propter dolum, verùm & propter latam culpam, quod, uti dictum, fraudē

poenae

ponat. Facit & textus in *l. 7. §. 1. hoc tit.* ubi propter latam negligentiam dicitur quis removeri quasi suspectus. Eodem adduci potest textus in *l. 8. §. eum quoque sup. De precario*, ubi J. C. dicens solum dolum venire, non etiam culpam, subjungit postea, etiam latam culpam in dolo contineri. Ut nihil obstet textus in *d. § suspectus*; nam ibi nomen, *Culpa*, rectè accipitur de levi, uti passim capitur, quando solum ponitur Donel. 16. *Comment.* c. 7. Non obstat textus in *l. ista inf. De manumiss. vind.* nam quod ibi suspicio non a coit paretur vitæ, in cujus amissione solum respicitur dolus, *l. 7 inf. Ad l. Corn. de sicar.* non est per viam regulæ; sed in casu particulari, de quo ibi, extra quem vitæ caussam præponderare famæ patet ex *l. Si adulterium 38. §. penult. inf. Ad L. Corn. de adult.* Vid Barbosa *ad l. 10. in princ. nu. 7. & seqq. sup. Soluto matrim.* Coras. 4. *Miscell. c. 2. n. 9. & seqq.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 10. De suspectis Tutoribus & Curatoribus.

Ad n. 1. ACcusatio suspecti, an sit civilis vel criminalis? distinguo: Civilem esse, tum, quando civiliter agitur & petitur, ut tutor vel curator declaretur suspectus & ab administratione removeatur, rationem reddat, reliqua restituat, vel etiam ut ei adjungatur curator Poro. S. hoc. d. v. Myns. *ad §. 1. Inst. de suspect. tut.* Bart. *l. 1 §. 1. hic.* Criminaliter tum agitur, quando tutor accusatur criminaliter, ut non tantùm removeatur, sed & arbitrio Judicis puniatur, d. l. 1. §. fin. Dd. suprad. loc. quibus ad de Bald. *in l. 1 C. si tut. non gess*

An actione injuriarum possit conveniri ille, qui aliquem suspectum postulavit, & suspicionem non probavit? vide distinguentem Bacc. *ad Treutl. vol 2. disp. 9 th 4 lit. e.*

FINIS LIBRI XXVI.

HENRICI ZOESII J. C.

IN LIBRUM XXVII.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De Excusationibus.

SUMMARIUM.

1 *Excusatio quid.*
2 *Ex caussa privilegii excusantur veterani.*
3 *Excusat & numerus liberorum.*
4 *Ex caussa impedimenti excusat absentia, numerus Tutelarum, dignitas, professio artium liberalium.*
5 *Inhabilitas excusat majorem 70. annis & pauperem.*
6 *Litte-*

6. *Literarum imperitia an & quatenus excuset.*
7. *Excusationem praestant inimicitia, lis, & quaestio status.*
8. *Excusationis caussa quando proponenda.*
9. *Excusare se volens non appellat.*
10. *Effectus excusationis.*

Cum jure tutor datus, ex quo datū se sciverit, suo periculo esse nisi excusaverit, *l. 6. sup. De testam. tut.* & Tutela, ac cura munera sint publica, ad quae quis cogi potest, *l. 1. sup. De adminiſt. tut.* ne ei cui infertur gravamen, subjungitur hic de excusationibus Tutorum ac Curatorum & de temporibus earum proponendarum.

1 Excusatio est allegatio justae caussae, quâ quis onus Tutelae, vel curae deprecatur. Ne autem in cujusvis sit arbitrio subterfugere, certae caussae legibus sunt definitae, quae enumerantur h. Tit. & *in C. atque Inst. eod.* Caussae sunt variae, & ad quatuor capita reduci possunt.

2 I. Privilegium; quo modo immunes sunt veterani, qui vicina stipenda meruerunt, exceptâ converterani filiorum Tutela, *l. Sed & milit. 8. h. t. & t. C. De excus. t. veteran.* Athletae sacris certaminibus coronati in sacris certaminibus, *l. 6. § 13. aliàs l. Athleta hoc t.* Referri huc potest tutor, qui finità Tutela non tenetur curam suscipere, *§. qui Tutelam 18. Instit. h. t.* quod satis esse debeat amici operâ Tutela usum esse. Libertum tamen gesta Tutela non liberat à cura, propter libertatem, cui aequivalens nunquam rependit, *l. Libertus 1. C. hoc tit.*

3 * Huc spectat numerus trium liberorum Romae, quatuor in Italia, quinque in Provincia, qui vivi sint tempore excusationis: nam mortui non excusarent, nisi qui in bello, & quidem in acie amittuntur, quòd tales censeantur in perpetuum vivere per gloriam, *l. 2. §. 2. 3. 4. & l. Bellò 18. hoc tit. Inst. t. eod. in princ. & tit. C. Qui numero liber. se excus.* aut ex his extent nepotes, qui patris locum sustinent, & curae sunt avo paterno, si nati sint ex filio. Quod non idem est in natis ex filia, qui non patris; sed matris familiam sequuntur, & ideo avo paterno curae nō sunt, *d. l. 2. § 7. h. t.* Accipienda autem haec de naturalibus, & justis, non item adoptivis, qui oneri, non censentur esse, cùm nemo ad adoptandum invitus cogatur. Sui sint, an emancipati, nihil refert *Inst. eod. in pr.*

4 II. Impedimentum: quod caussat absentia, sive justa, veluti caussâ Reipubl. sive injusta, sed necessaria, ut deportatio, *l. Planè 29. h. t. & l. Quod si 14. §. 3. inf. De excus. § Idem qui inst. h. t. & t. C. Si tut. vel cur. Reip. caussâ.* Numerus tutelarum ac curationum non affectatarum; quia impedimētum non, est quod sponte expetitum *l. 1. & 4. & l. 15. h. t. §. item tria 5. instit. eod. & t. C. Qui n tutel.* Dignitas item Praefecturae Praetorio, vigilum, coloni, Principis, Magistratus, administrationis rerum fisci, *l. Non tantùm 17. §. 5. & l. Administrantes 41. h. t. l. Coloni. 8. C. eod. § item D. Marcū cum seqq. Inst eod.* Militia, *§. idem 14. Institut. eod. t.* Professio Grammatices, Rhetorices, Medicinae, *l. 6. §. 1. & seqq. hoc tit. & § Item Romae 15. Instit. eod. l. Medicos C. De professf. & med. libro 10.* Philosophiae, quatenus docent, & intra numerum sunt, de quo *d. l. 6 §. 7. & seqq.* Legum professi non nisi Romae praestat immunitatem, *d. l. 6. §. legum 12.* Ad hoc caput referri potest, quòd ultra centesimum lapidem tutelae onus nemo subeat, nisi tamen in ea tem provincia sint res pupilli, *l. 21. §. 2. & l. Planè 42. hoc t.*

5 II Inhabilitas; qualis est in minore xxv ann. in majore LXX. *l. 2. hoc tit. §. item major 13. Instit. eod.* In impeditis adversa valetudine, quae rerum agendarum facultatem adimit, *l. non solum 10. hoc tit & §. 7. Instit. eod.* Sed quod attinet ad minorem, hodie non indiget excusatione, cum ipso jure excusetur. Huc referenda est paupertas ea, quae oneri imparem reddit, *l. 40 §. 1. h. t. & § 6. Inst. eod.* quod ipsum arbitrio judicis determinandum relinquitur.

6 * Literarum imperitia, modo non habet adjunctam rusticitatem, & imperitiam rerum agendarum, non praestat excusationem, ut habet, *l. Athleta aliàs si duas 6. §. fin. h. t.* & probat idem Ant. Augustinus; contingit enim litteratum expertem esse rerum peritum *d. l. 6.* quamvis *Instit. eod. §. similiter* secundùm D. Pium dicatur indistinctè excusandus is, qui litteras nescit, quòd necessaria sit scientia litterarum ad conficiendas rationes.

7 IV. Sinistra opinioni rei malae gerendae; quam caussant inimicitiae cum patre pupilli; quod de majoribus intelligendum, *d. l. 6. §. 7. hoc tit §. inimicitia 11. Instit.* nisi reconciliatio intervenerit, quae suspicionem rei malè gerendae tollit. Caussat etiam sinistram opinionem lis de omnibus vel majori parte bonorum cum pupillo, *l. 21. in pr. h. t. & §. 12. Instit. eod.* Item quaestio mota pupulo de statu, *d. l. 6. § pen. hoc tit.* Ex hac caussa etiam excusatur qui datur tutor caussâ inimicitiae à patre pupilli, quasi ideo datus sit, ut molestum, & operosum negotium ei exhiberet, *§ item si 9. Inst. hoc t.*

 Quod

Quod quis ignotus patri pupilli, non caussat sinistram suspicionem, cum & ignotis pessimus esse fide, ideoque non dabit excusationem.

8 Proponenda autem excusationis caussa intra legitima tempora, id est, intra 50 dies continuos. ex die nominationis, & coram judice loci, ubi quis datus, *l.13 § 1.h t.§. qui autem Instit. eod. & l.6. C. eod.* idque ne protracto excusationis tempore res pupilli, vel minoris detrimentum patiatur. Pluresque excusationis caussas si quis habeat, unâ proposi fi â, & rejectâ, alias successivè intra tempora constituta proponere potest, *d l.2..§ 1.h.t. & § 16 Inst. eod.* nemo enim pluribus defensionibus uti prohibetur, *l. Nemo 43. inf. De R.I.* * Non licet autem nominato ad tutelam

9 vel curam, ante propositam excusationem appellare; cùm nominatio needum ponat gravamen: quia excusationis caussas proponere potest, & per eas liberare ab onere Tutelæ. Quæ si rejectæ fuerint, tum demum est appellandi licentia, propter gravamen impositum, *l.13 in pr. & l.16. hoc t.l. Tutores 18. C. eod.*

10 Effectus Excusationis est quòd accepta ab onere tutelæ, vel curæ liberet. *l. Si Tutor 12. C. h. t.* Si tamen caussa vera sit: nam falsa allegata non liberabit tutorē, & quod pupillo damnum accidit per ejusmodi falsā Excusationem, totū excusato imputabitur, *l.1. & 2. C. Si tut. vel curat. falsis alleg. excus. fit §. fin. Inst. h.t.* Ita enim exigit favor pupillorum, & quia dolus se excusantis impunitus esse non debeat.

ADDITAMENTA.

Ad lib. 27. ff. tit. 1. De Excusationibus.

Adn. 4. UNa Tutela, quæ ita diffusa est & negotiosa, ut pro tribus sufficiat, etiam à Tutela suscipienda excusat, *l. 31. §. fin hoc t.* Cujac. *5. obser. 7.* Treutl. *vol. 1. disp 9. th. 2 lit b.*

Adn. 5. Pauperem quidam definiunt, qui non habet quinquaginta aureos in bonis, arg. l. 10. de accus. Alii, qui minus 100. aureis in substantia habet, *arg. §. 3. Inst. de succ. lib.* Verùm communior & verior est sententia, Judicis arbitrio esse committendum, Menoch. *2. arb. Iud cent. 1 cas. 61. Alexand. cons. 37. per tot. vol. 7.* Speig *in suo lexic. verb* Pauper. *Dec. cons. 120.* Alia Privilegia & incommoda paupertatis vidd. ap. Besold. *in thes. Pract. verb.* Armuth. *& Wehen. in O.P. verb. isto.* Mynsi. *cent. 4. obs. 79.*

TITVLVS II.

Vbi pupillus educari, vel morari debeat, & de alimentis ei præstandis.

SUMMARIUM.

1 *Educandus pupillus apud matrem,*
2 *An & apud vitricum?*
3 *Alimentorum præstatio.*

1 AD administrationē spectat ut pupillus rectè educetur. Educatio autem potiùs matri cōmittenda, nisi vitricum superinduxerit: suspectam enim hoc casu matrem habent leges, *l. Lex quæ tutores in fine C De administ. tut.* Quod tamen videtur ponendum in judicis arbitrio, & considerandum ex personarum conditione, & ex tempore,

2 *l.1 hoc tit.* * Quò facit, quòd nec vitricus omnino secludatur ab educatione privigni, *l. si paterno 15. C. De negot. gest.* cùm & tutor privigni constitui possit, *l. fin C. De contrario jud. tut.* Cujac. *6. Obser cap 29.* Caldas *ad l 3. V. Sine curator n. 110. C. De in integ restit. minor.* Quod, multò magis mater sibi videtur arrogatura. Quòd si desit, aut non habeatur idonea, judex pupillum apud alium collocabit; non tamen facilè apud eum, qui sperat successionem, *l. 2. C. eod.* Licitum etiam est Judici à voluntate patris ex caussa recedere, *l.1. §.1. h.t. & l.5. §. 9. sup. De administ. tut.*

3 Ad educationem commodam requiritur alimentorum præstatio, quæ ex Prætoris arbitrio decernentur, pro modo facultatum, & ætate minoris, *l. 2. C. De alimen. pupillo præst.* Interdum tutiùs sine decreto à tutore, vel curatore constitui ea solent, ne fortè secreta patrimonii, & suspectum eis alienum pandantur, *d.l.2.* cui est regressus contra minorem. Vide Menoch. 2. *Arbitr casu 68 & 69.*

TITU-

TITVLVS III.

De Tutelæ & rationibus distrahendis, & utili curationis caussâ actione.

SVMMARIVM.

1 *Actioni Tutelæ locus est finita Tutelâ.*
2 *Actio Tutelæ directa cui & ad quid detur.*
3 *Tutor ad quam culpam teneatur.*
4 *An & ad levissimam.*
5 *Tutor bona pupilli restituit secundùm tenorem inventarii.*
6 *Tutores plures si gesserint, quo modo teneatur, & conveniantur.*
7 *Insjurandum in litem minori conceditur.*

1 ACtio tutelæ nascitur ex ejus administratione. Est ea bonæ fidei, §. *omnium autem, Instit. De actionib.* quasi ex contractu, §. *Tutoris Instit. De oblig. quasi ex contr.* Non intentatur nisi tutelâ finitâ, *l. 4. hoc tit.* absurdum enim judicavit lex urgere aliquem ad rationem administrationis, in qua adhuc perseverat: quod & in Curatore idem videtur dicendum, per *l. Actus 19. sup. De administ. Tutor. & l. 2. C. eod.* ex eadem ratione. Quod accipiendum de generali actione curæ; secus, si de re certa agatur. Nec obstat textus in *l. Si cum curatore 26. sup. d. tit. & in l. Si cum 16. §. fin. hoc t.* quia quoad certam speciem non est tam intempestiva actio, durante administratione; in quo distinguitur curæ à tutelæ actione, quæ semper est generalis: Moribus receptum, singulis annis reddi rationem, ut faciliùs de fide tutoris consuli possit pupillo.

2 Actio hæc alia directa, de qua hîc, alia contraria, de qua Tit. *seq.* Directa datur pupillo, & ejus hæredi; quia cum principaliter & directè gestio tutelæ concernit, contra Tutorem, & ejus hæredem, ut reddat rationem administrationis: ut excussis rationibus appareat, quantum pupillo tutorem præstare oporteat ex bona fide. Ubi adhibendum arbitrium judicis (unde hæc actio dicitur Arbitrium) qui statuat excussis rationibus, quid & quatenus tutorem pupillo præstare & reputare oporteat.

3 Dubitatur autem, Ad quam culpam teneatur tutor? & cùm tutela geratur gratiâ pupilli tantùm, nullum verò in se commodum dimanet ad tutorem; sed potiùs onus, possit videri nô teneri nisi de dolo, & quæ ei vicina est, lata culpa, secundum regulam datam, in *l. Sunt certò 5 §. nunc videndum sup. Commodati,* ubi depositarius tantùm tenetur de dolo, quod non suo, sed deponentis commodo rem depositam receperit, qui tamen etiam tenetur ad latam culpam, *l. Quod Nerva sup. Depositi.* Responsum tamen in *l. Quidquid 7. C. Arbitrium tut.* culpâ latâ aut levi tutoris, vel curatoris amissum, vel non acquisitum cùm potuerit, venire in tutelæ judicium: & in *l. 1. in princ. h. t.* dicitur tutor præstare dolum; culpam, & diligentiam, quam quis idoneus paterfamilias suis adhibet rebus. Quod datum favori pupillorum, ut cum se defendere nequeant, aliorum tutelâ cautiùs defendantur. 4 * Sunt & qui ad levissimam quoque culpam teneri tutorem volunt. Pro qua opinione non datur textus apertus: nam quod habetur in *l. 4. C. De peric. tutor.* non teneri tutorem ad casus fortuitos, quòd iis obsisti non possit, non inde sequitur teneri etiam de levissima culpa ex sola regula, quòd exclusio unius sit inclusio alterius: nam ea non procedit, quando per alium textum alius casus est exceptus, uti hac in parte per *d. l. 7.* Ubi Imp. ait teneri de dolo, lata & levi culpa. Et est ratio, quòd, cùm invitus accedat ad tutelam, nullo suo commodo, sed tantùm pupilli, non debeat tam arctè teneri, & sufficiat in favorem ejus culpam præstet levem. Ita Faber ad *l. Contractus 23. in fine De R. I.* Alciat. *ad l. Magna 226. inf. De V. S.* Bart. *in Repet. l. Quod Nerva num 33.* ubi excipit duos casus, quibus tantùm tenetur de lata culpa. Unus refertur in *l. 7. §. competet, sup. De administ. tut.* alter in *l. 3. C. Arbitr. tutelæ.* Ratio est, quod in iis idoneus etiã paterfam. facilè fallatur, & levem culpam admittat. Caldas *ad l. 3. V. sine curator. n. 5. & seq. C. De in integ. rest. minor.* Cagnol. *ad d. l. 23. n. 61. & seq.*

5 Restituit tutor secundùm ea, quæ in inventario sunt descripta, quod præsumitur ritè perfectum, & amplius nihil continere, quàm inventum in hæreditate; est enim præsumptio pro pupillo, *leg. fin. Cod. Arbitr. tut.* unde deinceps contra relatum in inventarium non habetur fides. Ubi Salicetus negat probationem tutoris in contrarium admitti, volens eam præsumptionem esse juris, & de jure; quod tamen non patet ex *d. l. fin.* quæ quia pœnalis, non est extendenda. Quòd si simplicitate quadam, aliave justâ causâ dixerit majorem pupilli substantiam, hoc ei non præjudicabit, *d. l. fin. in princ.* Multò minùs ei nocebit confessio testatoris ponentis majorem quantitatem. Actioni huic non præscribitur nisi an-

nis 30. *per l. 4. in fine* C. DE *prascr. 30. an.* est enim personalis.

6 Tenet hæc actio singulos Tutores in solidum, *l. Tres 55. sup.* DE *administ. tutor*, nisi divisa sit administratio, uti permittitur, ut res pupilli commodius gerantur. Ubi distinguendum, an divisio sit facta voluntate testatoris, an verò ipsi tutores inter se ipsam fecerint. Primo casu quisque pro ea tantùm parte convenitur, qua gessit, nec factum alterius alteri oberit, nisi, dolus, aut culpa ejus arguatur in colludendo, dissimulando, non postulando collegam suspectum tempestivè, *l. 2.* C. DE *div. tut.* Idem est si à Magistratu divisa tutela fuerit, *l. 1. C. eod.* Secundò casu non liberantur tutores, qui non gesserunt, *d. l. 2. in fine*, ne facto suo damnum dent minori. Priùs tamen excutiendus is, qui gessit, *l. 5.* C. *d. tit.* Si omnes pro indiviso gesserint, eligere potest pupillus cum quo agat, cessà actione ipsi electo in alios, *d. l. 2. in fine.* Si omnes solvendo sint tempore litis contestatæ, est tutoribus beneficium divisionis, *l. 1. §. nunc tractemus hoc t.* ad instar fidejussorum. Cujac. in *Recit.* C. DE *div. tit.* Postea si aliquis fiat non solvendo, hoc non onerabit alios, quos divisa semel actio tantùm ad partem obligati fecit, *l. 1. C. d. tit.* Ante divisam actionem si bonis unus labatur, hoc alios gravabit; excusso tamen priùs ejus fidejussore, & magistratu, qui non exigit sufficientem cautionem; nisi tamen alii contutores suspectum facere neglexerint, *d. l. 2.*

7 Cæterùm in hac actione jusjurandum in litem adversus Tutorem, & Curatorem contumacem conceditur minori, non tantùm si fuerint in dolo, sed & si in lata culpa *l. 2.* C. DE *in litem juran.* Quod hic speciale esse volunt, quasi aliàs ex lata culpa non deferretur hoc jusjurandum, *leg. 5. §. 1. sup. d. tit.* Sed rectius dicitur, etiam ex lata culpa aliàs deferre, ut patet ex *l. 2.* C. *eod.* Ubi ex lata culpa hæredis contra eum juratur in litem. Non obstat *d. §. 3.* Qui dum de dolo tantùm loquitur, non excludit latam culpam, quæ dolo æquiparatur, & sub eo continetur. Contra hæredem tutoris nō videtur hoc jusjurandum admissum, nisi lis cum defuncto fuerit contestata, *l. 4. C. d. tit.* vel dolus ipsius aut lata culpa arguatur, *l.* .. *&* 2. C. *d. t.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 3. De Tutela & rationibus distrahendis, &c.

Adn. 1. Quod tutores singulis annis, suâ sponte & irrequisiti rationes reddere teneantur, expressè constitutum est *in ordin. Polit. Francof. de anno* 1577. *t.* 12 Von Pupillen vnd Minderjährigen ;c. ibi, daß er jährlichen nicht allein auff erfordernder Obrigkeit sondern auch selbst vermög seines anbefohlenen Ampts/auch gleistetter Pflicht vnd Eydtes/ gebürliche Rechenschafft anbietten vnnd thun/ umb seine Verwaltung Red vnd Antwort geben/ ;c. etsi ferè non nisi finitâ tutelâ, exigantur, teste Treutl. *vol. 2. disp. 9. th. 5. lit. a. in fin.* Quod a. tutores Illustrium nullas reddant rationes dixi 5. *ad nu. de testament. tutel. ubi vide.*

Adn. 3. & 4. Tutorem non teneri de negligenti administratione, si consensum matris & amicorum ad actum adhibuerit, tradit *Capell. caut.* 24.

Illud non incommodè hîc quæri potest, si Tutor in dubia admodum & injusta Pupilli caussa condemnatus sit, an executio in bonis Pupilli vel Tutoris fieri debeat? Distinguendum puto, inter executionem expensarum & causæ principalis: Illam in Tutoris, hanc in pupillaribus bonis faciendam, *per l. non est ignotum C. de adm. tut. arg. l. Herennius ff. mand. c. 5. de Elect. in 6. l. fin. §. 3. C. de admi. tut.* *Marant. p. 6. act. fin. num.* 18. Capell. Tholosan. *decis.* 40.

TITULUS IV.

De contracta Tutelæ, & utili actione.

SUMMARIUM.

1 *Actio Tutelæ contraria cui, & ad quid detur.*
2 *Tutor condemnatus cedi sibi actiones in contutores an rectè petat?*
3 *Tutor solvens ex communi dolo, ne utilem quidem habet actionem.*

Ut pupillo actio tutelæ directa, ita tutori contraria est actio contra pupillum, ad consequendū id, quod ei abest, vel aberit ratione tutelæ, *l. 1. C. h. t.*, ne officium suum sibi sit damnosum: *leg. Se*

leg. Si servus 61. §. 1. *inf. De furtis* Quod & procedit, si plus in pupillum impenderit, quàm est in facultatibus, modo expediens fuerit pupillo, ita tutelam administrari: si minùs, dicendum est, absolvi pupillum oportere, *d. l. 3. in princ.* Habet etiam tutor ejus quod debetur, compensationem *d. l. 3.* estque in arbitrio illius, utrum compensare, an petere sumptus velit, *l. 3. §. 4. hoc tit* Judicis verò est cognoscere, an tutor ex officio sumptus fecerit, *d. l. 3 in princ.*

Unus ex pluribus condemnatus actiones sibi in alios cedi rectè postulat ante factam solutionem, non etiam post, quia factâ solutione alii sunt liberati: ut nulla super sit actio, quæ cedi possit, *l. 1. C. hoc tit.* directa scilicet; nam utilis nihilominus superest, *l. 2. hoc t. l. 1. §. nunc tractemus sup. t. prox.* quando nimirum ex communi culpa, non item ex propria est damnatus, quam solus præstat, *d. l. 2.* * Solvens ex communi dolo ne quidem utilem contra alios habet, nec mandari sibi rectè postulat, *d. l. 1. §. planè & d. l. Si ex duob. 15. sup. eod.* quia subit pœnam proprii delicti: ut indignum sit à doli participibus quid consequatur; cum maleficiorum non sit societas, nec justa cōmunicatio damni in maleficio. Est autem perpetua hæc actio, competens & hæredi, & in hæredem, cæterosque successores, *d. l. 3. in fine.* Hodie verò triginta annis finitur, *d. l. 3. in fine C. de prescrip. 30. annor.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 4. de contraria Tutela & utili actione.

Licet pupillus Tutori administratà Tutelâ salarium dare non sit obligatus *l. 1. § si pupillus t. prae. l. Idemque* 10. §. *Idem mandat.* Cavalc. *h. t n.* 310. tamen Judex ex arbitrio, ex causa certum salarium ei constituere potest Menoch. *de arbitr. iudic. quaest. l. 2 cas.* 512.

TITVLVS V.

De eo qui pro Tutore vel curatore negotia gessit.

SVMMARIVM.

1 *Pro Tutore quis gerere dicatur.*

1 Qui Tutor non est, si quasi Tutor pro Tutore administravetit tutelam, tenebitur pupillo pro Tutelæ actione, & negotiorum gestorum,
2 *l. 1. in princ. l. 1 & 4. C. De confir. tut.* * Pro Tutore autem negotia gerit, qui munere Tutoris fungitur in re impuberis, sive se putet Tutorem esse, sive sciat non esse, fingit tamen, *d. l. 1. §. 1.* Potest autem ei gerenti Tutelam opponi Tutoris, etiam illegitimi, exceptio, *l. 2. C. hoc t.*

TITULUS VI.

Quod falso Tutore auctore gestum esse dicitur.

Hac de re ideo Edictum proposuit Prætor, ne contrahentes decipiantur, dum falsus tutor adhibetur, *l 1. §. si pupillus hoc t.* Daturque eo nomine actio in factum in testimonia ei, qui falso Tutore auctore cum pupillo contraxit, ignorans falsum esse. Scienti non succurritur, quia ipse decepit, *d. l in fine.*

TITVLVS VII.

De fidejussoribus, & nominatoribus, & hæredibus Tutorum, & Curatorum.

SVMMARIVM.

1 *Tutela judicio tenentur & haredes Tutorum.*
2 *Item fidejussores.*
3 *Pater an teneatur nomine filij.*

1 Tutelæ judicio tenentur non tantùm Tutores, sed & eorum hæredes, cùm agtur quasi ex contractu, *l Ex contractibus 49. inf De oblig & act.* qui etiam tenentur ex dolo defunctorum *l g. C. De hared. Tutor*, quod & habet *l. Ex depositi 12 inf. d. t. De oblig. & act.* Quod accipit Cujacius *ad tit C. De in litem jurar. & 13. Obser cap. 39.* quatenus lucrum ad defunctum pervenit: quale & censebitur pervenisse, si aliei gratiam præstiterit

terit in damnum minoris, aut lis contestata sit contra defunctum, *l. 1. & 4. h. t.*

2 Quod ad fidejussores tutorum, vel curatorum attinet, olim electio fuit penes minorem, quem aggrederetur primo loco, tutorem curatoremve, vel fidejussorem *l. 1. C. de fidejuss. minor.* Hodie primò exeutiendi sunt tutores, eorumque hæredes *Novell. 4. §. 1.*

3 Quæritur hic, An ad tutelam à filio gestam teneatur pater nomine filii? Dicendum, non teneri, *l. Lucius 21. sup. de administ. tutor.* nisi actione de peculio aut in rem verso. Quod ita intestamentaria tutela procedit, in qua non tenetur pater se obligare: ut consentiens tutelam filio deferri, non possit videri se obligasse. Aliud dicendum in tutela dativa, eò quòd pater consentiens ejus delationi, videatur se pro filio obligare, *l. Si filius fam. 7. sup. de tutel.* cùm pro eo obligare se teneatur, *l. Si quis inter al. l. Spadonem 6. § fin. sup. de excusationib.* Vid. Barbosa *ad l. Si cùm dotem 22. §. transgrediamur n. 10. sup. Soluto matrim.*

TITULUS VIII.

De Magistratibus conveniendis, & eorũ hæredibus.

SUMMARIUM.

1 *Actio subsidiaria in magistratum quatenus detur.*
2 *Plures si fuerint, in solidum tenentur.*
3 *Tenentur & Notarii seu Scribæ.*

Excussis tutoribus, eorumque hæredibus & fidejussoribus, si necdum satisfactum fuerint minori, actio subsidiaria est in Magistratum, qui minùs idoneum tutorem dederit: minùsque sufficientes cautionem exegerit: non tamen nisi in municipalem, seu minorem magistratum, *l. 4. & 5. C. hoc tit.* quatenus ejus dolus, aut culpa arguitur: cujus probatio non incumbit minori; sed ipsi Magistratui probandum, culpam abfuisse, *l. 1. §. probatio hoc tit.* 2 Si plures fuerint, singuli in solidum tenentur; quibus tamen est salvum beneficium divisionis, si omnes fuerit solvendo, *l. 7. hoc tit.* Patet nomine filii de peculio tantùm teneri, *d. l. 1. in fine.* 3 Agitur & contra Notarium, si ejus culpâ minus scriptum, quàm habet modus facultatum, atque ita acceptus minùs idoneus fidejussor, *leg. fin. C. hoc tit.* Hæres quoque Magistratus tenetur, *per l. 4. C. hoc t.* qua de re videatur Cujac. *ad tit. C. de in litem juran. & 13. Obser. cap. 39.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 8. de Magistratibus conveniendis.

Hodie hæc actio subsidiaria non ampliùs habet locum, neque in Gallia, neque in nostra Germania, teste Treutl. *vol. 2. disp. 9. th. 7. lit. e.* Ubi verò locorum adhuc in usu est, eò applico illud, quod dicit Gail. *2. obs. 57. n. 6.* in alio casu: Ab hac actione libera nos Domine.

TITULUS IX.

De rebus eorum, qui sub tutela, vel cura sunt, sine decreto non alienandis, vel supponendis.

SUMMARIUM.

1 *Alienationis nomine quid hic veniat.*
2 *Res minorum cum decreto quando rectè alienentur.*
3 *Vindicatâ re per minorem, emptori pretium restituendum.*
4 *Minor an restitui possit adversus alienationem cum decreto factam.*
5 *Restitutio in quibus rebus concedenda aut inhibenda.*
6 *Minori an detur eo casu remedium* leg. 2. C. De rescind. vend.
7 *An & prohibita alienatio rei nomine minoris empta, & pignorata, pro pretio non soluto?*
8 *Alienatio qualium rerum prohibita.*
9 *Minor donare potest res mobiles, quæ servando servari non possunt.*
10 *Alienatio rerum minoris quibus casibus permissa sine decreto.*
11 *Res minoris alienata vindicari potest, cum fructibus.*

12 *Alie-*

12 *Alienatio sine decreto facta convalescit minore eam ratam habente*

1 RErum minorum inhibita est alienatio, & obligatio. * Ubi Alienationis nomine venit actus omnis, qui rem ponit extra bona minoris, vel ejus usum aufert, aut diminuit, ut donatio, venditio, permutatio, oppignoratio, in solutum, in emphyteusim, in usumfructum datio, servitutis impositio, remissio juris in rem competentis, *leg. 4. C. De præd. minor.* quæ probibito alienationem omnino irritat: * nisi decretum Prætoris

2 ex caussa justa, & vera apud act. probata, alienationem permiserit, *l. 6. C. d. tit.* urgentibus tamen creditoribus, aut ita poscente usurarum ratione, *l. Magis puto § non passim h. t.* Debent autem hæc duo, decretum scilicet, & caussæ necessitas, concurrere, *l. Ob æs alienum 12. C. hoc t.* ut alterius defectus irritam faciat alienationem, frustra enim alias lex duo hæc requireret, *d. l. 5 §. si æs alienum & § manet.* ut rectè deleadit Sarmientus *De reditib. Eccles. p. 1. cap.* 2. Quo modo si probetur subreptum fuisse Prætori, nihil valet decretum, *d. § manet*, Pinel. *ad l. 1 p. 3. num.* 33. *Cod. de bon. matern.*

3 Vindicatâ autem re per minoram ab emptore, restituendum emptori pretium datum, quatenus in rem minoris est versum, ne alieno damno locupletetur, *l. Prædiorum 10. & l. Si prædium 16. C. De præd. minor.*

4 Dubitatur, An minori sit restitutionis beneficium contra alienationem ex decreto Prætoris factam? Videtur hoc negandum; quòd decretum omnem læsionem excludat; non læso autem non sit cur succurratur. Præterea non debet judiciali sententiâ quis circumscribi; cùm ei nihil possit imputari, qui prætore auctore contraxit *arg §. fin. Instit. Quib. alien. non licet.* Aliud tamen insinuare videtur textus in *l. Si quidem* 11. *Cod. De præd. minor.* quæ restitutionem concedit læsio; sed non tam ratione alienationis ipsius rei, quæ non potest videri male facta, quàm pretii in quo est læsus, uti apertè insinuat textus in *d. l.* 11 & in *l. 7. §. quæsitum sup.* De *minorib.* *

5 Hujus tamen restitutionis caussa attentè perpendenda, & admittenda quidem in rebus, quas lex alienari prohibet; in iis verò, quas alienari permittit, est inhibenda; quia alias nemo ad emptionem rerum pupilli r am accederet; nisi gratia, aut sordes tutoris doceantur, *d. § quæsitum in fine*, aut grande damnum, *l. Quod si minor 24. §. 1. & §. penult sup.* De *minor.* Quod idem videtur dicendum in locatione, ut non aliàs contra eam restituatur minor, quàm si appareat evidens utilitas, *arg. d. leg. penult.* aut arguantur sordes, vel gratia tutoris, *d. §. quæsitum*, Vid. Guido Papæ *decis.* 536. Garcias De *expens. cap* 18 *num.* 19. *& pluribus seqq.* Pinell, *ad l. 2. p. 3. c. 1. num.* 10. *& seqq. Cod.* De *rescind. vendit.* Fachin. 1. *Contr. cap.* 90. Caldas *ad l.* 3. *implorare nu.* 14. *Cod.* De *in integ. rest. minor.*

6 Quid si contigerit læsio ultra dimidium, utrum minori competet electio concessa emptori per *l. 2. Cod* De *rescind. vend.* an vero eidem succurretur per restitutionem? Præsupponendo, venditionem esse factam cum decreto, minor læsus dici non post nisi circa pretium; ut eo suppleto per emptorem, secundùm electionem ei ex *d. l. 2.* competentem, cesset læsio. Et posset adduci, quod stante remedio ordinario, non sit recurrendum ad extraordinarium. Videtur tamen dicta *l 2.* locum dare restitutioni, quod per eam pleniùs consultum sit minori: non ita decisio *d. l. 2.* quæ non impedit, quò minùs apud ipsum emptorem, qui pretium supplet, fructus maneant. Ant. Fabet. *Decade 7. cap. 7.* Pinel. *d. c. 1. nu.* 19. Caldas. *d. loc. n* 12. *& seqq.*

7 Alia quæstio est, An hæc prohibitio extendatur ad pignus rei, quam Tutor, vel Curator emit minori, cum conditione, ut, quòad pretium, solveretur, res esset pignori obligata venditori? Quod affirmandum, per *l. in fine hoc tit.* Cujus ratio est, quòd pignus non possit videri impositum, nisi acquisito jam minori dominio secundùm juris principia, quibus nemo rem propriam habet obligatam, *l. Neque pignus* 45. *inf.* De *R. I.* Unde obligatio juris fictione censetur in luci post rem factam minoris; atque ita inutiliter; cùm ut non potest res pupilli obligari, ita nec in casum, quo sua futura, pignori subicii; æqualia enim sunt, fieri aliquid tempore illicito, & eò referri; nisi tamen decretum accesserit *leg. Si pupillorum 7. §. 1. hoc t.* Mudæus *ad l. Fistulas 78. num. 14. sup.* De *contrah. empt.* non obstat pactum addictionis in idem, retractus, aut simile, quale obligat minorem, ut alibi diximus quia ejusmodi pactum dominium afficit, & facit rem non plenè quæri emptori, qui proinde cogitur pactum observare. Vid. Alciat. *ad l. Post contractum 5. num. 19. inf.* De *donat.* Caldas *ad d. l. 3. V. contractum fecisti n. 9.* Aliter Gutierrez De *Tutelis p. 2. c. 5. n. 36. & seq.*

8 Obtinent prædicta in rebus immobilibus, & iis mobilibus, quæ servando servari possunt *l. Lex quæ 22, Cod. de administ. Tutor.* Nam in aliis rebus

rebus prohibic alienationis esset ipsi minori inutilis; ac proinde permissa est alienatio Tutoribus, ac curatoribus, quos earum rerum manet periculum; & quidem tunc tantùm, quando in commodum rendit minoris. Unde non admissa donatio nisi caussa exigat, de qua dictum supra *De admini-strat. tutor.* cùm non spectet ad administrationē, sed potiùs ad dissipationem *leg. 1. in fine princ. sup. De tutela, & rat. distrah.* * Ut videatur ipse minor, etiam Curatorem habens, donare ejusmodi bona mero jure posse; nam cum ad jus administrandi non pertineat dandi licentia, minor eo loco est quasi non habens Curatorem, qualis potest donare res istas Barbosa *ad l. 9. nu. 13. sup. Soluto matrim.* Caldas *ad l. 3. V. hunc contractum n. 19. vers. ex praedicta & V. contractum fecisti n. 37. & 38.* citans ibi utrobique contrarium sentientes, quibus accedat Sarmien. *De reditib. Eccles. p. 1. c. 2. n. 14.*

10 Sunt autem casus, in quibus decreto opus non est. Primò, Si pater, aut testator alienationem permiserit; *l. 3. C. Quando decr. opus non est*, cùm non videatur subesse detrimentum minoris. Secundò, Si caussa sit necessaria; veluti si socius major ad divisionem rei communis provocet, *d. l. 7. in princ. hoc t.* Invitus enim nemo in communione detinetur, quòd causset rixas. Idem obtinet in restitutione fideicommissi, nam & haec est necessaria, *l. 5. § si fundus legatus hoc t.* Tertiò, Si concesserit Princeps, *l. 2. C. d. t.* Cujusmodi concessio habet vim decreti. IV. Ratione cautionis in licatum solvi, quae exigitur à Minore, *l. fin. §. defensionem sup. De admin. tutor.* V. Si res sint detritae, & tales quae fiant deteriores tractu temporis, ut animalia superflua, *l. fin. C. d. t.* VI. In redemptionem captivorum parentum *Nov. 18.* ubi Cujac. *circa finē* VII. In alienatione pignoris constituti per decretū, *d. l. 5. §. 1.* quia Praetor decernendo pignus videtur permittere alienationem.

11 His casibus exceptis, alienata res minoris sine decreto a quocumque vindicatur, etiam cum fructibus perceptis; nisi bona fides emptorem a restitutione fructuum consumptorum excuset, *l. 2. & 3. C. Si quis ignor. rem minor.* quatenus non est factus locupletior. Facit & bona fides currere praescriptionem longi temporis, inchoatam post majorem aetatem, *l. 1. & 4. C. d. t.*

12 Absque decreto tamen facta alienatio convalescit minoris approbatione, & ratihabitione expressâ, vel tacitâ, scilicet lapsu quinquennii, ab eo tempore, quo major factus. Nisi titulo lucrativo alienatio contigerit, quae facit post majorem aetatem desiderari cursum longi temporis, *l. fin. C. si major, fact. alien. rat. hab.* In persona haeredis minoris desideratur cursus illius temporis, quod post ejusdem aetatem haeredis minoris silentio transactum est *d. l. fin. in fine*, uti legit Cujac. *ad Paulum 1. Sent. t. 9. §. 4.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 9. de Rebus eorum, qui sub Tutela & Cura sunt, &c.

AN Pater bona adventitia filii absque decreto & causâ necessitatis alienare, aut super iis transigere possit? Ex Dd. commun. sententia distinguendum est inter filium emancipatum & filium in potestate patris adhuc constitutum; P. imò casu, decreto Judicis & caussae cognitione, etsi non exacta, opus est. Altero casu, cùm pater sit legitimus administrator bonorum, adventitiorum filii, habeatque in iis usumfructum, potest alienare ex necessitate, etiam nullo interposito decreto *per text. & Auth. allegatos* à Gail. *2. obs. 72. n. 14. & Mynsi. cent. 6. obs. 61.* Quibus adde quae habet hic *Auth.* ;; *n. 7. de transact.*

TITULUS X.

De curatoribus furiosis, & aliis extra minores dandis.

SUMMARIUM.

1. *Curator datur furiosis, prodigis, mente captis.*
2. *Prodigus an censeatur, cui decreto judicis interdicta bonorum administratio.*
3. *Effectus interdictionis.*
4. *Curatori huic quae incumbant, & quamdiu duret cura.*
5. *Interdictio facta non prodigo quid operetur.*

1 CUrator non tantùm datur pupillis, & adultis, de quibus hactenus; sed & majoribus, uti furiosis,

furiosis, mente captis, prodigis; *l 1.C.h.t.* si tamen sint sui juris: nam aliàs curatione non indigent, *l. fin. in princ. C. hoc tit.* Ratio eadem hic, quæ in aliis, scilicet, quia æquum sit eorum res ab alio curari, qui ad eas curandas sunt inhabiles. Furiosum demonstrant mores.

2 De prodigio quæritur, an ipso jure, quo talis esse videtur, ei bonis interdictum sit, an verò opus sit decreto? Negant hoc aliqui, inter eos Donell. *ad l.6.n.7 inf. De V.O* Fachin. *2.Controv.cap.64* post Gl.in *l. Is cui bonis §, De testam. &* Alex.Bald. *consf.159 & seqq lib.2 & consf.287.lib.5* eâ ratione, quòd comparetur furioso quantum attinet ad alienationem: facit enim furiosum in bonis suis exitium, ea dilacerando, & dissipando profundens, & neque tempus, neque finem expensarum habens *l 1 h. t.* Furioso autem ipso jure, id est hoc ipso, quo talis apparet, bonis est interdictum. Deinde ut furiosum ostendunt mores, ita & prodigum, ut decretum judicis non videatur expectandum, ne serius interpositum ponat in damno prodigum. Receptior tamen est contraria sententia; scilicet opus esse decreto, post præmissam caussæ cognitionem, ne contingat aliquem temerè hac notâ aspergi: ut ante ejus interpositionem fraudi cuiquam non sit futurum, quòd cum tali contraxerit. Pro qua parte est textus in *l. Julianus 10 h t.* Ubi ut non teneat alienatio prodigi, requiritur ei bonis sit interdictum, quòd frustra requireretur, si foret ei interdictum ipso jure. Idem adserit *d.l.6* Ubi Bart. Jason, Cujac. Duarenus. Facit & textus in *l. Patri 2. sup. De minorib.* Ubi dicitur vita adolescentis inspicienda, & ex ea judicandũ, an debeat ei bonis interdici: quod ipsum est facti, & Magistratus, non etiam alterius officii. Eodem spectat desiderata ibi caussæ cognitio, quæ facit non ipso jure rem perfici, sed per Prætorem, *l. Ubicumque 103. inf De R.I. Et hanc esse communem sententiam testatur* Viv. *2.Com. Opin.240.* Vid. D.Vigl. *ad §. item prodigus num. 3 instit. Quib.non est permiss.fac.testam.* Gomez. *2.Var.c.14 num.31.*

3 Effectus interdictionis est, quòd contractus cum prodigis initus non teneat, quatenus in eorum vergit detrimentum, non etiam si in commodum; cùm non ut in alienando, ita in acquirendo habeantur instar furiosorum, qui cùm consensu careant, ne quidem habent voluntatem acquirendi, *§. Furiosus inst. De inutil. stipul.*

4 Curatori huic omnia peragenda, quæ in curatore requiruntur minoris, quantum ad satisdationem, juramentum, inventarium, *l. fin § & siquidem cum Auth. seq. C. hoc tit.* Duratque curatio, durante vitio mentis. Nam si ad mentem redeant, aut frugi esse incipiant, ipso jure videtur cessare, *l.1.h t.* Quod in furioso verum, si simpliciter sanam mentem receperit: nam si tantùm intervalla quædam habeat, licet in illis furiosus rem suam bene agat, non tamen cessat cura, ne sit necesse uni sæpius curatorem adsignare, *l. 6.C. hoc t.* In prodigio ut decreto administratio interdicenda, ita & eodem restituenda videtur, ne contingat aliquem ex simulata morum mutatione in damnum incidere. Duar. *ad d l.6.De V.O.* Caldas *ad d l.3 V.Cum non absimilis num.81.*

5 Quid si interdictio illi facta qui revera non est prodigus? In dubio pro decreto præsumetur, & rata habebitur interdictio, ne facilè convellatur jus dicentis auctoritas: Si tamen vitio judicis interpositum fuerit decretum, aut propinquorum obreptione exortum, nullius erit momenti, Vigl. *d. loco num.4.* Fachin. *2. Contr. c.66.* Caldas *d. loco num. 19. & 20.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 10. De Curatoribus furiosis & aliis extra Minores dandis.

Adn.2 Uno casu, prodigo, ipso Jure interdicta est administratio rei suæ; veluti si quis cum Luxurioso contrahat, quem sciat ilicò pecuniam scorto daturum, aut aliàs turpiter consumpturum: Illa enim emptio non subsistit, *l. si quis cùm sciret ff pro emptore.* Bronch. *ad R.I. 40.*

Curatores mulierum ad quid teneantur? vid. eleg. Besold. *in thes. Pract. verb.* Kriegischer Vormundt

FINIS LIBRI XXVII.

HENRICI ZOESII J. C.
IN LIBRUM XXVIII.
DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.
Qui Testamenta facere possunt, & quemadmodum Testamenta fiant.

SUMMARIUM.

1 *Testamentorum origo à jure gentium.*
2 *Testamenti factionem non habent impuberes.*
3 *Impubes quis, quousque dicendus.*
4 *Non testantur furiosi & prodigi.*
5 *Non muti & surdi.*
6 *Non caeci, nisi secundùm perscriptum legis.*
7 *Testantur jus civitatis Romanae habentes.*
8 *Non capti ab hostibus.*
9 *Non obsides.*
10 *Non damnati ultimo supplicio.*
11 *Reus in carcere moriens rectè testatur.*
12 *Perigrini olim prohibiti testari, ut & hodie Albini apud Gallos.*
13 *Patribusfam. non verò filiisfam. jus est testandi.*
14 *Ne quidem consensu patris.*
15 *Filij Testamentum non validat clausula codicillaris*, Valeat, ut valere potest.
16 *Filiusfam. de peculio castrensi & quasi testatur.*
17 *An & de peculio adventitio, quod pleno jure illius est.*
18 *Socius pro portione sua rectè testatur*
19 *Validè testatur minor curatorem habens.*
20 *Item excommunicatus.*
21 *Non verò usurarius manifestus.*
22 *An nequeis, qui mortem sibi conscivit?*
23 *Testatur rectè senex, etiam in ultimo vitae discrimine.*
24 *Clericus de quibus rectè testetur*
25 *Testamentum quid?*
26 *Testandi genus aliud paganum, aliud militare.*
27 *Requisita ad Testamentum solemne in scriptis; primò, ut contineat haeredem certum.*
28 *Scribi Testamentum etiam ab alio potest.*
29 *Secundò, ut unico contextu celebretur.*
30 *Contractus non rectè intermiscetur.*
31 *Tertiò ut fiat coram 7. Testibus iisque idoneis.*
32 *Servus adhibitis quatenus sustineatur Testamentum.*
33 *Religiosus an rectè adhibeatur.*
34 *Mulieres non admittuntur.*
35 *Neque domestici & qui pro talibus habeantur.*
36 *Legatarii & fideicommissarij non rejiciuntur.*
37 *Quod & in testamentis nuncupativis locum habet.*
38 *Testes praesentes esse debent, etiam tempore pestis.*
39 *Testes cur septem desiderentur.*
40 *Excipitur Testamentum rusticorum.*
41 *Non etiam Testamentum tempore pestis conditum.*
42 *Quartò requiritur, testes subscribant & subsignent.*
43 *Ex Testamento solemni haeres an & quatenus teneantur praestare rabellum.*
44 *Testamentum hujusmodi ne quidem ut nuncupativum sustineri*
45 *Testamentum jure Pontificio coram duobus aut tribus testibus conditum valet.*
46 *Idque in terris Pontificiis, non etiam Imperij.*

47 *Mu-*

UT tutela, & cura inducunt obligationem quasi ex contractu, ita & hæreditatis aditio, *Inst. De oblig. quæ quasi ex contractu nasc.* de qua propterea post tutelas rectè subjungitur, & primùm de ea, quæ fit ex Testamento, quòd provisio hominis tollat provisionem legis. Rubricæ hujus duæ sunt partes. Prior est de iis, qui Testamenta facere possunt: solet enim priùs quæri, an is qui Testamentum facit, habuerit Testamenti factionem, *l. 4. h. t.* quem ordinem & in Codice suo secutus est Justinianus hac in materia. * Juri gentium qui ejus originem attribuunt, non videntur mihi errare, ob affectionem communem, quâ quisque posteritati suæ cōsulit. Quod facit, quod ante inductum jus civile in usu fuerit Testamenti factio, uti testatur Clarus *§. Testamentum q. 2.* Vid. Covarr. *3 Var. Resol. c. 6. nu. 7.* Connanus 1. *Comment. c. 5. nu. 6.* At inventæ jure civili solemnitates, juxta quas Testamenti factio publici juris esse dicitur, *l. 3. h. t.* Pinel. *ad Rubr. C. De rescind. vendit p. 1 n. 23.* 1

Testamenti factio iis permissa quibus est judicium, cum testamentum dicatur judicium nostræ voluntatis, ut mox dicetur, quod poni nequit ubi sensus deest. Quomodo non testantur impuberes, *l. fin. C. De test. milit. §. Præterea Inst. Quib. non est permiss. fac. testam* Ubi non rectè quis dixerit, malitiam supplere ætatem, argumento matrimonii, in quo ætatem interdum supplet malitia, ut traditur lib. IV. Decretal. cùm lex præcisè requirat ad testament factionem certum annorum numerum; in matrimonio verò spectetur habilitas ad actum conjugalem, & consensus in matrimonium, quæ adesse possunt etiam ante pubertatē, & hoc precipuè ad evitandam fornicationem. * Impubes quis dicitur usque ad supremum diem anni XIV. masculus, XII. fœmina, qui inchoatus habetur pro completo, *l. 5. hoc tit.* Quod tempus ita observatur, ut ante pubertatem factum Testamentum per eam supervenientem minimè convalescat, etiam novâ voluntate; quia principium est vitiosum, *l. Si filiusfam. 9. hoc tit. & l. Quæ ab initio 210. inf. De R. Iur.* Plurimarum civitatum statuta requirunt plenam pubertatem, id est, annos octodecim, aut aliam majorem aut etjam minorem ultra pubertatem: idque non malè, quod non tardò contingat etiam pa... pertatis tempore animi judicium esse minùs firmum. 2 3

Ex eadem ratione testari prohibetur mente captus, furiosus, nisi tempore dilucidi, si quod habeat, intervalli, *d. §. præterea inst Quib. non est permiss. fac testam. & l. 9 C. h. t.* prodigus, *l. 8. hoc t.* qualis 4

habetur, cui interdicta bonorum administratio, non ante; secundùm ea, quæ traduntur supra *tit. De curator. furioso dan.* nisi ab bonam mentem sit reversus. Quod etiam obtinet, licet reverà non sit prodigus; cum semper præsumatur pro sententia interdictionis.

5 Mutus, & surdus à natura testari prohibetur, quod judicium mentis indicare nequeat, *l.6.§.1.h.t.§.item surdus inst.d.t.* Si non à natura, sed ex accidenti vitium illud aliquis incurrit, testari poterit, si scribere, mentemque suam scripto exprimere possit, *l.Discretisio.C h.t.* Ubi olim beneficium Principis erat necessarium, non etiam hodie. Quod minimè proficiet mutis & surdis à natura, cùm voluntatem, quæ explicari non potest, nequeat supplere Princeps. Vigl. *ad §.item surdus inst. Quibus non est permiss. fac. testam.* Altero vitio laborans, etiam à natura, si voce, aut scripto mentem indicare queat, rectè testabitur, *d.l.10.*

6 Cœcum non removet defectus corporalis, quò minùs testetur, observata tamen solemnitate *l.8. C. hoc t.* ut scilicet nuncupet voluntatem coram septem testibus, quæ à tabellione aut teste octavo excipiatur; exprimat non tantùm nomen hæredis; sed & ejus dignitatem atque alia ad tollendam ambiguitatem, quæ subesse posset. Moribus nostris cum in testamento paucæ desiderentur solemnitates, eorum qui defunctum aliquem patiuntur faciliùs procedent dispositiones.

Ut autem habenti sensû liceat disponere inter vivos & magis in ultima voluntate, quæ favorabilior; lex tamen Romana istam licentiam restrinxit; 7 * Primò ad eos, quibus est jus civitatis Romanæ *l.1.in princ. inf. Ad Leg. Falcid.* quales habentur non tantùm ingenui, sub imperio Romano existentes, *l. In orbe sup. De statu hom.* sed & libertini, ut constat ex *Instit. De libertin. in fine* ubi Justinianus omnes libertinos indistinctè donat civitate Romanâ. Hinc servus non testatur, *l. Filiusfam. 16.hoc t.* 8 * Nec captus ab hoste Sit tamen justus hostis, qualis est non agnoscens superiorem: ut captus à rebellibus, aut latronibus, non dicatur esse in aliena potestate, atque ita liber rectè testetur, *l. Qui 13. hoc t.* In justa tamen hostiû existens potestate non potest testari; quia eorum servus, *l. Ejus qui 8. hoc t.* 9 * Non testatur etiam obses, *l. Obsides 11. hoc t.* nam & hic publicæ fidei servandæ causâ datus ab hostibus, si promissis non stetur, in potestate est eorum, quibus datus; nisi Testamenti factio ususve togæ à Principe, vel populo, apud quem est obses, ei permittatur, uti potest, *l. Sed si 32. inf. De jure fisci.* Est enim testandi facultas juris publici, ut permitti à populo, vel Principe possit, non tamen nisi quoad bona ibi sita.

10 Quæritur hic, An damnatus ultimo supplicio testari possit? Certum est jure veteri tali non licuisse stati, quòd damnatio faceret & bona publicari, *d. l. 8. §. 1. & 4. hoc t.* Cùm autem hodie bona non publicentur, excepto crimine læsæ Majestatis, *Auth. Bona C. De bon proscript.* & hæreseos, *c. Cùm secundum De hæret in 6.* quidam attribuunt damnato Testamenti factionem. Sed verius est contrarium; cùm lex non in favorem damnati, sed ascendentium, descendentium, à latere venientium usque ad tertium gradum, remiserit publicationem, ut patet ex eo, quòd non existente aliquo intra dictum gradum, bona Fisco deferantur. Atque ita procedit regula, quòd jus vetus non correctum non sit prohibendum stare. Covar. 3. *parte Rubr. De testam num.* 44. ubi alios citat, Vasquius *Illustr Quæst. cap.* 96. *num.* 2. & *De success. resolut. lib* 1. *§.* 3. *num.* 14. 11 * Dixi, damnatus; nam reo in custodia morienti jura sua sunt salva, *l. Si quis 9. hoc t.* cum ante damnationem maneat illi integer status; nisi sit crimen, quod etiam post mortem movetur, veluti est læsæ majestatis, *Glossa ad d l. 9.*

12 Prohibentur testari peregrini, qui non sunt Romani imperii, *l. 1. inf Ad l. Falcid.* quod lex XII. Tabb. testandi licentiam tantùm permittat civibus Romanis. Videtur tamen postea libertas testandi concessa peregrinis, & advenis, *Auth. omnes. C. Com. de successionib.* Quæ licentia non est passim recepta: nam in regno Galliarum externis, & alienigenis, quos Albinos, quasi alibi natos, vocant, non est testandi licentia, & si testamentum fecerit, Rex nihilominus succedit, sive fiscus Regius bona eorum ibi sita capit ex jure albinatûs, nisi beneficio Regio jus indigenarum acquisiverint. Pet. Gregor. *Syntagm. lib.* 3. *cap.* 19. *num.* 9. Deportatis quoque non est jus testandi, cùm sint loco peregrinorum.

13 Secundò restrictum hoc jus ad patresfam. quibus tantùm ea licentia concessa Leg. XII. Tab. his verbis conceptâ, *Paterfamilias uti super familia, pecuniave legassit, ita jus esto.* Ut filiusfam. non testetur, *l. Filiusfam. 16. h. t. & l. 3. § 1. C. eod.* ubi malè Ulp. *in Frag. t.* 20. *§. filiusfam.* rationem in eo ponit, quòd nihil suum habeat; nam eâ admissâ posset testari de peculio adventitio, cujus plenum habet dominium, quod tamen falsum esse mox dicetur; sed ratio in eo ponenda, quòd testamenti

menti factio sit publici juris, *l. 3. hoc tit.* approbatione saltem, uti jam dictum, cum pendeat ejus promissio à Lege XII. Tab. certis obstricta solemnitatibus, tantum concessa patribusfam. * Ita ut nequidem consensu patris testetur filiusfam. *l. 6. hoc tit. & Inst. Quibus non est permiss fac. testam. in princ.* namque a jure publico dependent, privatâ pactione non mutantur. Adeò ut ne quidem in piam caussam testamentum filii teneat, quamvis jure Canonico voluntas filiifam. in piam caussa in ex assensu patris sit servanda, *c. Licet. De sepultur. in 6.* Clar. *§. Testamentum qu. 5. num. 7.* ne pia caussa sentiat detrimentum ex d. spositione juris civilis. Non obstat quòd filiusfam. patre consentiente mortis caussa donet, *l. Tam is i. f. De mortis caussa donat.* nam donandi licentia denegata filiisfam. in gratiam patris, qui rectè juri suo renunciat.

15 Ubi quæritur, An subjecta clausula codicillaris, *valeat ut valere potest*, faciat Testamentum filii valere, ut donationem mortis caussâ? Dicendum, non aliàs valere, quàm si sit expressum & intervenerint quæ ad ejus formam requiruntur; nam aliàs manebit caussa prohibitionis. Facit, quòd sub ista clausula contineatur actus ultimæ voluntatis, ad quos non spectat mortis caussa donatio, cùm potiùs pertineat ad contractus Covarr. *d. loco num. 12.*

16 Excipitur peculium castrense, & quasi castrense, *l. fin. C. hoc tit.* cujus respectu filiusfam. habetur loco patrisfam. speciali favore militiæ, & quasi militiæ, *l. 2. sup. Ad S. C. Macedon.* Clar. *d. §. Testamentum qu. 8. nu. 6.* Adventitio peculio idem non competit, quòd patri in illud sit jus, saltem quoad usumfructum; filio autem cedat tantùm proprietas, *l fin. §. filius autem C. De bonis quæ liber.* & præcipuè quia ejus respectu habeatur loco filiifamilias.

17 Quid si peculium adventitium pleno jure sit filiifamilias? Sunt casus, in quibus pleno jure, proprietatis scil. & usus fructus; ad filiumfam. pertinet, quos ponit Gloss. in *§. igitur V. usumfructum instit. Per quas personas cuiq; acq.* Et videri posset non esse denegata iis casibus Testamenti factio. Primò, quòd de tali peculio liberè disponere possit inter vivos, ut videatur procedere regula, concessum inter vivos non debere denegari in ultima voluntate. Secundò, hanc partem adjuvat *d. §. filius autem*, qui habet in his duntaxat casibus, quib' usus fructus apud patrem est, non posse testari filiumfam. Unde consequi videtur, iis casibus, quibus ususfructus apud filiū fam. est, esse illi testandi licentiam, cùm exclusio unius sit inclusio alterius. Tertiò facit *Novell. ut liceat matri & aviæ 117. §. 1.* ubi datur filiisfam. potestas dispo. ẽ di super rebus, quas pleno jure possidēt; cujus ordinis est peculium, de quo agimur.

Contrariū tamē ut communius, ita verius, cùm jus commune, quod denegat filiisfam. testandi licentiam, *l. Nemo pen. C. h. t.* non videatur hac in parte correctū: ut procedat regula, non esse prohibitum stare, quod non invenitur expressè correctum, *l. Præcipimus in fine C. De appell.* Nihil facit, quòd pleni sint domini; neque enim tam dominii defect' impedit testamēti factionem, quàm patria potestas, quę non est remissa filiisfam. nisi respectu peculii castrensis & quasi, non etiam adventitii, Covar. *ad Rubric. De test. p. 3. nu. 11.* Clar. *d. q. 18. n. 2.* Ut non obstet primum argumentum, quia non procedit regula ista, ubi contraria Juris est dispositio. Non obstat etjam secundum, quia *d. § fili' autē* rectè restringitur ad peculium castrense, & quasi, quod tempore *d. l. fin.* tantùm competebat pleno jure filiofam. Neque hoc ad alios casus postea introductos rectè extēderis, cùm non soleat lex præterita referri ad casus futuros incognitos. Non obstat deniq; tertium; nam quod habetur *d. § 1.* de concessa quavis dispositione, intelligendum de ea, quæ sit inter vivos, juxta originale verbū Græcum, *διοικεῖν*, quod denotat dispositionem inter vivos, non etiam eam, quæ concernit ultimum elogium. Vigl. *Inst. d. t. Quib. non est permiss. fac. testam. in princ. nu 16.* Fachin *5. contr. c. 94.* Cujac. *in Recit. t. C. De bonis quæ liber.* Verùm de moribus nostris plerisque in locis non habet hunc effectū patria potestas; ut & aliquibus in locis non testantur mulieres conjugatæ citra consensum mariti, *Vid.* Peck. *De testam. conjug. lib. 3. c. 1.*

18 Societas omnium bonorum testamenti factionem minimè impedit, *l. 1. Cod hoc tit.* licet propria bona videri non possint, quæ sunt communia. Quod nihil facit, cum relinquens rem communem, pro portione sua relinquere censeatur, *l. 5. in fine inf. De leg. 1.*

19 Minor habens curatorem testari non prohibetur, cum potestas curatoris non faciat, quò minùs sui juris sit; neque enim ea dirigitur nisi ad actus inter vivos, per quos posset lædi minor.

20 Excommunicatus vitandus quidem, validè tamen testatur, cùm actus ejus privati non sint irriti. Quò facit, quòd specialiter prohibeatur testari excommunicatus, propter cædē Cardinalis, *cap fin. De pœnis in 6.* & propter hæresin, *Auth. Credentes C. De hæret.* Ut dicendum sit, aliis in casi-

bus Testamentum ejus esse validum; firmat enim exceptio regulam in casibus non exceptis, Clar. *d. §. Testamentum qu.* 24. Covar, *ad Rubr. De testam. p.* 2. *num.* 8. Peregrin. *De jure fisci. lib.* 3. *tit.* 11. *numer.* 26. Vasq. *De success. progressu* §. 1. *numer.* 120. Ant. Gabrielius *Commun. Opin. lib.* 4 *tit.* De *testam. concl.* 1.

21 Usurarius manifestus non aliàs testari permittitur, quàm factâ restitutione aut cautione de restituendis usuris, *cap. fin de usur. in* 6. Covar. *ad Rubr.* De *testam. p.* 3. *n.* 11. *& lib.* 3. *Var. Resol. c.* 13. *n.* 9. Quod idem videtur statui posse in uxore usurarii, quæ conscia vitii mariti, bonorum socia, de iisdem per usuram acquisitis participavit.

22 Q Au valeat Testamentum ejus, qui mortem sibi conscivit? Tantùm dubitari posset, an talis sit menta captus, si, postquam tentavit mortem sibi adferre, Testamentum condiderit; hoc enim dici non potest, cùm variæ sint caussæ propter quas mortem quis appetat sæpe in solarium. Ut rectè J. C. in *l. Si quis filio* 6. *§. ejus* 7. *inf.* De *injusto rupto* distinguat, an tædio vitæ, an verò conscientiâ criminis mortem sibi quis consciverit: illo scilicet casu Testamentum sustineri, non etiam hoc. Neque enim ex eo solo caussari amentiam est rationis, nisi aliunde probetur, cùm quisque præsumatur sanæ mentis. Et ut fortè quis furore sibi vim intulerit, si tamen constet testamentum sano animo omnibus suis numeris absolvisse, non est, cur irritetur, cum furiosi tempore dilucidi intervalli Testamentum factum sustineatur, *l. furiosus* 9. *C. hoc tit.*

23 Senium non impedit Testamenti factionem, *l.* 3. *C. hoc tit.* cùm non semper bonam mentem aut prudens consilium auferat gravis ætas, *l.* 2. § 7. *inf.* De *vacat. & excusat. mun.* Quo modo, is qui ex caussa longævæ ætatis aut valetudinis adserit aliquem delirum fuisse, id probare debet, cùm ei repugnet præsumptio juris, uti patet ex *l.* 1. *C. hoc tit. ubi Gloss. & alii.* Hinc & in ultimo vitæ discrimine constitutus testari potest, *arg. l. Quoniam* 15. *C.* De *testam. & ibi* Jason. *n.* 3. Mantica De *conject. ult. volunt. lib.* 2 *tit.* 6. *num.* 1 *&* 2. Vasq. De *success.* §. 1 *nu.* 95. Quâ ratione & post sacram unctionem denegare alicui testandi facultatem, videtur absurdum, cum non conferatur semper ei, cui mens deest, sed ei, cui ad huc vegetus est sensus, cui adimere licentiam testandi minùs respondet rationi; ut contraria consuetudo videatur minùs justa. Peckius De *testam. conjug. lib.* 4 *c.* 6.

24 Clericus rectè testatur de patrimonialibus, nisi impediat potestas, à qua minimè liberat clericatus. De bonis Ecclesiæ respectu acquisitis, uti ex reditibus beneficii, testari cum vetant Canones, ✠ De *pecul. cleric.* etiamsi aliter habeat consuetudo, *qua dere* ✠ *hoc tit.* Vid. Vasq. *d.* §. 1. *num* 113. Covar, *ad c. Cum officiu n.* 9. ✠ De *testam.* Grassus §. *Testamentum qu.* 33. De aliis vero bonis, quæ ut Clericus quidem acquisivit, suo tamen labore & industriâ, rectè testatur etiam sub potestate existens, cùm constituant quasi castrense peculium, super quo est licentia testandi filiis familias.

25 Posterior Rubricæ pars est de Testamentis, quemadmodum ea fiant. Ubi præsciendum, Testamentum dictum esse, quòd sit testatio mentis, *instit.* De *testam. ordin.* non inspectâ nominis etymologiâ, quasi à testatione & mente esset compositum, ut tidentes Imperatorem volunt Agellius, Valla & alii, sed rei significatione, quod scilicet sit judicium mentis sive testimonium, ut scribit Theoph. *instit d tit.* Est autem Testamentum, secundum Modestinum, voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, *l.* 1. *hoc tit. Per justam sententiam* intelligitur solemnis & ordinata secundùm regulas juris civilis, *l.* 4. *h. tit.* ut excludantur codicilli, qui licet justam in suo genere possint dici continere voluntatem, non tamen solemnem, cum in iis non requiratur ordinationis solemnitas: in quibus legata, Tutelæ, libertates directò dantur, non etiam fiunt institutiones hæredum aut substitutiones.* Varia testandi genera olim 26 usitata fuisse patet ex *t. Inst. De testam ordin.* Ex iis, quæ hodie viget, præcipua sunt Paganum & militare. De isto agitur hoc Tit. de militari agetur infra libro seq. Paganum vel est Scriptum, quod scribenti dictatum est, vel ante in scriptis conceptum prælegitur; vel Nuncupativum, a nuncupando dictum, quo coram aliis exprimitur voluntas, citra scripturam.

27 Quarum ad solemnia in Testamento scripto de Jure civili requisita. Primò requiritur, ut scripto contineatur certus hæres; est enim institutio fundamentum Testamenti. Ubi olim fuit necessarium, nomen hæredis per ipsum testatorem adscribi, nisi esset impeditus literarum, aut morbi acerbitate impeditus, *l. Iubemus* 29, *in princ Cod De testam.* Verùm ea solemnitas remissa deinde fuit per *Auth. Et non observatoC d tit. desumptâ, ex Nov.* 19. *cap.* 9. qua permissum

missum aliena manu scribi heredem. Liberi si fuerint, illi necessariò vel instituendi vel exhæredandi, ad Testamenti valorem, ut dicetur Tit. sequēti.

28 • Necesse autem non est, ipse testator voluntatem suam scribat; nam & potest alteri scribendam tradere, qualis vocatur Testementarius, *l. 1. inf. Si quis aliquem testari probib.* eamque sibi desideratam proferre ut suam coram testibus, *l. Hac consultissima 8. §. ad cum Cod. Qui testam fac. poss.* Tenet & nominatio hæredis in Testamento clauso *l. Hac consultissima 21. Cod* De *testam.* Tantùm enim quæritur, ut de ea constet.

29 Secundò desideratur, ut unico contextu voluntas celebretur, id est nullo actu extraneo interveniente, nisi quem fortè caussarit necessitas, *l. Cùm antiquitas 28. C. d. tit.* Ratio est, ne memoria per actum extraneum interpositum vitietur.

30 Ubi quæritur, An contractus rectè misceatur, dum celebratur voluntas? Non videtur, cum sit actùs diversus à Testamento: hoc enim revocabile, ille est continuo firmus ex conventione, *l. Verba 20.* De *V. S.* ubi adserit J.C. verba, *contraxerunt, gesserunt*, non pertinere ad jus testandi. Vult tamen Jason, ad *d. l. 28. C. h. t. nu. 3.* non infirmari Testamentum per contractum, si fuerit bervis spatii, quòd tum cesset predicta ratio.

31 Tertiò, ut fiat coram septem testibus, ad hoc vocatis, *l. Haredes 21. §. in testamentis h. t.* Sufficere tamen videtur, si testes præsentes admoneantur ejus, cui adscribentur, per hoc satis rogati. Testes hi idonei esse debent. Ubi primò requiritur, sint cives Romani: neque enim peregrinus vel servus est persona sufficiens, Uti nec ii, quibuscum non est Testamenti factio, id est qui testari non possunt, nec ex Testamento capere.

32 • Si tamen servus, pro libero habitus tempore Testamenti, adhibeatur testis, illud sustinetur ex liberalitate Imperatoris, *§. cum autem aliquis instit.* De *testam. ordin. l. 1. C. eod.* ob errorem communem, *arg. l. Barbarius sup* De *off. Prat.* Idem in aliis inhabilibus, si habeantur communiter habiles, statuendum, modo iis sit sensus. Nec facit quòd tempore depositionis appareat servus; nam inspicitur conditio testium, quæ fuit tempore, quo adhibiti. *Ad test. d. l. 21. h. t.*

33 • Q. An Religiosus rectè adhibeatur testis? Hoc affirmat Abbas in *cap. Cùm nuntius* De *testib.* cùm nulli sibi inveniatur prohibitus. Et licet desideretur licentia superioris, ejus tamen omissio non facit testamentum jure nullum Faber *in § testes n. 3. instit. eod.* II Sint masculi.

34 • Unde rejiciuntur mulieres, quæ licet habeant jus dicendi testimonii in judicio, etiam criminali, *l. 3. §. fin. sup.* De *testib.* non tamen hac in materia; non ob fragilitatem, sed quia veteres ad solemnia non admitterent mulieres; inter solemnia autem numeratur Testamenti factio. III Sint puberes, quibus est aliquis sensus, non etiam impuberes, *§. testes Inst. eod.* IV. Sint extra suspicionem falsitatis. Quo modo non admittitur testis ipse hæres institutus; quod affectus veritatem facile subvertat.

35 • Non etiam domesticus, ex eadem caussa: qualis hac in materia non ex cognatione aut cohabitatione, sed ex unione & conjunctione, quæ contingit per patriam potestatem, est æstimandus, *§. pater Inst. eod.* Quâ ratione emancipatus rectè adest testis patri testanti, non etiam filius in potestate, nisi Testamentum militariter fuerit factum; facit enim privilegium militare cessare effectum patriæ potestatis, Vigl. *ad d. § pater, nu. 4. & §. sed neque numer. 3. Instit. eod.* quòd non censeatur is domesticus, Pater & filius extraneo quin rectè adhibeantur testes, est extra controversiam, *d. §. Pater*, cum non sint domestici testatori.

36 • Legatarii & fideicommissarii, etsi in propria caussa videantur testimonium præstare, non rejiciuntur tamen, *§. legatariis Inst. d. tit. & l. Dictantibus 22. C. eod.* cùm non agatur eorum principale negotium, & nihil improbitatis contineat remunerare eos, qui voluntatem nostram confirment, *l. si quis 14. inf. de reb. dub.* Quod sine controversia procedit in Testamentis scriptis.

37 An & in nuncupativis? Ratio dubitandi est, quòd horum fides dependeat ex depositione testium, nullo scripto subnixa, ut in propria caussa testari videantur, & quod pleraque loca faciant mentionem Testamenti scripti. Et ita negativam tenet Duar. *hic c.* De *testib. in testam adhiben. col. 4.* Ant. Faber. *Decade 66. Errore 1.* Verùm hæc & similia non obstant, quò minùs dicēdum idem in his obtinere, cum non in scripto fundetur dispositio juris, ut patet ex *d. §. legatariis*, ubi in eo ponitur ratio, quod non agatur principale negotium inter legatarios & testatorem; & ex *l. 14. inf.* De *reb. dubiis*, quæ in eo rationem ponit, quòd Testamentum confirmetur testibus adhibitis. Quæ rationes etiam in Testamentis nuncupativis obtinent, ut & in iis debeat eadem obtinere dispositio. Facit, quòd hæres, qui personam illorum approbavit pro se, non debeat dedignari eos habere contra se. Faber *ad d. §. legatariis, & ibid.* Vigl. *numer. 9. & seq.* Quod & obtinet secundum statuta harum patriarū: nam licet Principes nuperrimo Edicto anni 1611. art. 12. prohibuerint aliquid adscribi Notarius, [illegible]

toribus

tutoribus, curatoribus, non fecerunt tamen mentionem testium, ut iis relinqui quid possit; cùm quod non est mutatum, non fit prohibendū ita e.

38 Debent autem testes simul adesse in præsentia & conspectu testatoris, *l. Si non specialis* C. *De test.* in verbis, *si in conspectu testatoris testimoniorum officio functi non sunt* Quo modo si inter testes velum fuerit interpositum, aut paries, aulæa, non tenebit Testamentum, juxta communem DD. sententiam, quam refert & sequitur Clar. *d. §. Testamentum q.* 59. eò quòd hæc res præbeat occasionem fraudis, cùm non desint, qui vocem alicujus ita norint effingere, ut internosci nequeat. Quod & obtinere tempore pestis vult Menoch. 2. *Arbitrar casu* 485. *nu.* 23. Neque enim contagio facit aliam remissam solemnitatem, quàm ne cogantur simul omnes testes eodem tempore adesse, ut mox dicetur

39 Septem itaque testes desiderantur, non pauciores. Cujus ratio dependet ex legis auctoritate, cui ad subornationem omnem submovendam septem visi sunt sufficere. Si quis autem scire desideret, quare non plures aut pauciores adhib iti sint, confugiendum ad decisionem *l. Non omnium sup. De legib.* Nisi dicamus, ideo numerum hunc esse electum, quia perfectus & olim in frequenti usu fuerit. * Excipe tamen testamentum rusticorum, in quo testes sufficiunt quinque, ex locorum consuetudine, ubi rari sunt litterati, *l. fin.* C. *De testamentis.*

40

41 De Testamento facto tempore pestis quæritur? In quo aliqui putant non desiderari prædictum numerum testium, per *l. casus* 8. C. *De testam.* Verùm eâ lege nihil aliud remittitur, quàm ne omnes testes simul conveniant, idque ob metum contagionis: ut prædictus numerus sit adhibendus, cùm quod non est mutatum, non sit prohibendum statu; quamvis contrarium sit erroneè receptum. Vid. Mynsing *cent* 1. *Observ* 96. Clar. *d. §. Testamentum qu.* 59. Grassus *eod §. qu. numer.* 5. B..ēt. *decis.* 218.

42 Quartò ad solemnitatem desideratur, ut testes subscribāt propria manu, & subsignēt annulo sive suo sive alieno, habente characterem, *l. Ad testium* 22. *§* 5. *h. t inst. eo. t. §. possunt.* Ubi ideo sit mentio annuli, quòd olim moris fuerit in signa annulos habere, quos signatorios vocamus, & iis domi supellectilem, pecuniam & res omnes signare, ne quid furto aut servorum negligentia periret. Cujac. *ad d. l.* 22. Unde est, quod ibidem *d. §.* 5. negetur alio impresso satisfieri, quia non sit comparatū ad signandū: ut dici posse videatur, si comparatum fuerit ad signandum, eo rectè signari, secundū morem hodiernum. Non potest autem dici subesse quid falsitatis, ex eo, quòd signo alieno signetur, cùm hoc fiat legis permissu, & subscriptiones testium removeant suspicionem Faber & Vigl. *ad d. §. possūt.* Subscribere autem omnes testes debēt nam subsignans tantum, & non subscribens, est pro non adhibito *d. l.* 22 *§ si quis ex testibus* Erat subscriptio talis, ut continetur, quis cujus testamentum signasset, *l. Singulis pen. hoc t.*

Prædictæ solemnitates omnino in Testamentis requiruntur de jure scripto, ut relicta peti possint: aliàs Testamenta erunt invalida, ut ne quidem à principe sustineantur, *l* 3. .. *eod.*

43 Ubi quæritur, an omnino irrita sint testamenta, ut ne quidem hæres teneatur ab intestato? Cujus quæstionis decisio ex eo pendet, an solemnitas sint de forma substantiali, an verò probatoria? Prius adserit Covar. *ad cap. Cùm esses* 10. *De testamen.* Gomez. *ad l g.* 3. *Tauri nu.* 123. Unde consequeretur, Testamentum fore nullum tam in foro interiori, quam exteriori, cum justa lex etjam obliget in conscientia. Pro qua opinione facit *l. Hac consultissima* 21 *in pr* C *de testam.* ubi non subscriptum à testibus Testamentum, nec signatum, pro infecto habetur; & ibidem in § 1. imperfecta voluntas dicitur non tenere, nisi inter solos liberos. Facit eòdem textus in *l Ex Testamnento* 19. C. *De fideicom.* ubi ex imperfecto testamento non potest peti relictum. Cujus ratio videtur esse in defectu formę substantialis & consensus, quod taliter testatus videatur ideo omisisse solemnitatem, ut faceret actum inutilem, *arg. l.* 6, *in princ infr De accept.* Probabilius tamen est, tantùm esse de forma probatoria, ut hæres certo sciens voluntatem defuncti, teneatur eam implere. Pro qua parte facit *l.* 2. C. *De fideicom.* ubi non ex scriptura quæ est imperfecta, sed ex cōscientia relicti fideicommissi dicitur satisfactum esse ab hærede, qui quod rogatus erat restituere, præstitit: ita ut repetitio cesset, quæ non cessaret, si scriptura perfecta foret de substantia; Facit & *§. fin. Instit. De fideicommiss hæred.* ubi nulla est scriptura, sed tantum tacita confessio hæredis certi de voluntate testatoris, cui non prodest allegare defectum solemnitatis. Clarior est textus in *l. fin.* C. *De fideicom.* ubi dicitur, tunc testium numerus & nimia solemnitas requirenda, quando non nisi per testes res ostendi potest, ad evitandam falsitatem; testibus verò locus non esse, quando propriā & indubitatā fide

fide res potest esse manifesta, cùm quæ nudo modo sunt clara, non indigeant alia probatione, & habito fine non sit curandum de mediis. Non obstant leges suprà allatæ, & si quæ aliæ, quia rectè accipiuntur de foro exteriori. Sequitur enim judex formam præscriptam, qua deficiente actionem denegat, cujus justam denegationem lex introduxit. Videantur citati à Covar. *d. loco* Vasq. *de success. p. 1. n.* 30. §. 10. Fachin. 4. *Contr. c.* 5.

44 Ita autem in foro exteriori hoc procedet, ut ne quidem testamenta talia valeantur nuncupativa; quorum habeut solemnia, quia testator quod voluit, scripto testari scilicet, non potuit, quod vero potuit, scilicet nuncupate voluntatem, non voluit, & proinde nihil egit quod sibi imputet, *arg. l. illud in fine inf. De jure codicill.* ubi actus ejus qui testari voluit, si non valeat eo modo, quo egit, non sustinetur tamquam ex codicillis, licet requisita ad eos adsint. Vid. Grassum *d. §. Testamentum, qu.* 10. & Vasq. *De success. creat. §.* 11. *n.* 12. *& seqq.*

45 Hæc ita de jure civili scripto. A cujus dispositione recedunt Canones, qui testamentum non tantum ad pias caussas coram duobus aut tribus testibus conditum sustinent, verùm & extra piam caussam, coram duobus aut tribus & Parocho factum valere volunt, quod in ore duorum aut trium stet omne verbum, *c. Cùm esses.* 10 *&* 11. ⁒ *de test.* Et hoc in suo foro. * Nā quin in foro civili

46 sit servanda solemnitas supra dicta, non est dubitandum, quòd non possit ea videri sublata per Pontificem, nisi quoad suos subditos, cum nec agatur caussa spiritualis, nec subsit peccatum: adjuventa enim ejusmodi solemnitas ad faciliorem exclusionem subornationis. Nec facit, quod dicitur in *d. cap.* in ore duorum aut trium consistere omne verbum: nam hoc accipiendum est de testimonio unius reprobato, cum negotii qualitas interdum plurium fidem desideret, ut patet *ex c. licet.* ⁒ De *testib.* Non etiam urget, quòd in *d. cap.* 10. fiat mentio divinæ legis: nam si ei contrarium foret, plures duobus aut tribus adhibere testes, malè ibi requireretur Parochi præsentia. Non obstat deniq; quòd ibidē damnetur consuetudo Ecclesiæ Hostiensis: hoc enim non alio fine, quàm quòd repugnet generali consuetudini Ecclesiæ, receptæ in testamentis, quasi eam solam non deceat ab eo, quod generaliter in Ecclesia receptum, recedere. Ut minimè sit dicendum per *d. l.* 10. abrogati solemnitatem civilem in foro civili, quæ proinde servanda erit in terris Imperii. Covarr. *ad d. c.* 10. *n.* 3. *&* 12.

47 Quæritur hic, An per Canones aliquid sit immutatum quoad testium qualitatem? Quod non videtur, cum *d. c.* 10. tantum loquatur de numero testium: ut mulier isto jure terris non rectè adhibeatur. Quo facit, quod, quoticumque lex nova minuit testium numerum, non censeatur minuere qualitates, secundum *c.* 1. ⁒ *De operis novi nunt.* quod habet, quando non reperitur aliqua dispositio juris civilis mutata per Canones, non esse inducendam repugnantiam inter justa jura. Facit etiam, quod isto jure desiderentur testes idonei & legitimi, quales hac in materia sunt masculi. Hanc opinionem tamquam probabilem & communem sequitur Covar. *in d. cap.* 10. *in fine.* Clar. *d. §. Testamentum, qu.* 55. *n* 3. Contrarium tamen vult Vigl. *in §. testes. n.* 4. *Inst. de testam. ordin.* Vasq. *success. tomo* 1. *§.* 12. *n* 12. ex ratione, quod testamentis, quæ jure gentium subsistunt (quale volunt esse hoc de quo agimus) non inspiciatur sextus testium. Potest tamen de ista opinione dubitari, cùm non sufficiat quilibet modus probandi voluntatem, sed desideretur coram duobus testibus, aut tribus & Parocho explicetur voluntas. Ut non videatur plane ista testandi forma redacta ad jus gentium, quo non tantùm per testes, sed per alios quoque modos, si de voluntate constet, ea sustinetur, ut paulò post dicetur.

48 Ita tamen prædicta solemnitas servanda in terris imperii, nisi consuetudine aut locorum statutis ab ea sit recessum: quæ in plerisque locis ad juris Canonici decisionem magis accedunt; non tamen eamdem passim solemnitatem desiderant, sed alibi majorem, alibi minorem. Adeò ut etiam aliquibus in locis sufficiat per scripturam, solamque subsignationem testatoris constet de ejus voluntate. Quæ servanda, si scriptura aut subscriptio sit indubitata; nam si dubia fuerit, rejicitur. Ut testamentorum conficiendorum forma videatur pœnè retracta ad simplicitatem juris gentium. Ubi tamen certus testium numerus est præscriptus lege municipali, ille diligenter servandus, uti & alia solemnitas requisita. Quæ ubi deficit, jubet Edictum Sereniss. Principum nostrorum anni 1611. art. 12. hanc formam observari ut testamenta, aliæque ultimarum voluntatum dispositiones signentur à testatoribus & duobus testibus ad hoc vocatis, si scribere sciant, de quo & interrogentur à Notariis Parochisve, qui & in casu, quo scribere nesciant, teneantur ejus rei facere mentionem in instrumento.

49 Ubi quæsitum, An testamento facto minori cum solemnitate, secundùm statuta unius loci, fides sit adhibenda, aut sua constet auctoritas alibi, ubi major solemnitas desideratur? Pro affirmativa parte, quæ verior est, *l. fin. Cod. De testam. & l. fin. inf. De testam. milit.* ubi testamentum conditum in hostico à pagano non tantum valet in loco ubi conditum, sed ubique. Eodem spectat *d. cap. 10. & 11.* ubi minor solemnitas præscribitur in testamento, quod non tantùm valet in terris Ecclesiæ, sed ubique suam vim habet, Bart. in *l. 1. n. 90. Cod. de summa Trinit.* Covar. *ad d. cap. 10. n. 23.* Everardus *Concil. 185.* Gail. 2. *Observ. cap. 123.* Gomez. *ad L. Tauri 3. n. 20.* Facit, quod Notarii instrumentum secundùm loci consuetudinem minori cum solemnitate factum sustineatur alibi, ubi major requisita solemnitas. Ratio est, quod ubi de solemnitate principaliter agitur, inspiciatur locus, in quo facta dispositio, sive inter vivos, sive in ultima voluntate, *l. 1. C. de emancipat. 2.*

50 *Cod. Quemad. testam. aper.* * Cui non repugnat, quod statuta unius loci non extendantur ad bona alibi sita: hoc enim verum est, si principaliter aut directò super iis statuant, *arg. l. fin. sup. De jurisdict.* non etiam si per consequentiam tantùm ratione actus ibi celebrati, quod nihil involvit absurdi, Bart. *ad d. l. 1 qu. 7.* Cujac. *in recit. ad l. Omnes populi in fine sup. De just. & jure.* Et hoc quidem quoad solemnitatem.

51 Major quæstio est de inhabilitate personæ ad testandum uno in loco, quia filiusfam. aut coniugatus, an rectè testetur alibi, ubi non est idem impedimentum? R. Negativè, quòd lex municipalis non disponat nisi circa personas, & extra territorium jus dicenti impunè non pareatur: *d. l. fin.* Cui non obstant dicta modo de solemnitate, quia tantum concernunt modum agendi qui diversus: ut sufficiat illum adhibere, qui usitatus est in loco ubi actus geritur, cujus statutis contrahentes se subjiciunt. Aliud est in addenda qualitate personæ, quæ addi nequit nisi subjectæ, nihil faciente alterius consensu. Bart. *ad d. l n. 16.* Gail. 2. *Obser 124. n. 13.* Quæ decisio ita procedit, ut ne quidem in loco foraneo secundum cujus leges testamentum est conditum, teneat, quoad bona ibi sita, cùm, non subsistente principali nequeat subsistere accessorium, nec bona distribui possint

52 juxta dispositionem. * Ediverso testamentum nullum in loco domicilii, ubi lex municipalis testari permittit minime vires suas extendit, ad bona extra territorium, si in eo contraria dispositio obtineat per statuta, Bart. *ad d. l. 1. n. 40.* Peckius *de testam. conjug. lib. 4 cap. 28. n. 5. & cap. 29.* Sic & sanxerunt nostri Principes eodem suo Edicto art. 13. quoad dispositionem circa bona non esse attendendam testandi facultatem domino competentem, sed consuetudinem loci, an ea permittat factionem. Nam si non permittat, ad proximos ab intestato devolventur: testamento facto non obtinente nisi quo ad bona in locis, ubi ea licentia est data. Et hoc quo ad bona immobilia, quorum certus & perpetuus est situs, uti loci legibus necessariò sint subjecta. Diversa ratio esse videtur mobilium, quæ pro lubitu transferre possumus, ut sequantur potius personam, quam loci leges. Chassan. *ad Consuet. Burg. Rub. 9. §. 16. tant en meubles n. 1. & 2.* Peregrin. *De jure fisci lib. 5. tit. 2. n. 4.* Peck. *d. lib. 4 c. 35. n. 7.*

53 Quid in converso casu sentiendum, quo scilicet testari volens in loco domicilii, alibi forte existat, ubi in eam rem licentia est opus, an rectè testabitur, eâ non petitâ? Quod videtur dicendum: uti & dicendum, bona deferri nominatis, saltem ea, quæ sunt in loco domicilii. Ut enim statutum quoad hanc facultatem non potest habilitare personas foraneas, ita nec inhabilitare neque qualitatem adimere, quam habent ex statuto sui domicilii, cui etiam alibi existentes sunt subjecti, ex regula, quod contrariorum eadem sit ratio. Hanc opinionem probare videtur Bart. in *d. l. . n. 27. vers. & ideo.* ubi tradit, quod si statutum habeat, ne vir uxori relinquat, forensem nihilominus rectè relinquere secundùm leges sui domicilii. Idem tradit Gail. *d. loco n. 3* Jason. *d. l n. 8.*

54 * Hæc de testamentis scriptis. Nuncupativa sola voce fiunt, & desiderant eadem solemnia, quæ in scriptis requiruntur, exceptis iis, quæ scripturam concernunt. Ubi olim necessarium erat, ut testator prædiceret, quòd sine scripto voluntatem exprimere vellet; quo hodie opus non est, *l. in testamentis 26. Cod. de testam.* Sufficiet autem coram septem testibus idoneis declaretur voluntas, & coram iis nomen hæredis exprimatur palam voce articulata, id est distincta, ut intelligi possit, *d. l. 26. l. Hæredes 21. n. 1. l. Jubemus Cod. de testam.* Ut formalia verba non desiderentur, sed valida sit nominatio hæredis, quam si femineeis & balbutientis lingua profudit, *leg. Quoniam 15 Cod. d. tit.* Nutu hæres non rectè quis instituitur, *d. l. 9* uti nec ex conjectura quis rectè vocatus intelligitur *l. un inf. Si tab. testam. nulla ex tab.* quod ea res contineat in certitudinem.

Hinc

55 Hinc quæritur, An ad interrogationem alterius hæres rectè censeatur institutus? Posset videri non rectè, si jus scriptum inspiciamus, eo quòd *d. l. Iubemus 29. Cod. De testam.* requiratur ut nominetur, ad evitandam falsitatem. Contrà, tamen vult Glossa in *d. l. 29.* satisfactum scilicet esse legibus, si ad interrogationem alterius testator dixerit, se velle nominatum esse hæredem. Quæ sententia a Doctoribus probata, & usu recepta, ut tradit Clar. *d. §. Testamentum qu. 37.* & facit eò *leg. 8. §. at cum humana Cod. Qui testam. fac. poss.* ubi dispositionem per aliam conceptam recitatam coram testibus confessus se agnoscere, ut elogium suum ultimum, dicitur rectè testatus. Vid. Covar. *ad c. Cum tibi num. 4. X de testam.* Grassus *§. Institutio quæst. 17. num. 5. & seq.* Kinschor. *Resp 23.* Roder. Suarez. *Allegat. 1. n. 25. & seq.*

56 Quæri etiam solet, An in hoc testandi genere valeat institutio hæredis, relata ad certam scedulam, continentem nomen hæredis? Quod aliqui volunt, per *l. Si ita scripsero 3 X. inf. de condit. & demonst.* & per rationem, quòd paria sint, aliqua exprimi, vel indicari per relationem ad aliud. Ad idem facit *l. Asse toto 77. inf. De hared. instit. l. Institutio De condit. Instit. & l. Quem heredes 25. De reb. dub.* Gomez. *t. Var. resol. c. 2. n. 6.* Quæ opinio vera erit, si testator coram testibus testamentum sua manu scriptum esse adseratat, & certo loco collocatum: nam ejusmodi nuncupatio solemnis, implicitè facta per relationem ad aliam scripturam indubitatè facit servandam esse voluntatem. Aliàs si tantum relatio fieret ad scedulam, quâ continetur nomen hæredis, negativa verior videtur, per *l. Hac consultissima §. per nuncupationem Cod. de testam. & l. Heredes 21. hoc tit.* ubi requiritur, ut palam nuncupetur hæres; & per *d. l. 29.* ubi si non fuerit nuncupatum nomen hæredis, non tenet testamentum. Ut videatur esse de forma, cui non fit satis per relationem ad aliud. Jason. *ad d. §. per nuncupationem num. 1.* Covar. *d. loco n. 5.* Grassus *d. §. Institutio qu. 16.* Wames. *conf. de jure Pont. 389. n. 44.*

Nuncupata voluntas si mandetur scripto per tabellionem, manebit nihilominus nuncupata, cùm scriptura tantùm adhibeatur facilioris Probationis caussâ, *l. 4. sup. de fide instrum.* * Hinc patet differentia inter testamentum scriptum &

57 nuncupativum: illud enim in scriptura consistit, quæ salva demonstrat voluntatem; hoc verò in solis testibus, qui si non existant tempore, quo inquiritur de voluntate, possit videri deficere voluntas, qua de re infrà *lib 39. t. 3.* Hæc de testamentis perfectis, & eorum requisitis de jure scripto: quo sunt & aliquæ voluntates non solemnes, quæ tamen ratæ habentur, uti militis, *de qua lib seq.* & voluntas declarata coram Principe, *de qua in l. Omnium 39. Cod. Qui testam. facere poss.* qualis tamen non tam imperfecta, quam perfecta censenda. cum per Principem vel acta suppleatur reliqua solemnitas.

De Testamento imperfecto inter liberos.

Voluntas quoque parentis licet imperfecta inter liberos sustinetur. Quod primò constitutum à Constantino, in *l. fin. C. Fam. recis.* postea repetitum fuit à Theodosio & Valentiniano, in *l. Hac consultissima 21. §. ex imperfecto Cod. De testam.* ubi dispositio parentis inter liberos, licet solemnitate legum destituta, quibuscumque verbis vel indiciis, id est notis, interprete Cujacio, facta sive scripta tenet. * Et hoc inter liberos tantum: nam si qua extranea persona mixta fuerit, eique relictum aliquid, peti id ipsum non posse ibidem dicitur, quasi non relictum. Comprobavit Justinianus eas Constitutiones, *Nov. de testam. imperf.* 107. non aliàs tamen, quàm si parens litteras doctus manu propriâ testamenti tempus, liberorum nomina conficiat, partesque, quas adsignat, non signis sive notis, ut antea permissum erat, sed literis clarè designet, ut de ejus voluntate certò constet. Hoc præterea addidit, quòd extranea quidem persona tali scriptura inutiliter instituatur, relictum tamen uxori aut extraneo legatum, fideicommissum, libertas, debeatur, quatenus propria manu scripsit, dixitque coram testibus non paucioribus, ut videtur, quinque; qui numerus desideratur in omni ultima voluntate non solemni, *l. fin. C de codicill.* * Divisionem quoque rerum suarum inter liberos factam, & ad patris mandatum liberorum subscriptionibus firmatam, ratam haberi voluit eadem *Nov. 107. §. fin.* quale testamenti genus videtur contentum eâ probatione, quæ jure gentium sufficit. Ut duos testes adhibuisse sufficiat, etiam mulieres, quas ab ultimis voluntatibus solemnitas tantum juris civilis excludit. And. Gail. 2. *obser. c. 118. n. 6.* Imò & sola testatoris scriptura, aut ejus subscriptio, *d. l. fin. vers. sive Epistola parëtis esse memoretur, si ve quocumq; alio modo &c. Cod. Fam. ercisc.*

58

59

60

& *d. Nov.* 107. *in princ. in verbis, omnibus modis tenere* : modò sit scriptura parentis indubitata; nam circa illam dubitatio induceret incertitudinem, quæ utique incertitudo caussaret nullitatem. Clar. *d. §. Testamentum qu.* 7. Gail. *d. loco n.* 7.

61 Rationes autem, cur voluntas parentis inter liberos imperfecta admittatur, diversæ adsignantur. Alii volunt id parentum favori datum: alii in liberorum favorem ita esse constitutum. Verius est Imp. respexisse quidem favorem parentum, ut, quatenus de eorum judicio constaret, licet minùs solemni, hoc ipso custodiretur; conjunctim tamen & favorem liberorum, cùm non aliàs talem voluntatem valere velint, quàm inter liberos tantùm.

62 Sed hic quæri posset, An necesse sit, liberi instituantur hæredes? Et dicendum, omissâ institutione, esse sustinendam voluntatem, quòd institutio ad solemnitatem jure civili requisitam spectet, quæ hic non consideratur; quodque fieri & in codicillis & in epistola possit, quam hic valere dictum suprà. Tenet hanc opinionem Jason, in *Auth. Novissimam* 16. *Cod. de inoff. testam.* & verior videtur, licet alii, quos citat Gail. *d. loco n.* 10. teneant contrariam, ut communem. Pro quibus nihil facit, quòd *d. Nov.* 107. dicatur, *scripserit eos haredes*; hoc enim accipitur non de propria institutione, sed secundùm materiam subjectam, de adsignatione portionis, quam quemque vult habere parens. Nec est quod aliquis ponderet *Novell. Ut cùm de appellationib.* 115. *§. aliud quoque*, in qua generaliter titulus acquiritur institutionis; nam ea non retrahenda ad hoc singulare genus testamenti, in quo nulla desideratur solemnitas, secundum jam dicta. Vid. Papon, 20. *Arrest. tit.* 1. *cap.* 7 Boët. *qu.* 167.

63 Consequenter quæri potest, An exhæredatio in tali testamento facta aut præteritio sustineatur? Quod non dicendùm; imò tota dispositio corruet, cum passim loquatur de dispositione inter liberos, quibus unciæ quædam relinquuntur: præcipuè *d. Novell.* 107. ubi vult designari uncias, in quas sunt scripti liberi, ut præteriri aliquis eorum nequeat aut exhæredari. Deinde exhæredatio non habet locum, nisi in testamento perfecto, excepto militari. Præterea in *d. l. fin.* minùs solemnis voluntas patris dicitur servari officio & æquitate arbitri familiæ erciscundæ; quod non habet locum nisi inter cohæredes, quibus annumerari nequit exhæredatus. Denique talis voluntas sustinetur etiam ex favore liberorum, quæ admissâ exhæredatione potiùs contineret onus. Et ita rectè tenet Anton. Faber, *Decade* 36. *Errore* 5.

64 Ex dictis resultat & hæc quæstio, An sit necesse, unciæ singulis adsignatæ sint æquales? Non esse necesse ex eo patet, quod aliàs privilegium ejusmodi non foret magni momenti. Et hoc satis indicat *d. Nov.* 107. *§.* 1. ubi dicuntur partes designandæ à parente, nullâ factâ mentione æqualitatis. Servanda tamen singulis legitima, quam parens minuere nequit. Quòd facit textus in *d. l. fin. Cod. Fam. ercisc.* ubi divisio facta a patre dicitur servanda: quod frustrà præciperetur, si æqualis esse deberet, quia nulla foret ratio dubitandi.*

65 Quòd si alicui liberorum integra legitima non fuerit relicta, illi supplementum salva est actio, quia rationi minùs consonat, ut, quod in testamento perfectum est concessum, in tali dispositione non permitteretur; atqui illo agitur ad supplementum, *l. Omnimodò* 30. *C. de inoff. testam.* Nihil obstante, quòd legitima hodie sit aucta, quia ea res nihil minuit jus petendi supplementi. Non obstante etiam quòd testamentum sit imperfectum, cùm lex talem voluntatem voluerit suum sortiri effectum: ut, cum de legitima nihil sit dispositum, hoc ex prioribus legibus veniat supplendum, ita postulante æquitate, Grassus *§. testam. quæst.* 11. *n.* 8.

66 Ut autem voluerint Imp. dispositionem istam, licet solemnitate legum destitutam, quibuscumque verbis indicatam valere, sunt tamen qui testes desiderent. Cujac. *Consult.* 1. Nititur hoc argumento, quòd nulla voluntas, licet imperfecta, sine testibus consistat. Receptior & verior est opinio, testes necessariò non desiderari, modò aliter de voluntate constet per propriam & indubitatam testatoris scripturam, sive alias, quam vult Imp. custodiri, *d. l. fin.* Et in *d. §. ex imperfecto* vult tenere talem voluntatem in distinctè: & clarius in *d. Nov.* 107. *in princ.* vult *morientium voluntates quando sunt parentes, omnibus modis inter filios tenere.* Nec facit, quod passim requirantur testes; hoc enim in testamento perfecto, non etiam in hoc de quo agimus. Nec facit, quòd in *d. leg.* 21. postquam Imp. signationis mentionem fecit & subscriptionis, subjungat exceptionem in *d. §. ex imperfecto*: neque enim ea restringenda ad duo illa præmissa, cum generaliter alia loca loquantur, & indistinctè; ut aliter intelligi nequeāt, nisi velim legis intentionem invertere, cū non sit ratio, quare potiùs requirantur testes, quàm alia solemnia. Nihil facit *d. Nov.* 107. *§.* 1. quæ requirit coram testibus declarari voluntatem, hoc enim non aliàs

aliàs, quàm ut talis voluntas sustineatur quoad legata & fideicommissa relicta extraneis, quæ alias haberentur pro non scriptis: ut quoad liberos vel nulli requirantur, vel duo sufficiant. Vid. Fachin. 4. *Contr. c.* 1.

67 Controversæ quæstionis est, An ista voluntas sustinenda veniat ut testamentum? Sunt qui hoc omninò contendant, per *d. Nov.* 107. §. 1. in quo dicitur, ex imperfecto testamento voluntatem parentis tenere, & omnia firma futura, *nihilo minuenda, eò quòd videantur in charta scripta, reliquam observationem testamentorum non recipientia.* Alii non nisi ab intestato nominatos venire volunt, per *d. l. fin.* in verbis, *licet ab intestato liberi vocentur.* Nec mirum videri debet, esse dispositionem parentis, & tamen succedi ab intestato: nam & fideicommissa, & legata, quæ spectant ad dispositionem, ab intestato rectè relinquuntur. Verùm quocumque nomine ista voluntas veniat, sive testamenti imperfecti, sive intestati, certum est dispositionem omninò servandam esse. Vide Forster. *de success. lib.* 1. *c.* 23. Fachin. 4. *Contr. c.* 4.

68 De testamento inter liberos loquitur Imp. ut etiam inter liberos legitimos sit habitura locum ista decisio, cùm & liberi legitimo nomine liberorum veniant, illisque debeatur hæreditas, & sint vel instituendi hæredes vel exhæredandi, ut infrà suo loco dicemus; nec immutatum quidquam super hoc per *d. §. ex imperfecto*, aut per *d. Nov.* 107. Fab. *d. loco Errore* 6.

69 In naturalibus tantùm communius & verius est, non sustineri istam dispositionem, cùm *d. l. fin.* tantùm loquatur de suis & emancipatis, qui ab intestato succedunt, quod non competit naturalibus, Fachin. *d. lib.* 4. *cap.* 3. Faber *d. loco Errore* 5. Vult tamen Covarr. *ad* 4. *Decretal p.* 2. *cap.* 8. §. 4. *n.* 21. etiam inter solos naturales sustinere tale testamentum, quatenus patet secundùm formam, *Auth. Licet Cod. de natural. lib.* relinquere testamento talibus liberis potest, quod & probat Gumez *ad L. Tauri* 3. *n.* 54. In matre non est quæstio, cùm naturales ei non minùs sint liberi, quàm legitimi, ut & succedant ab intestato, uti dicetur inferiùs *ad t. de suis & legit.*

70 In legitimatis per subsequens matrimonium prædictam decisionem locum habere nullum est dubium, cùm habeantur, ac si essent ab initio legitimè nati. Legitimatis per oblationem curiæ & per rescriptum idem videtur competere, cum Claro *d. §. Testamentum quæst.* 12. quòd sint redacti ad instar legitimatorum liberorum, quod & probat. Gail. 2. *Observat. cap.* 142. *n.* 12. Faber. *Decade* 35. *Errore* 6.

Hæc ita quoad testamentum inter liberos, non etiam quoad extraneam personam, cui relictum tali testamento non debetur, nisi uno casu, de quo suprà.

71 Piam caussam non venire nomine extraneæ personæ aliquorum est sententia, qui putant tali testamento relictum deberi. Verùm istorum opinio non procedit secundùm jus, cùm revera inter extraneas personas computetur, nec à lege liberorum loco habeatur, nisi in casibus jure expressis. Nihil facit *l. 1. Cod. de sacros. Eccl.* quâ permissum cuique Ecclesiis aliisque piis locis ultimâ voluntate hæreditates, legata, fidei commissa relinquere, non distinguendo, res mobilis sit, an imobilis, non tamen nisi solemniter; neque enim de solemnitate quid remittit, etsi hoc velit ibi Bart. in *l. 1. Lect. num.* 6. cum simpliciter loquatur, ut non videatur testamentorum solemnitates intervertere voluisse, non factâ ejus rei mentione contra decisionem *l. Præcipimus* 32. *in fine Cod. de appellat.* Facit textus in *l. Generali* 13. *Cod. d. t.* ubi datur similis quædam testandi licentia, cum clausula, *secundum juris rationem.* Aliter se res habet, inspectis Canonibus, qui duobus testibus munitam voluntatem in piam caussam sustineri volunt, *cap. Relatum* 1. *ti. de testament.* Quod & servandum esse in foro civili, saltem quoad piam caussam, vult Abbas *ibi num.* 2. Covarr. *num.* 1. Bart. *ad d. l. 1. Lect.* 2. *circa finem.* Imo communiter receptum etiam sine testibus voluntatem, modò de ea aliàs constet, licet non solemniter, sustinendam esse, quâ de re videatur Tiraq. *De privil. pia caussa privil* 28.

72 Dubitatur hic, An dicta de testamento inter liberos obtineant etiam in nuncupativo? Ita tenet communis sententia, quæ magnam habet æquitatis speciem, quam tenet Glossa in *d. l. hac Consultissima §. ex imperfecto C. de testam.* Pro qua facit, quòd aliàs litteratum imperiti isto privilegio fraudarentur. Nec obstant loca superiꝰ allegata: nam *leg. fin. Cod. Fam. ercisc.* loquitur etiam de voluntate declarata verbis: & *d. §. imperfecto* indistinctè agit de testamento imperfecto, quale etiã esse potest nuncupativum. Quod habetur in *d. Nov.* 107. §. 1. non est accipiendum, nisi quatenus scripto, aliquis vult testari. Clar. *d. loco quæst.* 11. Gail. *d. loco num.* 4. Si tamen subtiliùs inspiciamus eadem loca, posset videri dictum privilegium non concernere nuncupativum, cum requirant pro forma, ut scripto declarentur liberorum

portiones & nomina: quam opinionem amplectitur Faber. *d. loco cap.* 4.

73 Loquuntur autem dicta loca de parentibus testantibus inter liberos: ut non sint trahenda ad testamenta liberorum, quibus vocantur parentes, sunt enim correctoria, atque ita non extendenda, sed accipienda, ut quam minimùm derogent juri communi. Facit, quòd non subsit eadem ratio, cùm magis ordinata sit successio liberorum in hæreditatem parentum, quàm è contrà, *leg. Nam & si* 15. *sup. De inoff. testam.* Et ita communiter teneri adserit Boerius *decis.* 240. Jason. *ad d. l.* 21. §. 1. n. 4. Grassus *d.* §. *Testamentum. qu.* 15. *n.* 6.

74 Dicta de testamento imperfecto inter liberos vera sunt, quatenus est defectus solemnitatis: nam si fuerit imperfectum ratione voluntatis, neutiquam subsistet, *arg. l. Divus inf. de testam. milit.* quia aliàs contra voluntatem inducerentur privilegia, pro ejus conservatione inducta. Vide Grassum *d. loco qu.* 12.

TITVLVS II.

De liberis & posthumis hæredibus instituendis, vel exhæredandis.

SUMMARIUM.

1. *Hæredes alii necessarii, alii sui & necessarii.*
2. *Liberi vel instituendi vel exhæredandi.*
3. *Exhæredationis forma olim usitata.*
4. *Hodie liberi omnes indistinctè instituendi vel exhæredandi nominatim.*
5. *Emancipati præteriti an dicant testamentum nullum?*
6. *Exhæredatio ab omnibus gradibus facienda.*
7. *Item purè & à tota hæreditate.*
8. *Nepotum exhæredatio quatenus necessaria.*
9. *Caussa exhæredationis hodie exprimenda.*
10. *Caussâ non expressâ an testamentum sit ipso jure nullum, vel rescindendum?*
11. *Intellectus* Novellæ 115. c. 3. in fine.
12. *Novi juris quid induxerit eadem Novella.*
13. *Caussæ plures vel graviores an admittendæ?*
14. *In pœnalibus à similitudine rationis non proceditur.*
15. *Caussam sufficientem exhæredationis an præbeant nuptiæ sine consensu parentum contractæ?*
16. *Caussa hæc restringenda ad filias.*
17. *Iure Canonico validæ sunt hoc casu nuptiæ.*
18. *Secundum statuta locorum multorum talis exhæredatio tenet.*
19. *Caussa ingratitudinis an per reconciliationem extinguatur?*
20. *An per pœnitentiam?*
21. *An in furorem lapso filio?*
22. *An per ingressum in Religionem?*
23. *Præteritio materna est pro exhæredatione.*
24. *Item paterna quoad emancipatos.*
25. *Facit hæc quoad suos testamentum ipso jure nullum.*
26. *Præteritio interdum est vice exhæredationis.*
27. *Præteritio ante patrem morientem testamentum manet nullum.*
28. *Abstentione præteriti validatur testamentum.*
29. *Filia, quæ renuntiavit successioni paternæ, an præteriri à patre possit?*
30. *Hodie vi statuti jurata renuntiatio excludit filiam.*
31. *Ex testamento inutili nihil olim debitum: hodie eo per querelam everso, reliquis salvis, sola institutio corruit.*
32. *Non etiam in casu præteritionis paternæ.*
33. *Liberi an teneantur instituere vel exhæredare parentes?*
34. *Cur liberi fuerint instituendi vel exhæredandi, non etiam parentes?*
35. *Posthumi sive Postumi etymologia.*
36. *Postumus quis dicatur.*
37. *Postumus vel est suus, vel alienus.*
38. *Postumi sui vel instituendi vel exhæredandi.*
39. *Postumi alieni an institui potuerint?*
40. *Intellectus* l. penult. De legatis 1.
41. *Intellectus* §. postumus autem 28. Instit. De legatis.
42. *Concessum olim masculis instituere filios postumos.*
43. *Non etiam fœminis.*
44. *Nepotes postumi qualiter ex formula Galli institui potuerint.*
45. *Casus mortis, de quo Gallus, an alios similes comprehendat.*
46. *Conciliatio* l. Commodissimè 10. hoc t. cum l. fin. Cod. De post. hæred. institut.
47. *Nepos in formula Galli an censeatur institutus?*
48. *Filius necessariò instituendus.*
49. *Formula Galli provisum nepotibus, qui mortuo avo nascuntur.*

50. Non

50. *Non etiam qui vivo avo.*
51. *Posthumus natus rumpit testamentum.*
52. *Ex sectio licet ventre editus nec monstruosus.*
53. *Modò etiam nascatur vivus natusque mox decesserit.*
54. *Nascatur & perfectus, seu mense perfecto.*
55. *Mense alio natus an rumpat testamentum?*
56. *Natus undecimo mense an justus filius dicendus?*
57. *Nativitate posthumi testamentum in totum rumpitur.*
58. *Licet quis ignorans posthumum præterierit.*
59. *Posthumos etiam jure novo rectè exhæredari.*
60. *Intellectus* l. Si quis 3. §. legis autem C. De inoff. testam.
61. *Communis opinio non semper verior.*

1 Hæredes alii sunt necessarii, servi scilicet; alii sui & necessarii, ut liberi; alii extranei, *Instit. De hæred. qualit.* Liberi non omnes sui & necessarii, sed tantùm in potestate proximum gradum habentes: ita dicti, quòd ipso jure sint hæredes, ut aditione non egeant, quasi proprii & domini nati hæredes, non aliunde acciti, cùm quasi domini rerum paternarum, etiam patre vivo, habeantur, *§. Sui inst. d. tit.* quarum dominium non tam de novo iis acquiri per mortem patris dicitur, quàm in eos continuari, earumque libera administratio concedi, *l. in suis 11. h. t.* Atque hoc de jure civili: nam Prætor abstentionem concessit, ne debita paterna essent liberis oneri, *d. §. sui.*

2 Ob prædictam caussam inter cætera, quæ in testamentis ordinandis desiderantur; præcipuum jus est in liberis vel instituendis vel exhæredandis, *l inter cætera h. t.* Institui eos lex voluit, ut hoc modo confirmaretur prædictum dominium in liberis ex voluntate patris, exhæredari verò, ut ab isto dominio per judicium paternum removerentur. Nam aliàs procederet dispositio legis continuans prædictum dominium in liberos, & pro non scriptis habens aliter à patre disposita, ut dicemus infra.

3 In exhæredationis forma variatum: nam olim exhæredandi erant masculi quidem sui nominatim: fœminas vero sufficiebat inter cæteros, quod Theophilus interpretatur *ἀορίστως*, id est indefinitè, exhæredari. Posthumorum præteritio non quidem testamentum nullum ponebat, ut dicetur inferiùs, faciebat tamen illud rumpi eorum nativitate: unde & horum exhæredatio admissa, masculorum quidem nominatim, fœminarum verò inter cæteros, dummodò iis aliquid relinqueretur, ne præteritæ per oblivionem viderentur, *§. posthumi Instit. h. t.* Emancipatorum, quòd extra potestatem essent, non habebat rationem lex civilis. Prætor tamen masculis non nominatim, fœminis non inter cæteros exhæredatis bonorum possessionem contra tabulas deferebat, *§. emancipatos Inst. d. t.*

4 Circa hanc partem jure posteriori contigit mutatio, quo sublata sexus & potestatis differentiâ, omnes liberi, tam masculi, quàm fœminæ, emancipati tamquam sui, sunt instituendi aut exhæredandi nominatim, id est, speciali personæ designationem, *§ sed hæc quidem Inst. eod. & l. fin. C. h. t.* sive nati sint, vel posthumi, sive naturâ liberi, sive lege tantum, nam & cum hi post testamentum acciti illud rumpant, *Instit. Quib. mod. testam. infir. in pr.* etiam præteriti ab initio illud nullum ponent. Quam mutationem ad matrem aut parentes maternos non rectè traxeris, cùm *d. l. fin.* tantùm agat de tollenda differentia, quæ erat circa exhæredationem paternam: mater enim non cogitur exhæredare, cùm ejus præteritio sit loco exhæreationis.

5 Quæritur autem, An per *d. l. fin.* aut *d. § sed hæc quidem* emancipati ita suis sint adæquati, ut præteriti dicant testamentum nullum? Hoc aliquibus placuit, ob generalitatem istorum textuum. Sed dicendum, eis non obstantibus minimè eos esse adæquatos suis, atque etiam hodie præteritos non dicere testamentum nullum, sed petere possessionem contra tabulas, uti apertè colligere est ex allegatis textibus, & præcipuè ex *d. l. fin.* in cujus proœmio reprehenditur iniquitas juris veteris, plus tribuentis masculis, quam fœminis, quam corrigere se velle narrat ibi Imp. cujus proinde correctio non est extendenda ad ea, quæ non sunt vitiosa; non est autem vitiosa differentia inter suos & emancipatos. Præterea in *d. l. fin. versic. sancimus*, datur fœminis suis idem remedium, quod habent masculi sui, emancipatis autem, quod habent masculi emancipati, ut præteritæ dicant testamentum nullum, si sint suæ, ad instar masculorum suorum, vel evertant per possessionem contra tabulas, si sint emancipatæ adinstar emancipatorum; quæ distinctio magis confirmat jus vetus, quàm corrigit. Alciat. 3. *Paradox. cap.* 10.

6 Nominatim itaque facienda exhæredatio, & quidem ab omnibus gradib9; neque enim ab uno facta aliis suffragabitur, *l. 3 § 2. hoc tit. & l. 3. §. fin. inf. de injusto rupto &c.* exhæredatio non expresso gradu facta excludit ab omnibus gradibus, stante:

si ante institutionem facta fuerint, *d. l. 3. §. ante.* quòd videatur posita in principio causâ fundandi testamenti. Idem est, si post omnes gradus fact a, *l. 1. C. h. t.* quod clausula in finem rejecta soleat præcedentia determinare, etiamsi hoc non exprimatur, appareat tamen eo consilio hoc scriptum, *d. l. 1.* Inter duos autem gradus posita exhæredatio ab utroque excludit, *d. l. 3. § filius*, cum in medio posita clausula tam ad sequentia quàm ad præcedentia pertineat, nisi aliam voluntatis conjecturam sumi faciant adjuncta.

7 Præterea necesse est purè fiat, *d. l. 3. § purè*, certo enim judicio liberi à parentum successione sunt removendi, *l. sed sup. conditione 16. inf. de bon. poss. contra tabb.* & ab omni hæreditate, ut ex re certa, veluti fundo, tantum exhæredatus, non possit videri exhæredatus, ex reliqua bonorum parte: nam licet institutio ex re certa trahatur ad omnia bona, non tamen exhæredatio; illa enim favorabilis est, atque ita juvanda, hęc verò odiosa, *l. Cùm quidem 19. h. t.* Non fiat post aditam hæreditatem, *d. leg. 3. § filius*, cùm impossibile sit, ex testamento, in quo filius est præteritus, adiri hæreditatem, *l. Si quis 68, inf. de hæred. inst.* Duar, *De lib. & posthumis c. 3.*

8 Exhæredatio hæc non desideratur nisi in liberis habentibus proximum in potestate gradum, ex ratione antè dicta. quo modo nepotum exhæredatio, si suorum locum non obtineant, non est necessaria, nisi secundùm legem Vellejanam velit quis testamento suo providere, qua de re inferiùs hoc ipso Tit Nepotem suum institui debere patet ex pręcedentibus, etiam si existat filius emancipatus, ex quo est ille nepos: nam emancipatus est extraneus, & præteritus non dicit testamentum nullum.

9 Caussa, ob quam exhæredatio fiat, expressa olim desiderabatur: incumbebat enim exhæredato probare se non fuisse ingratum, *l. Liberis Cod. De inoff. test.* Hodie caussa exhæredationis est exprimenda, & ab ipso hærede probanda, *Nov. Vt cum de appellat. cognosc. 115. §. aliud quoq, cum seq.* & quidem una ex ibi positis. Sunt autem causæ quatuordecim ex quibus parentes cum effectu exhæredant liberos; octo, ex quibus liberi exhæredant parentes. Tres caussæ ponuntur in *Nov. de nupt. 22. §. & quoniam sumus pen* per quas à lucro hæreditatis fraternæ excluditur frater.

10 Quæritur hic, An una ex relatis ibi caussis ita necessariò sit exprimenda; ut exhæredatio fine caussæ expressione sit omninò nulla, & inrestatū ponat testatorem. Voluerunt hoc veteres pleriq; ad *Auth. Non licet & Auth. Ex caussa Cod. h. tit.* quasi deficiente necessario per legem requisito Moventur verbis *d. Auth. Ex caussa*, in qua dicitur, irritum esse testamentum quo ad hæredis institutionem, ratione caussæ omissæ: & per *d. Nov. 115. § aliud quoq*, ubi Imp. ait, non licere penitus parentibus liberos exhæredare, aut præterire, nisi ex una caussarum ibidem relatarum, & quidem testamento inserta, & probata per hæredem: ut omissione ejus velint induci nullitatem, secundùm *l. 5. C. de LL.* Ut non desint quoque qui querelam inofficiosi minus hodie usui esse veline, quòd vel per caussam adjectam probatam excludatur filius, vel per omissam aut non probatam testamentum corruat. Bart. Castren. & alii *ad d. Auth. Ex caussa.* Idem vult Cujacius in *l. 4. h. t.* nullo tamen adducto argumento.

Verùm conformius est juris textui, omissionem caussæ non ponere exhæredationem nullam, & per consequens nec facere testamentum irritum, ut rectè tradit D. Vigl. *Inst. de inoff. testam. in pri.* & Duar. *h. t. c. 3. vers. 7.* Pro qua parte primò facit, quòd ante illam Novellam 115. exhæredatio sola suffecerit, ad testamenti valorem, caussæ autem expressione opus non fuerit, quòd jus cùm non doceatur mutatum, non est impediendum stare etiam hodie, *l. præcipimus in fine, C de appell.* Nec facit, quòd Imp. *d. Nov.* prohibuerit fieri exhæredationem, nisi una ex caussis ibi relatis expressâ, cum non inveniatur in defectum ejus testamentum annullasse: ut procedat, quod dicitur multa prohiberi fieri, quæ facta tenent. Nec rectè infertur, frustrà exhęredationem ex causa præceptam esse; nam eam tantùm præcepit Imp. ad faciliorem exclusionem querelæ, cui aliàs locus foret. Facit secundò pro hac parte textus in *d. §. aliud quoq*, ubi dicitur testamentum aliter, quàm ibi præcipitur, factum scilicet non expressâ caussâ, aut ea non probata, evacuari, & rescindi quoad institutionē. Quę verba pertinent ad privationem, quæ præsupponit habitum, atq; ita actum validum: aliàs malè diceretur, cætera capitula sustineri, id est non evacuati, cùm ex testamento nullo nihil debeatur. * Ubi ineptum est, quod aliqui verba ista, *evacuari, rescindi*, impropriè velint accipi, cùm ad inducendam correctionem juris non debeant verba, impropriari: neq; ex illis impropriè acceptis correctio induci, quippe quæ strictè accipienda sit, nec aliàs admittenda, quàm si manifestum sit, id velle legislatorem. Quod non fit per verba impropriè accepta, cùm illa potius ambiguū sensum ponant: in ambigua 11

au-

autem oratione ea accipienda, quæ vitio caret, *l. In ambigua 10. de LL.* Quò facit quod tradit præses Everardi, in *Loco à ratione legis n. 15. & 16. & Loco à contrario sensu n. 9.* per repetitiones, & subauditiones, vel tacitos intellectus non induci correctionem iuris, quòd per eos non possit dici constare de expressâ mente legislatoris. Temerè equidem pro communi veterum sententia adferuntur hæc *d. Nov.* verba, *Hæc si observata non fuerint, nullum præjudicium liberis generari*: nam illa adducentes monitos velim non esse judicandum de lege, nisi tota ea lectâ. Quâ lectâ constabit, verba ista parum facere, cum spectent ad effectum querelæ, per quam exhæredatio subvertetur, & sine effectu erit, ut indicant, verba sequentia, *sed quantum ad institutionem hæredum testamento evacuato &c.* quæ volunt testamentum subverti, si præcepta in *d. Nov.* observata non fuerint. Non ergò exhæredatio est nulla, quia non veniret evertenda: nisi quis velit suspendi testamenti vim, & demùm non probatâ caussâ illud in irritum concidere. Quod est sophisticum, scilicet subtilitatem excogitare inutilem, ita torquendo verborum sensum, quæ aliàs commodam habeat interpretationem.

Nihil obstat *de Auth. ex caussa*, ubi dicitur irritum fiere testamentum; cùm tantùm sit summarium, desumptum ex *d. Nov. 115. §. aliud quoque & §. justum autem*, cujus nec verbis sive textum in spicias Græcum, qui habet, τῆς διαθήκης ἀνατρεπο-μένης: *privato auctoritate, subverso, everso testamento*, sive Latinum, qui habet *evacuato, rescisso*, nec menti respondet: ut potius sit standum ipsi textui originali.

12 Frustrà etiam objicitur, quod aliàs constitutio dictæ Novellæ nihil operaretur, cùm per eam sint certæ caussæ definitæ, per quas insertas testamento & probatas per hæredem exhæredatio sustinetur. Quæ olim non erant apertè declaratæ, aliquæ verò etiam expressæ, non dignæ ad caussandum exhæredationem; omissæ autem quæ dignæ erant. Prætereà vult ibi Imp. caussam exprimi & probari hæredem ut exhæredatio operetur exclusionem querelæ, non etiam, ut olim, reprobari caussam per ipsum exhæredatum. Quo modo hodie non erit audiendus hæres scriptus ad exhæredati exclusionem, allegans ingratitudinis caussam testamento non expressam, ejusque offerens probationem, cùm expressio caussæ videantur esse loco formæ, ad exclusionem querelæ, cujus defectus actum vitiat; formæ autem à jure publico inductæ non derogetur per testatorem, *l. Testandi 17. C. de testam. l. Nemo 55. inf. de legat. 1.* Et hanc sententiam veriorem vocat Vasq. alios citans, *in tract. de successionib. tomo 1. § 30. limit. 34. n 179.* Cæterù non est frustranea hæc quæstio, cum si testamentum ipso jure nullum fuerit, nihil ex eo debeatur, & agi possit per años 30. si verò per querelam everti debeat, cætera firma maneant, exceptâ institutione, quam querela hodie solum evertit, proposita tamen intra quinquennium. Vigl. *Instit. De inoff. testam. in princ. n. 4.*

13 Expressit autem Imp. in *d. §. aliud quoque* certas exhæredationis caussas. Ubi sese offert quæstio, An ex simili vel gravioris culpæ caussâ exhæredatio facta, eâ probata repellat exhæredatum, dato quòd gravior caussa dari possit, quod tamen quis rectè negaverit affirmantium opinio communi esse recepta, ut videre est apud Gomez *Var. 1. c. 11. n. 13.* Nititur primò, quod ubi par vel major delicti est qualitas, eadem sit ponenda pœna, ne paria aut majora crimina sint impunita. Secundò *l. Non possunt de legib.* ubi quia sigillatim omnes casus lege comprehendi nequeunt, permissa est extensio ad casus similes. Tertiò per textum in *§. porrò, versic. sed quia lib. 2. Feudor. tit. 24.* ubi cautum in uno ad aliud tacitè trahitur, in quo est eadem aut major ratio. Quibus non obstantibus, verior est negantium opinio, propterea, quod dum certas caussas exprimit, videatur negare, ob alias caussas justam esse exhæredationem. Quod non tantū colligitur ex tacita mente, verùm & ex verbis expressis, cùm ibidem, præter caussas expressas nolit alias adjici posse. Ubi non rectè eum aliquibus respondeis, tantùm prohiberi extensionem ad caussas prioribus legibus contentas minùs sufficientes: nam cùm agatur de exhæredatione, quæ pœna est, nō est inferenda sine lege, quæ ex certis tantùm caussis eam admisit. Ut non sit liberum judici arbitriū de querelæ caussa judicare, sed tantum secundum expressas legibus caussas. Quod satis patet ex *d. §. aliud quoque*, ubi immeritò reprehenderet Justin. veteres, quòd caussas aliquas dignas prætermisissent, indignas autem expressissent, si Centumviris erat licentia supplendi caussas; ut, quod illis non fuit permissum, nec hodie sit admittendum. Facit etiā, quod reprehensione non careret Imp. qui in eo, in quo veteres negligentiæ arguit, ipse deficeret, rē plenè non determinando, sed admittendo extensionē ad alios casus, præcipuè in pœnalibus. Ubi insulsum est dicere, exhæredationē continere favorem parentis, cum sic nulla pœna dicenda esset odiosa, quia pœna omnis suū habet favorem, vel publicū vel privatū, adeoque inutilis foret regula, quę habet, odiosa esse restringēda.

14 Ex quibus patet solutio ad primum argumentum. Non obstat secundum; * quia cum de poena agitur, non proceditur ex similitudine rationis, quia poena non excedit proprium casum, ut habet Glossa in *c. poenis 29. De R. I. in 6.* Cujus ratio est, quod lex poenalis, licet nitatur ratione, praecipuè tamen voluntate legislatoris poenam inducentis, quae possit esse alia in casu non expresso, & potissimum ubi lex prohibuit extensionem, nisi subsit identitas rationis in lege expressae. Quod aliqui idem volunt in ratione satis intellecta, cum ratio non ideo habeat legis effectum, quia in se talis. Huc facit, quod habeat *l. 6. §. 1. inf. de interd. & releg.* ubi Praesidi provinciae non est deportatio, cui tamen est jus gladii, *l. 6. §. qui universas sup. de off. Praesid.* Nec facit, quod, speciali jure ita sit constitutum; nam & hoc in casu certae caussae adsignatae sunt speciali jure, ultra quas Imp. alias admitti vetuit.

Ad tertium quòd attinet, dicendum ibi agi de feudi amissione, & sic de re diversa: ut extensio ibi facta per consuetudinem non debeat obtinere hac in materia exhaeredationis omninò separata, & juris scripti. Videatur Vigl. *Inst. de inoff. testam. in pr. n. 4. & de exhered. liberor. §. fin. n. 8.* Alex. *ad Auth. Non licet n. 4. C. h. t.* Connanus *Com. lib. 9. c. 10. n. 6.* ubi notat exhaeredationem ex caussa perduellionis admittere nihil huc attinere, quod ad vindictam publicam pertineat, non etiam primariò ad privatam patris.

15 Inter caussas exhaeredationis ponuntur etiam nuptiae filiarum sine consensu parentum initae, non simpliciter, sed sub aliqua distinctione, an filia major sit XXV. annis, an minor. Priori casu statuitur, ut, si in corpus suum peccaverit, aut marito libero tamen se copulaverit, exhaeredari non possit, quod imputandum sit patri, qui filiae non quaesivit conditionem; ut juris interpretatione videatur facto filiae consensisse. Posteriori casu ita demùm exhaeredatio procedet, si maluerit vitam turpem eligere, quàm conditioni nubendi à patre oblatae consentire, ob injuriam, quâ parens afficitur, cujus nulla versatur culpa Cujac. *ad Nov. De triente & semisse 18.* Idem voluit si servilis aut alius turpis matrimonii complexibus se polluerit, quod non minùs ad injuriam patris spectet ejusmodi matrimonium quàm turpis vita. Quomodo si digno nubat, non videtur posse exhaeredari, cùm *d. §. aliud quoque* tantum loquatur de turpi vita, quam non potest videri elegisse nupta digno, ne extendamus poenalia.

16 * Loquitur autem *d. §.* de filia, ut videatur filius esse extra exhaeredationem, ne legem poenalem extendamus ad casum non expressum, uti sentit Cujac. *d. loco* Et ratio est, quod major desideretur castitas in filiabus, quam in filiis.

17 * De jure Canonico sine consensu parentum inita matrimonia sunt valida, ut facultate concessâ filius vel filia utens, invitis aut insciis parentibus, non videatur eo jure puniendus, secundum regulam, quae habet, jure permittente contractum initum non mereri poenam, *l. Gracchus C. ad L. Jul. ad ult.* Vide Suarez. *ad l. 2. Fori n. 28. seq. tit. de matrim.*

18 Statutis tamen multorum locorum exhaeredatio & dotis luctorumque nuptialium denegatio est permissa in casu, quo liberi nuptias contrahunt, invitis aut insciis parentibus, etiam dignas. Quae omninò non possunt videri injusta, nam licet ad Ecclesiae tribunal spectet matrimonium, tamen quia est contractus civilis, non est omninò immune à providentia civili, quò minùs ab ea coërceantur abusus contrahentium. Hac praecipuè in parte, cùm & Canones judicent decens & honestum esse liberos exspectare judicium parentum, praecipuèque filias, & non usurpare officium patris. Ut hujusmodi culpae & modo inordinato sit rectè dicenda proposita poena. Nam licet inferior non possit tollere legem superioris, potest tamen ei aliquid addere in ejus confirmationem; ut cum circa substantiam matrimonii, quae subest legi Ecclesiasticae, non disponant statuta civilia, sed tantum modum inordinatum corrigant, non possint dici injuria. Molina *de instit. & jur. Tract. 2. Disput. 176. vers. dubium circa easdem leges* Gomez. *ad L. tauri 49 n. 2.* Covar. *de matrim. p. 2. c. 3. §. 8 n. 6.* Extatque hac de re in Belgio Constitutio Caroli. V. Imp. anni 1540. renovata à Philippo IV. anni 1624.

19 Quaeritur autem, an caussa ingratitudinis censeatur per reconciliationem extincta. Distinguendum est, an reconciliatio intervenerit ante factam exhaeredationem, an postea. Priori casu operabitur injuriae acceptae remissionem, *arg. l. 4. inf. de adimen. leg.* Ut proinde nihil sit, quod vindicandum veniat per exhaeredationem: & hoc sive expressè remiserit, sive tacitè admittendo in pristinam amicitiam; nam & tacita remissione aboletur injuria. Posteriori casu non videtur impedire exhaeredationem, *arg. l. Filio 23. in princ. h. t.* ubi exhaeredatio emancipati ante scripta nocet etiam postea eidem adrogato, neque enim factam condemnationem ad poenam, sive per hominem, sive per legem, reconciliatio invertit, aut jus per eam quaesitum alteri tollit. Nisi appareat

alia

alia conjectura, quam non inducit sola reconciliatio, cum nihil adferat vitii testamento, per quod aut rumpatur, aut irritum fiat. Clarus §. *Testamentum quæst.* 41. *n.* 9. Barbosa *ad l. parte* 4. *n.* 47. *Sotisto matrim.* Suarez. *d. loco n.* 35. *& seqq.* Fachin. 6. *Controvers. c.* 76. *& seq.* Censetur & remissa caussa ingratitudinis, si filius ingratus in communem convictum ac mensam à patre receptus fuerit, Joan. Dilectus *De Arte testandi tit.* 3. *caut.* 17. *n.* 3. Gratian. *Discept. forens. tom* 1. *c.* 140. *n.* 8. *& seq.*

20 Quòd attinet ad pœnitentiam, per eam quidem in foro interiori culpa deletur, non tamen in exteriori actio ad pœnam aufertur, quam læsus rectè intentat, eo quòd per pœnitentiam delictum non aboleatur, *l. Qui eâ mente* 65. *inf. de furtis*, *Glos. communiter receptâ in cap. de his* ❡ *de accusationib.* Covar. 2. *Var. Resol. cap.* 10. *n.* 3. Quod procedit, sive ante exhæredationem pœniteat, sive postea.

21 Si in furorem labatur filius post commissam ingratitudinem, utendum jam dictâ distinctione, ut si ante exhæredationem sit factus furiosus, ea non rectè procedat, siquidem sit species emendationis, cujus non est capax furiosus, ut dicetur inferiùs de pœnis. Positam autem exhæredationem furor superveniens non tollit, cum non tollat delictum. Clar. *d. q.* 41. *n.* 8.

22 Ingressum in religionem nihil operari quoad exhæredationem jam positam, secundum dicta paulò superius, rectè quis dixerit, eò quòd nec hic tollat delictum semel commissum, nec minuat injuriam injustam parenti per ingratitudinem. Et videtur facere textus *in l. Deo nobis* 56. *§. hoc etiam C. de Episc. & Cler.* ubi ratione ingressus dicitur pater non posse exhæredare filium, quasi alio ex capite possit. Verùm obstat *can. fin.* XIX. *quæst.* 3. ubi disertè scriptum, ex hac caussa cessare ingratitudinem ante commissam, quòd, ut ait Imp. *Nov.* 5. vitæ monachalis susceptio deleat omnem maculam humanam. Novella tamen, unde canon iste est desumptus, scilicet, *de sanctis Episcopis* 123. *§. nullam verò*, non habet aliud, quàm quod filius, qui intravit Religionem, non possit ideo ut ingratus exhæredari. Verum Harmenopulus *lib.* 5. *Epitomes t.* 2. *citans Novell.* 115 *circa fin.* habet, non posse patres submovere à sua hæreditate liberos ingressos Religionem, ob caussam antè in sæculo commissam. Videatur hac de re Covarr. *ad c. Raynutius in princ. n.* 25. ❡ *de testam*

Hæc de exhæredatione, & ejus caussis, quæ facit testamentum esse firmum, etiamsi caussa non sit expressa, vel expressa quidem, sed non probata. Quo casu querela operatur eversionem testamenti, hodie tantùm quoad institutionem, reliquis capitulis salvis, ut habetur *d. §. aliud quoque.* De præteritione nunc videndum. * Et quantum 23 ad maternam attinet, in ea idem juris est, quòd in exhæredatione paterna, cùm non faciat testamentum dici nullum, sed per querelam everti, nisi caussa adjecta & probata præteritum repellat, *d. § aliud quoque*: est enim loco exhæredationis, *Instit. eod in fine.* Ut proinde omnia in ea obtineant, quæ in exhæredatione paterna atque ita per querelam sola evacuetur institutio, reliqua autem capitula salva maneant, cùm jus vetus, quatenus non mutatum, non sit impediendum stare. Nec facit, quod liberis sit relinquenda ligitima titulo institutionis, non etiam alio quovis: hoc enim in patre dispositum, qui, si exhæredat, necessario liberos instituere debet ad valorem testamenti, secundùm rationem suprà traditam. Mater autem præterire potest; nisi advertere velit querelam, tunc enim & titulo institutionis relinquere liberis debet, si legitimam præteritionis caussam non subjecerit, quæ probatur ab hærede, *d. §. aliud quoque.* * Idem juris 24 esse in præteritione paterna quoad emancipatos, latè defendit Donel. *in d. Auth. Ex caussa n.* 5. *C. h. t.* cum jus antiquum non sit hac in re mutatum quoad eos, nec sint quoad eam rem adæquati suis, uti antè dictum.

Aliter se res habet in præteritione paterna 25 quoad suos, quæ facit testamentum esse nullum, ut jure veteri, ita & novo, cum nihil sit mutatum per *d. §. aliud quoque?* qui indubio accipiendus, ut quàm minimum deroget juri pristino, non factâ mentione correctionis. Quo modo quod ibi dicitur de præteritione, accipiendum de materna secundum leges veteres, juxta quas rectè intelligimus posteriores, *l. Sed & posteriores, Cod. de legib.* minimè autem de paterna: nam cum illa testamentum ponat nullum ipso jure, *leg.* 1. *inf. de injusto &c.* nihil fuit necesse ab Imp. super ea novum jus constitui in gratiam liberorum. Et probatur de materna agi, ex eo, quod ibi agatur de testamento valido, validum autem non esset, si ille textus intelligeretur de præteritione, quæ non est loco exhæredationis, Cujac. 5. *Respons. Papiniani ad Leg. Filio* 17. *infrà titulo seq. de injusto rupto &c.*

Potest autem præteritio paterna sic accipi, ut 26 exhæredationem contineat; neque enim curatur de verborũ formula, quando aperta est testatoris

toris mens. Quomodo dicens, *Filium meum prætereo*, vel *non instituo*, videtur exhæredare, *l. 3. Cod. hoc tit.* Aliàs esset præteritio judicanda, veluti si alio instituto dicat, *Filius meus causam in gratitudinis commisit*, aut decem leget tanquam ingrato. Viglius *ad §. emancipatos Inst. de exhared. liber.* Covar. *in cap. Raynutius n. 2. de testam.*

27 Præteritio itaque testamentum paternum ab initio ponit nullum, *d. l. 17.* Quod ita procedit, ut, etiamsi vivo patre præteritus moriatur, nihilominus testamentum nullum maneat, *l. 7 h. tit.* Quo casu sunt qui volunt jure saltem Prætorio sustineri tale testamentum, *arg. leg. Posthumus inf. tit. seq.* Verùm ea lex loquitur de posthumi præteritione, quæ non ponit testamentum ab initio nullum, quod proinde facilius convalescit per mortem posthumi: aliud est quando ab initio est nullum, Cujac. *ad d. l. 7. h. t.** Facit tamen abstentio præteriti testamentum paternum sustineri, & quæ in eo scripta sunt, præstari, si non agatur alterius præjudicium quàm præteriti: qui sibi præjudicare potest, non etiam aliis, quibus inde præjudicium contingeret, minori forte portione adsignatâ quàm ab intestato debetur. Gomez. 1. *Var. Res. c. 11. n. 6.* Grassus *§. Testamentum qu. 48. n. 9.*

28

Quæri hic posset, An filia, quæ juramento re-
29 nuntiavit paternæ successioni, possit in ejus testamento præteriri, eo nihilominus subsistente? Quòd vult Guido Papa *decis. 295. & 298.* ex ratione, quòd quoad succedendum habeatur pro mortua per juramentum, quo se exclusit, ut videatur non malè præterita, quæ non habet jus ad hæreditatem. Papon. *lib. 16. Arrestor. tit. 4. cap 7.* Contrà tamen dicendum videtur, malè scilicet omissam esse, & proinde testamentum non stare, nihil obstante juramento, quod licet servandum sit, non potest tamen per illud everti ius commune, cui pacto privatorum non derogatur, *l. Nemo potest 55. inf. De legat. 1.* Licet autem testamentum non teneat, propter renunciantem præteritam, neutiquam tamen illa admittetur, propter renuntiationem juratam, Ant. Faber *De erroribus Pragmat. Decade 13. c. 1.*

Aliud dicendum in casu statuti, quo filiæ non
30 admittuntur ad hæreditatem superstitibus masculis, quòd habeantur eatenus inhabiles, atque ita præteritæ non faciant testamentum nullum; potest enim per statutum aut consuetudinem derogari juri publico, Vigl. *ad §. sed hoc quidem vetustas n. 3. Instit. De exhared. liberor.* Clarus *§. Testamentum quæst. 42. n. 56.* Forster. *de success. ab intestato lib. 1. c. 34. n. 4. & seq.* post Bald. *in l. Maximum vitium n. 12. C. de lib. præter.*

Posita itaque testamenti nullitate, propter filii 31 in potestate præteritionem, uti verè ponenda est secundum jura pristina, sequitur nihil ex eo deberi, & non tantùm legata & fideicommissa non esse præstanda, sed nec libertates, quamvis earum magnus sit favor salvas esse, ut colligitur ex *d. l. Filio 17. inf. tit. seq.* ubi Papinianus disertè id ipsum exprimit. Imò & in casu, quo satisfactum solemnitati requisitæ per exhæredationem, si contingat eam declarari injustam, & per querelam everti testamentum, nec ex eo libertates olim erant præstandæ, *l. 8 § pen. sup. de inoff. testam.* Et ita quidem de jure veteri: à quo recessum in casu posteriori per *d. §. aliud quoque*, ubi in casu testamenti eversi per querelam cæteris capitulis salvis, sola institutio evacuatur.

In casu quoque priori, scilicet præteritionis 32 paternæ, volunt quidam esse inductam correctionem juris veteris, per eundem *§. aliud quoque*, inter quos est Duar. *ad tit. de injusto rupto &c. cap. 2. col. 3.* Donel. *ad d. Auth. ex causa C. h. t.* Verùm secundùm dicta facile est colligere, eos falli, cum *d. §. aliud quoque*, non agat in testamento invalido, ob paternam præteritionem, sed valido propter exhæredationem, aut præteritionem, quæ exhæredationi æquivalet, qualis est materna; & disponit, ut, si evertatur per querelam, præter institutionem cætera salva maneant. Quod non rectè traxeris ad casum, quo testamentum est nullum propter præteritionem paternam, secundum jam dicta, cum jura antiqua, quæ non sunt mutata expressè, non sint prohibenda stare. Vid. Alciat. 4. *Parer c. 9* & Cujac. *ad d. l. 17 inf. de injusto, rupto &c. lib 5. Respon. Papiniani.* Unde etiam sequitur, nòn valere tabulas, quæ à paternis dependent, ut his non subsistentibus, nec illæ subsistant, uti expressum *Inst. de pupil. subst. § liberis autem.*

Hæc de testamentis parentum. Quantum ad 33 liberos, lubet quærere, An è contra liberi teneantur necessariò instituere aut exhæredare parentes? Sunt qui velint, disposita in testamento parentum etiam obtinere in testamentis liberorum, quos videre est apud Jason. *in Auth. Novissima n. 37. Cod. de inoffic. testam.* & Gomez. *tomo 1. Var. Res. c. 11 n. 36.* ut liberi teneantur parentes suos instituere vel nominatim exhæredes in suos facere testamento cum expressione insertioneque causæ, Jason. in *Auth. Non licet n. 10. C. de liberis præter.*

præter. Moventur primò per *Novel*. 115. §. *justum autem*, ubi hoc videtur velle Imp. II. per textum in §. *disposuimus ibid.* ubi ait se ita disposuisse, ut filios & parentes ab exhæredationis injuria redderet immunes. III. Parentes & liberi æquipatantur in *l. Nam etsi* 15. *sup. de inoffic. testam.* ut quod in his est correctum, etiam in illis correctum esse videatur. Quibus non obstantibus, contraria sententia juri est conformior, quod olim non requirebat, ut parentes instituerentur, aut exhęredarentur necessariò: quod cùm non sit correctum, nisi quoad liberorum institutionem, aut exhæredationem, quoad caussam scilicet, non est trahendum ad institutionem parentum, quod scilicet iis omissis testamentum dicendum sit

34 nullum. * Et ut paulò altiùs hæc repetamus, olim liberi erant instituendi aut exhæredandi nominatim, aliàs testamentum erat nullum, neque licebat alio titulo illis quid relinquere ad testamenti valorem quàm institutionis; nisi in casu, quo erant exhæredati, idque ad exclusionem querelæ, *Instit. De inoffic. testam. in fine & l. Omnimodo* 30. *Cod. eod.* cui non erat locus in liberis nisi exhæredatis, non etiam præteritis, cùm præteritio testamentum ponat nullum, secundum jam dicta, & *l. inter cætera* 30. *hoc tit.* Parentes non erant instituendi aut exhæredandi, cùm *d. l.* 30. de liberis tantum loquatur, & nullus alius textus detur, qui in parentibus idem disponat: imo præterito patri tantùm esse querelam, expressè habet *l. Pater* 14. *sup. De inoffic. testam.* Est autem dispositum in liberis, ut necessariò sint instituendi, aut exhæredandi nominatim, aliàs testamentum sit nullum, secundum jura pristina; & hoc additum, ut eos exhæredatos non removeat à querela relictum alio titulo, quàm institutionis. In parentibus quidem alia mutatio contigit, scilicet, quod non aliàs sint removendi à querela contra testamenta liberorum, à quibus sunt præteriti, aut omnino alienati, id est, exheredati, quam si causa sit subjecta una ex octo, & probata per hæredem scriptum. Unde non rectè infertur testamenti nullitas in casu præteritionis, cùm si ibi deposita observata non fuerint, textus tantùm velit testamentum quoad institutionem rescindi salvis reliquis capitulis; unde necessariò præsupponitur valere.

Non obstat primum argumentum, desumptum ex §. *justum*, qui potius est pro posteriori opinione, cum ibi dicat Imperator, justum esse, de liberorum hæc eadem testamentis eum aliqua distinctione disponere: quæ distinctio non tantùm est in caussarum paucitate, verum & in eo, quòd præterito non præsupponat nullitatem. Imo ne quidem requiri titulo institutionis quid relinquatur, ex eo patet, quòd ibidem non repetatur: imò dicatur, licere liberis parentes omninò alienare à suis bonis; non alienant autem omninò aliquid iis reliquendo alio titulo.

Non obstat secundum: removenda enim injuria à liberis & parentibus, sed diversimodè. In utrisque quidem, ne sine caussa fiat exhæredatio, aut præteritio: in filiis autem, ut, nisi exhæredati sint ex caussa aliquid iis relinquatur titulo institutionis; in parentibus verò sufficiat, ut quovis modo quid relictum habeant ad exclusionem querelæ, ut patet ex jam dictis verbis, *omninò alienare à rebus suis*, ne facilè inducatur correctio juris veteris, cùm præteritus per injuriam videri nequeat parens, cui aliquid est relictum. Et licet in liberis hoc non sufficiat, alia tamen est caussa parentum, alia liberorum, uti mox dicetur.

Non obstat tertium: nam licet parentibus debeantur liberorum bona, tamen tantùm ex pietate, cum liberis debeantur bona parentum ex ratione naturali, & juris civilis constitutione, quia in jus & spem successionis vocati, & patre vivo rerum ejus quasi domini habiti. Et ut detur aliquatenus esse comparatos parentes liberis, non tamen nova lex, corrigens unum æquiparatorum, trahenda ad aliud; nam tunc demum hoc obtinet, quando etiam in casu correcto sunt æquiparata, & ratio eadem subest, quæ hîc cessat, cum olim etiam liberi erant instituendi, aut nominatim exhæredandi, *d. l.* 30. de parentibus autem nihil tale dispositum inveniatur. Jason *d. loco*, ubi tradit Bartolum hoc tenere, ejusque opinionem in puncto juris veriorem, etsi contrariam communiùs receptam dicat, & in judicando sequendam.

Ad l. Gallus 29. h. t.

HActenus de prima Rubricæ parte. Altera est de postumis hæredibus instituendis, aut exhæredandis. * Ubi notandum, relictâ Gramaticis super nominis, *Postumus*, orthographiâ disputatione, an ea desideret aspirationem, ut vult Alciat. *lib.* 8. *Parad. cap.* 12. & videtur velle ratio nominis, quod post humatum patrem nascatur, an verò ea sit omittenda, ut vult Cujac. 3. *Obs. cap.* 4. quòd postremus nascatur, notandum, inquam, * Appellatione Postumi eum propriè designari, qui post mortem patris natus, *l.* 2. §. 1. 35 36

inf. tit. seq. trahi tamen ad eum quem mulier est enixa post testamentum, marito vivo, *d. §. 1.* Illos quoque postumorum loco haberi, qui post factum testamentum adrogantur, *l. Filium 28. §. 1. h. t.* aut jam nati proximum à testatore gradum consequuntur per mortem personæ præcedentis, *l. Postumorum. 13. inf. tit. seq.*

37 Notandum etiam, Postumum alium esse suũ, alium alienum. Suum dici, qui natus & in potestate est futurus, & proximum gradum hæredum occupaturus; alienum verò, qui natus inter suos non est testatori futurus hæres, ut habet Justin. in *§: postumo. 26. Inst. De legat.* id est, non est futurus testatori suus hæres, cujusmodi est nepos ex filio emancipato. Alienus iterum vel est agnatus, vel cognatus, vel omninò extraneus. Cujac. *ad l. 6. sup. De reb. cred.* His præmissis de institutione & exhæredatione postumorum nunc videndum.

38 Ad institutionem quod attinet, cùm ea certa esse debeat, posset videri posthumum non rectè institui, eo quod natus non sit, & incertum an nasceretur, ut pro nullo sit: quæ ratio facit, ut ab initio testamentum teneat, in quo est præteritus. Quam rationem in filiis posthumis obtinere, propter effectum suitatis, qui potior est incertitudine, non patitur jus civile, quod admisit institutionem filiorum postumorum, qui post mortem patris nascuntur, in favorem testatorum, ne testamenta eorum rumperentur, si nec essent scripti hæredes, nec nominatim exhæredati, sine sexus discrimine.

39 Ante Justinianum alieni postumi institutio minimè recepta videtur, ob prædictam incertitudinem, & quia turpitudinis nota ea res non videbatur carere, ex ea, quæ alii nupta est, postumum instituere, *l. 3. §. 1. h. tit.* Primò subvenit eis Prætor, dando institutis, bonorum possessionem. Postea Just. eorum institutionem admisit, *Inst. de legat. §. postumo:* nisi in utero ejus essent, quæ jure nostro uxore esse non potest, scilicet si sit Vestalis, Ascetria sive Monialis.

40 Cui rei objicitur *l. penult. inf. De legat. 1.* ubi dicitur ex Galli sententia postumos alienos legitimos nobis fieri hæredes, ut suspicari non nemo possit, formulam Galli etiam ad alienos postumos pertinere. Verùm vel ille textus accipiendus de posthumis nepotibus, de quibus loquitur Gallus, vel de successione ab intestato, ut non obstet dictis prioribus. Vigl. *ad §. servum etiam n. 5. Instit. De hæredib. Instituen.* Ant. Goveanus *ad d. l. Gallus num. 18.*

41 Plus negotii exhibet *§. postumus autem Inst. de legatis*, ubi postumus alienus & nunc & olim institui potuisse dicitur, ut minus rectè ea res videatur attribui Justiniano. Hunc nodum ut explicent quidam; aliud juris fuisse dicunt in legando, aliud in instituendo. Sed ea differentia exploditur per *d. §. postumo*, ubi Justinianus dicit, se non tantùm in hæreditatibus, sed & in legatis ac fideicommissis huic parti mederi; ut olim idem juris fuerit, ob incertitudinem. Govean. *ad d. l. Gal. n. 17.* refert *§. postumus* ad jùs prætorium, quo instituto postumo alieno data possessio bonorum, quem sequitur Cujac. in *notis ad d. §. postumus.* Verùm hæc responsio minꝰ quadrat verbis, cùm institutio hæredis non procedat ex jure Prætorio, sed civili; ut contineat metam divinationem, nisi accipiamus nomen *hæredis* impropriè, Alciat. 4. *Parad. cap. 1.* putat ibi legendum esse, *postumus autem alienus*; ut cùm antea egerit Imp. de postumo alieno, subjungat de postumo non alieno: quòd verò propius est, & videtur hoc velle adversativa. quæ res tolleret omnem difficultatem, nisi obstaret constans omnium codicum lectio, etiam Theophili, quæ est affirmativa: est tamen probabile negativam per injuriam esse omissam. Salomonius *ad d. l. Gallus* vult agi in *d. §. postumus* de tali postumo alieno, qui sit ex posteritate agnatus, uti nepos ex filio, qui cùm non sit testatori futurus in gradu proximus, non potest dici suus, quamvis planè extraneus non rectè dicatur, cum sit in potestate; & Imp. in *§. cæteri Instit. De hæred. qualit.* definiat eos extraneos, qui non sunt in potestate. Quod non competit nepotibus ex filio suo, qui sui dici non possunt propter præcedentem personã in potestate, atque ita aliquatenus alieni. Verùm non videtur postumus alienus dicendus, postquam eo tempore vocetur, quo suus erit: nisi dicamus testamenti tempore non fuisse suum, atque ideo posse dici alienum, adeoque ante Gallum non potuisse institui hæredem. Quò facit, quod etiam in suis duo tempora considerentur, uti traditum *institut. de hæred. qualit. & differ.*

42 Permisit autem jus antiquum masculis, qui generare possent instituere filios postumos, sive ex uxore præsente sperentur, sive ex ea quæ necdum uxor est, sive incerta, cum qua connubium esse posset. Nisi fortè sit uxor aliena, quia bonis moribus repugnat, instituere postumum ex ea, quæ nupta est alteri, *l. si quis postumos 9. §. sed si ex ea h. t.* videtur enim alienas appetere nuptias; quod est turpe.

43 Loquitur autẽ lex de masculis, non de fœminis, quòd fœmina propriè postumos nõ habeat, & licet loco postumi habeatur, qui cæso utero extra-

extractus est, *l. 6 in fine princ. sup. de inoffic. testam.* non rumpit tamen testamentum maternum præteritus, eo quòd præteritio matris habeatur loco exhæredationis, secundùm jam dicta. Esset autem tali præterito salva querela, quia non sit justis rationibus neglectus: verùm quia nihil imputandum matri, quæ talem casum non prævidit, ex conjectura pietatis cùm aliis libetis ad virilem portionem talis admittitur. Dico, liberis; nam si extranei scripti fuerint, querelæ locus erit, *l. si mater 3. C. De inoff. testam.*

44 De nepotibus postumis, An institui jure civili potuerint, controversum est. Vult hoc Cuj. *ad d. l. Gallus.* & Goveanus *ibid. n. 14.* quasi tantùm formula à Gallo inducta esset, quâ vocarentur, non etiam institutio permissa. Volunt tamen alii, inter quos est Vigl. *ad §. postumorum n. 3. & 4. Inst. De exhared. lib.* à Gallo legem solemniter rogatam esse de instituendis nepotibus postumis. Quò facit, quòd in principio *d. l. Gallus* dicatur id Gallus induxisse. Et Gallum Aquilium leges tulisse tamquam Tribunum, argumento est lex Aquilia de damno injuriâ dato. Verùm ut se res habeat, formula Galli de nepotibus concepta extenditur etiam ad pronepotes, & deinceps, *d. l. Gallus §. idem credendum*, ita suadente identitate rationis: nam & posset contingere per pronepotem redactum in locum sui præteritū rumpi testamentū.

45 Concepta autem est Galli formula in casum mortis. Unde disputatum, an & alii casus, quibus filius extra potestatem ponitur, comprehendantur? Sunt, qui sub nominato casu mortis, etiam casum deportationis, captivitatis tacitè comprehendi volunt, Jas. *ad d. l. Gallus §. & quid si tantū. n. 19. & alij ibid.* Et videtur pro iis facere textus, dum affirmativè ibi respondet quæstioni. Videtur tamen dicendum posse quidem sub aliis casibus institui nepotem, aut pronepotem, sed non nisi nominatim expressis, non etiam tacitè comprehensis, quasi institutus nepos in casum mortis filii, censeatur etiam institutus in casum deportationis, aut captivitatis. Pro qua parte facit, quòd conditiones sint servandæ eo modò, quò scriptæ, *leg. Ex ea 21. § pen. inf. De V. O.* Facit & *l. Commodissimè 10. h. t.* ubi institutus in casum, *si me vivo nascatur*, natus testatore mortuo habetur pro præterito, & rumpit testamentum. Cujac. & Duar. *ad d. §. & quid si tantum.*

46 Verùm quæstio hic movetur, an *d. l. 10.* non sit correcta per *l. fin. C. De postumis hared. inst.* Quod videri posset, atque ita dicendum, institutionem in alterutrum casum conceptam alterum continere, propterea, quod ejusmodi interpretatio faveat conservationi testamentorū, quam se respexisse in *d. leg. fin.* testatur ipse Imp. Verior tamen opinio videtur, non esse omninò correctam, *d. l. 10.* sed tantum quoad casum ibi propositum, scilicet quando quis instituit postumum, si intra decem menses post mortem suam nascatur: ut institutus etiam censeatur natus vivo testatore, eo quòd videatur tantum excludere voluisse natum post decem menses, quasi non natum ex se, non etiam natum se vivo, quia ex illo natus. Quo modo dictæ *l. 10.* decisio stabit in casu, quo testator postumum instituit, qui se vivo nascetur, ut censeatur præteritus postumus post mortem natus, qui hoc casu habetur pro omisso, cùm conditio fundetur in casu, quo nascitur testatore vivo, qui non potest continere casum, quo nascitur post mortem. Jason. *ad d. l. fin. & ibi.* Donell *n. 3.*

47 Controvertitur etiam, An nepos in formula Galli censeatur institutus, an substitutus? Posterius vult Glossa *ad d. l. Gallus in princ* quam sequitur ibi Jason. *n. 28.* ex eo, quòd dicta formula præsupponat institutionem filii, cùm aliàs testamentum foret nullum, *d. l. Gallus §. in omnibus & l. cùm in testamento 37 inf. de hared. inst.* Et hoc ita dici potest, si scripturam inspiciamus, *d. l. cùm in testamento*: si vero successionem, nepos dicendus est institutus, cùm totâ *l. Gallus* fiat mentio institutionis, nusquam autem substitutionis. Et ratio est, quòd filio, qui mortuus est avo vivo, numquam fuerit delata hæreditas, sed primùm deferatur nepoti, qui proinde institutus dicendus sit is, qui succedit in hæreditatem alteri delatam. Facit, quòd formula Galli etiam locum habeat in casu, quo filius rectè præteritur, *d. l. Gallus §. in omnibus*, Govean. *ad d. l. n. 15. & ibid.* Cuj. *in prin.*

48 Quærere, an filius prædictâ formulâ censeatur institutus, non est necesse, cum in *d. §. in omnibus* J.C. requirat, filius instituatur hæres, quandoquidem in conditione positus non censeatur vocatus, ut dicemus infrà, *Tit. 5.*

49 Hæc de formula Galli, qua provisum nepotibus, qui mortuo avo nascuntur, in quem casum ea expressè est concepta non etiam in alium, quo sui vivo avo nascuntur, fortè quòd ei sit licentia mutandi testamenti: quod si non fecerit, sibi imputet. Quia tamen contingere posset, propter casus fortuitos & repentinos non esse facultatem testamenti mutandi, necessaria fuit lex Velleja, quâ permissa eorum nepotum institutio, qui vivo avo nascuntur, *d. l. Gallus §. nunc de lege Vellej.*

50 Ubi tamen quæsitum, an formula Galli extendatur ad casum, quo vivo avo nascitur nepos? Quod

Quod licet aliqui velint, rectiùs tamen sentiunt, qui negant, per *d.l. Gallus §. nunc de lege Vellejan.* Frustra enim ibi legis Vellejæ mentio fieret, si ad formulam Galli id pertineret; frustra etiam ibidem disputatio fieret in §. *si ejus* 7. an institutio nepotis, cujus pater est apud hostes, ad formulam Galli pertineat, an ad legem Vellejam? Et facit *d. l.* 10. ubi alret casus omissus est pro omisso, & facit testamentum rumpi, cujus incommodi vitandi caussa inducta est lex Velleja: item *d.l. Gallus §. forsitan*, ubi dicitur ideo formulâ Galli contineri nepos in casu, de quo ibi, quòd nascatur & suus & post mortem avi, ut ante natus sub eâ non contineatur, argumento à contrario sensu, Govean. *ad d. l. Gallus numer.* 21. *vers. Tertia quæstio.* Verùm hæc ita de jure veteri, quod immutatum à Justiniano in *d.leg.fin. C de post. her. instituen.* saltem quoad unum casum, uti supra dictum est.

51 Atque ista de institutione postumi. Restat videre, quem effectum habeat ipsius præteritio. Et licet necessariò non sit instituendus, quòd suus non sit necdum natus, atq; ita testamentum ab initio teneat, natus tamen illud rumpit, *Instit. Qu.b.m. od.testam.infirm.in princ.* quia nativitas ejus facit testamento suam deesse solemnitatem, eo quòd inveniatur suus nec institutus, nec exhæredatus.

52 * Natus censetur etiam is, qui cæso utero editus est, *l. Quod dicitur* 12. *h. t.* non inclinans tamen ad monstrum vel prodigium. Non inclinat ad monstrum partus habens membrorum officia ampliata aut diminuta, ut sex digitos, tres manus, unum pedem, duo capita; quo modo talis inter liberos computatur, *l. Non sunt* 41. *sup. De statu hom.* Tum demùm ad monstrum inclinat, quando aliam formam inducit, veluti si mulier canem, ursum, serpentem vel aliud monstrum sit enixa. Quo casu non rumpitur testamentum patris, quòd non possit videri natus homo, cui non est humana species. Quâ ratione nec sacro baptismate abluendum tale monstrum tradit Archidiac. *can. Baptizari dist. nct.* 5. nec occidentem homicidii reatu teneri, Ant. Vacca *add. leg. Non sunt de sta u hom.* An autem mulier monstrum enixa capiat sibi relictum sub conditione, si parat, dicemus ad *Tit. De conditionibus institut.*

53 Ad dictum præteritionis effectum requiritur, postumus nascatur vivus, etiamsi illicò & non emissâ voce inter manus obstetricis decesserit, *l.* 3. *Cod. De post. hæred. inst. t.* Neque enim per hoc convalescet testamentum patris nativitate filii semel ruptum, quo jus quæsitum hæredibus ab intestato, quod per casum fortuitum iis non est eripiendum. Rumpitur testamentum non tantum si mortuo testatore nascatur postumus, verùm & si eo vivo, licet ante decesserit, *l.* 3. *§. sed et si inf. tit. seq.* Posteriori tamen casu si testamentum fuerit signatum, datur per Prætorem scriptis in eo bonorum possessio secundum tabulas, *l. Postumus* 12. *inf. tit. seq.* idque propter tacitam patris voluntatem judicium patris prius approbantis.*

54 Necesse itaque est, vivus nascatur & perfectus: quo modo abortus mulieris non obstabit testamento, *l.* 2. *Cod. De postum. hæred. instit.* ubi per verbum, *perfectè*, quidam accipiunt de mense perfecto, qualis est, nonus, decimus, quo natus puer vivere potest. Est & perfectus septimus: nam & hoc natum vivere posse constat ex *leg.* 7. *sup. De statu hominum.*

55 Quæstionis autem est, An alio mense natus, quo vivere nequit, testamentum rumpat? Negant hoc aliqui, quòd paria sint, non nasci vivum, aut ita nasci, ut vivere nequeat: quo modo Castrens. in *l.* 2. *Cod. d. tit.* natum sexto mense negat rumpere testamentum: alii idem tradunt de nato mense octavo, quòd & hic vivere nequeat, Menoch. 2. *Arbitrar. casu* 29. *num.* 38. Cujus rationem ponunt in numero octonario, alii in astris: quæ rationes non convincunt, & plures octimestres in viros evasisse tradit Plutarchus, *De placitis Philosophor. lib.* 5. *cap.* 8. Unde & doctissimi Medicorum à prædicta opinione recedunt, contrariam amplexi. Dato tamen, non esse vitalem octimestrem partum, non ideò tamen minus testamentum rumpere natus vivus, cùm Imp. in *l.* 3. *Cod. d. t.* tantùm in eo vim ponat, quòd vivus ad orbem totus processerit & in *d.l. Quod dicitur* 12. *h. t.* sufficiat eum spiritu nascatur animal, licet non integrum. Sarmient. *ad d.l. Quod dicitur n.* 3. Atque ita judicatum fuisse tradit Choppinus, *De privil. rustic. lib.* 3. *cap.* 8. *numer.* 5. Boer. *quæst.* 210.

56 Natum undecimo mense à morte patris non dici justum filium, habet *Nov. de restit.* 39. *§. fin.* nec ad hæreditatem admitti habet *l.* 3. *§. penult. inf. de suis & legit.* Quo modo & in formula Galli fit mentio decem mensium, quamvis non desint, qui undecimo mense uterum gestare mulieres asserant, inter quos est Alciat. 3. *Parer. cap.* 7. qui tradit secundù Aristotelem undecimo mense legitimum partum edi: quæ res cum rata sit, & agatur alterius præjudicium, non facilè adhibenda fides, nisi benè consideratis circumstantiis. Sic apud Parisienses admissa vidua, quæ decimo-

quar-

quarto mense peperit, ex eo, quòd apud hæredes defuncti mariti diligentius semper servata fuisset, quòd ejus honori, aut pudicitiæ detrahi nihil potuisset. Vid. Mynsing. *cent 6. Obser.* 40.

57 Ita autem testamentum rumpitur nativitate posthumi præteriti, ut nihil in eo scriptum maneat, institutio evertatur, legata, fideicommissa peti nequeant, *l. 1. Cod. De post. hæredib. instit.* cùm testamentum eò redigatur, ac si ab initio inutiliter factum esset. Quod imputet sibi pater, quod non melius providerit suæ dispositioni.

58 Quæritur autem, An hoc procedat in casu, quo quis ignorans præteritivit posthumum? Ubi aliqui volunt tunc tantùm testamentum rumpi, & nihil ex eo deberi, quando ignorans uxorem prægnantem esse, prætermittit posthumum, non etiam quando sciens volens: quasi hoc casu tantùm esset peccatum in institutione, non etiam relinquendo legata aut fideicommissa; illo verò casu nihil deberi, quòd cesset voluntas ob ignorantiam. In quam rem adducunt *Auth. ex caussa Cod. de lib. præter vel exhered.* ubi Jason. *n. 16.* quæ tamen pro dicta opinione nihil facit, cùm loquitur de exhæredatione paterna, & præteritione materna, quæ est loco exhæredationis: ut non videatur trahenda ad præteritionem paternam, quæ in natis facit testamentum esse nullum, in posthumis autem rumpi ut jure veteri, ita & novo, *leg. 1. Cod. de post. hæredib. instit.* quæ indistinctè dicit nihil deberi, aut peti posse ex testamento rupto. Vide Gail. *2. Obser. c. 113.*

59 Præteritio itaque posthumi facit testamentum rumpi per ejus nativitatem. Exhæredatio facit illud sustineri, saltem jure veteri, quo sufficiebat ad testamenti valorem exhæredari suum hæredem, uti antè dictum, etiam posthumum, concessa illi querela, *l. 6. sup. De inoff. testam.* Tantùm est quæstio de jure novo. Quo aliqui, in corrigendo jus vetus æquò faciliores, inductum volunt mutationem quoad posthumum, ut scilicet hodie exhæredari non possit; ex ratione, quia non possit dici committere caussam ingratitudinis, iniquum verò sit, quem aliena culpâ prægravari, ut habet *l. Si quis 31. §. legis autem Cod. de inoff. testam.* Contraria tamen sententia verior est, scilicet etiam hodie exhæredationem posthumi validam esse, & facere testamentum subsistere, propterea quòd nullibi sufficiens juris auctoritas proferatur, per quam veteris juris definitio possit videri emendata, quæ proinde non est prohibenda stare.

60 * Nec facit quidquã *d. §. legis autem*; nam ejus non est sensus, exhæredationem infantis, quòd in eum ingrati vitium non cedat, & alienâ injuriâ prægravari non debeat, nullam esse: sed verus sensus est, ut patebit attentè legenti, non posse tali scriptura infantem repelli à querela; quem sensum approbat, Vigl. *Instit. De inoff. testam. in princ. n. 4.* Cujacius agnoscit, in *lib. 4. h. t.* ipse licet contrariam sententiam secutus, nixus *d. Nov. 115.* quæ caussæ requirit expressionem, quasi ejus omissio ponat testamentum nullum; Cujus contrarium verum esse colligere est ex jam dictis. Ita tenet Alciat. *4. Paradox. cap. 10.* Vigl. *Instit. d. t. §. jam autem n. 6.* quorum utrumque malè notat modernus Paris. *de inoffic. testam. n. 0.* Adstruit eamdem sententiam Vasq. per multa, *tomo 1. Success. §. 20. requisit. 29. n. 261.* Connanus *9. Comment. cap. 10. n. 5.* Pacius *cent. 5. quæst. 86.*

61 * Nec debet quemquam movere communis opinio, quæ pro priori stat sententia, cùm non semper ea sit verior, quæ communior: nam, ut rectè Seneca, non tam benè cum rebus humanis agitur, ut meliora pluribus placeant; argumentum pessimi turba est: Ut rectè Justin. *l. 1. §. 6. C. de jure vet. enuclean.* dicat, non esse judicandum ex multitudine auctorum, quid æquius, melius: cùm forsan possit etiam deterioris sententia & multos & majores in aliqua parte superare. Estque hoc vitium non infrequens multis, ut non perscrutantes jura ac fundamenta sententiæ aliquorum, eam calculo suo confirment, more avium aut ovium, quæ volatum aut cursum præcedentium sequuntur.

TITULUS III.

De injusto, rupto, & irrito facto testamento.

SUMMARIUM.

1. *Voluntas hominis ambulatoria ad vitæ usque exitum.*
2. *Testamentum injustum, ruptum, irritum.*
3. *Testamenti infirmandi vel mutandi modi varii: & interno vitio quando laborare dicatur.*
4. *Agnasci hæres an censeatur resuscitatus à mortuis?*
5. *Matrimonium morte solutum non redintegratur.*

 6. *Testa-*

Ubi posset quæri, An etiam ad effectum testamenti rumpendi censeatur agnosci, qui mortuus resuscitatur divino miraculo? Et posset videri, non rumpi, quòd testamentum per mortem sit confirmatum, & hæredi jus quæsitum, sive ex testamento, sive ab intestato, quod ei non auferendum. Quod facit argumentum à matrimonio sumptum, quòd morte extinguitur, ut alteri sit libertas nubendi cui velit in domino; ut resuscitatione matrimonium non redintegretur. Probabile tamen videtur, cùm bona recuperare; quod voluit Glossa *in l. ex his sup. de leg. & ibi* Costal. Bart. *in l. 1. n. 68. C. de sacros. Eccles.* Clarus §. *Testam. quæst. 86.* nam licet perditum sit jus, & alteri cessum, non tamen aliàs, quàm quia non indigeret: nunc autem cùm resuscitatus indigeat, cessat caussa, ob quam sive ex testamento, sive ab intestato bona sint ad alios translata. Deinde ea resuscitatio est loco beneficii, quæ aliàs molesta potius foret. Est & loco postliminii, quo omnia jura recuperantur; aut loco plenæ restitutionis per Principem factæ, per quam aperitur jus ad omnia omissa, qua de re *t. de sentent. passis.*

5 Nihil facit, quod allatum de matrimonio; nam ejus vinculum tantum est temporale, scilicet, quoad vitam, & proinde semel per mortem dissolutum non redintegratur sine novo consensu. Quod etiam obtinet in Pontificatu, qui, ut matrimonium spirituale, continet tantùm vinculum ad vitam restrictum, uti & professio: licet aliter se res habeat in sacerdotio, ob characterum animæ impressum, qui character durat. Navarra *de restit. lib. 1. cap. 2. n. 4.* Verùm cùm hæc naturæ commodum excedant, & in ostentis sint, pluribus persequi otiosi est hominis & curiosi, cui dilatationem eorum relinquimus. Sic & obstrictus Religioni bonorum incapaci, si à Religionis regulis absolvatur, videtur quasi per agnationem testamentum rumpere, & partem suam petere posse.

6 Externum vitium causatur vel à testatore, quando is capite diminuitur; vel ab hærede, quando deficit, vel quia non vult esse hæres, vel quia impeditur, ut ex testamento non adeatur hæreditas, *l. 1. h. t.* Ex quo nequidem legata debebuntur, nisi repetita sint ab intestato, aut per fraudem aditio sit omissa, qua de re agetur libro seq. T. IV. 7 * Capitis diminutione irritum fieri testamentum constat, *§. alio autem modo instit. h. t. §. 4.* etiam minimâ, quando scilicet quis salvâ libertate & civitate mutat familiam, *l. pen §. fin. inf. De bon. poss. secun. tabb.* Citra diminutionem capitis eorum testamenta fiunt irrita, qui mortem sibi consciverunt, ob conscientiam criminis, *l. 6. § ejus h. t.* 8 * Eorum, qui citra diminutionem capitis in casum incidunt, quo non valent testari, veluti furiosi, prodigi, muti, surdi, testamenta rata manent, quòd hæc vitia statum minimè mutent, cum maneant patresfam. & rerum suarum domini, sublata tantùm ob mentis aut corporis vitium administratione.

9 Testamentum ejus, qui ingreditur Religionem, rumpi per ingressum, est aliquorum opinio, ob præteritum in eo Monasterium. Moventur primò, quod posthumi nativitate testamentum rumpatur, comparetur autem monasterium posthumo, *Auth. nisi rogati Cod. Ad S. C. Trebell.* Secundò quod per capitis diminutionem testamentum ante factum fiat irritum; videatur autem hoc in casu testator minui capite, cum transeat in alienam potestatem, Abbatis scilicet seu superioris. Tertiò, quòd monasterium ingrediens se & sua transferat auctoritate legitimâ in monasterium, *Auth. ingressi Cod. de sacros. Eccles.* & ita per contrariam voluntatem videatur revocare testamentum jam factum. Sunt qui distinctione utuntur, scilicet, an cogitaverit testator de ingressu, nec ne. Priori casu valere, posteriori rumpi contendunt, ex præsumpta mutatione voluntatis, Bart. *& alii ad Auth. Si qua mulier Cod. tit.* Covarr. *ad d. cap. 2. n. 8. & 10.* ⁑ *de testam.* Veriùs est, testamentum nullatenus rumpi, cùm vana aliàs foret testandi licentia ante ingressum concessa, & quidem indistinctè, sive testator cogitaverit de ingressu, sive non, *d. Auth. Si qua mulier*; cùm lex non distinguat, nec ulla sit ratio differentiæ. Nam quod dicunt de tacita voluntate revocantis, nihil arguit, cùm illi non sit ista vis, quæ ne quidem competit expressæ revocationi, nisi solemni. Facit quòd *Nov. 5.* dicatur quis omnia bona monasterio obtulisse, si testatus non sit, ut è contrà si testatus non fuerit, dicendus sit non obtulisse.

10 Nihil facit argumentum primum, propterea quòd Monasterium non comparetur posthumo, nec habeatur loco libertorum, nisi in casibus expressis, inter quos est casus *d. Auth. Nisi rogati* & quando ab intestato quis ingreditur. Ita ut alias Monasterio ne quidem debeatur legitima portio, cùm ea non competat aliàs, quàm ex voluntate ingredientis, uti quando non est testatus, vel

post testamentum expresse bona sua Monasterio defert, quia tunc non potest non videri revocare priorem voluntatem, ut probat Molina *de Iure primogenit. lib. 2. cap 9. n. 44. & seqq.*

11 Ad secundum dicendum, per professionem non magis induci diminutionem capitis, quàm per dignitatem Patriciatus aut Episcopatus, Cujac. *ad d. Novell. 5.* cùm non omnis mutatio sit etiam capitis diminutio, sed ea tantum, per quam aufertur libertas, civitas, aut familia, quæ hic salva manent ingresso, qui & liber manet, & civis, & salvum habeat jus legitimarum hæreditatum, *l. de eo nobis 54. §. hic etiam de Episc. & Cleric.* Inducitur potiùs per professionem mors aliqua civilis, per quam ultima voluntas confirmatur, ut postea non liceat Monacho testari, *d. Auth. Si qua mulier.*

12 Non obstat tertium, quia ingressus Monasterium tunc videtur se & sua Monasterio dicasse, quando prius non fuit testatus, *per d. Nov 5.* Abbas *ad cap. in præsentia n. 52. &* Felin. *ibid. n. 54.* ... *de probat.* post ingressum nec mutandi eius, quod factum est, nec de novo testandi est licentia, cùm ampliùs velle, aut nolle non habeat ingressus, nisi secundùm formam *d. Auth. si qua mulier* Boëtius Epo *ad d. c. 2. n 11. & seqq.* Sarmient. *ad l. si ita quis 51. in finen. 3 de leg 2.* Caldas *ad l. 3. V. sine curatore n. 59. C. de in integ. restit. minor.*

13 Dubitatum est, An testamentum per status mutationem irritum factum re convalescat testatore restituto? Jure quidam civili testamentum semel irritum factum non convalescit, nisi positâ novâ voluntate: jure tamen prætorio potest secundùm tabulas scriptas & signatas peti bonorum possessio, *§. Non tamen Instit. h. t.* Qui locus licet indistinctè & generaliter loquatur, non tamen ita accipiendus, propter alia loca distinguentia. Nam primò testamentum damnati capitis, & postea restituti, etiam jure civili sustineri videtur, ex eo, quòd restitutio Principis faciat testamentum damnati comodo convalescere, quo capti & jure postliminii reversi testamentum recipit vires, quale jure civili sustineri patet ex *leg. Si quis 6. §. penult h. t.* Facit, quòd per restitutionem omnia recuperentur adempta, quasi adempta non forent, *l. 1. & fin. C. de sent. passis.* Et hoc ipsum satis insinuatur *d. §. penult. in fine.* Secundò, quantum ad testamentum eorum, qui manumissione aut emancipatione pristinum statum receperunt, non aliàs cum re, id est effectu, secundum tabulas scripto competit possessio, quàm si eorum, quibus contra tabulas possessio competit, nemo sit aut petere possit. Ulp. *in frag. tit. 23. § si septem.* Hæc enim competens legitimo jure potior est ea, quæ secundum tabulas, quæ ideo sine re, id est effectu foret, propter exceptionem doli oppositam ab eo, qui jure legitimo est potior. Nisi exceptionem istam faciat cessare defuncti voluntas, qui sui juris effectus eodem testamento se mori velle declaraverit, *l. pen. § fin. inf. de bon. poss secund. tab.* Non quasi nudâ voluntate tabulæ sint restitutæ, quod jus non admittit, sed quia ista doli exceptio ex æquo & bono proficiscatur, quod cessat propter recens judicium, quo tabulæ confirmatæ, & quod facit exceptionis vires, deficere, *d. § fin.* Æquum enim & bonum est conservari tabulas, quæ recenti testatoris judicio rediisse intelliguntur. Dixi scriptæ & signatæ; nam in testamento nuncupativo ejusmodi confirmatio non videtur habitura locum, quòd careat solemnitate juris prætorii.

14 Secundùm testatoris voluntatem tollitur testamentum? Primo ejus revocatione, non nudâ, sed solemni, secundum regulam, quâ traditur, quod quibus modis unumquodque constituitur, iisdem in contrarium actis solvatur. Si tamen ultra voluntatem non solemnem aliud quid accesserit, cessabit testamentum; veluti si testator tabulas ruperit, resignaverit, signa amoverit, scripturam obliteraverit, *l penult. Cod de testam. l Ad testium 22 §. si signa sup. qui testam. fac. poss.* His enim modis naturaliter testamentum tollitur, sublatis iis, per quæ stabat, scilicet materia, testium signis, scriptura: nisi casu hæc contigisse probentur aut facto alterius, inscio vel invito testatore, *d. l penult. & l. 1. §. sed consultò inf de his quæ in test delentur.* * Quòd si ejusdem tenoris quis

15 duo habens testamenta originalia, alterum cancellaverit, aut signa ei detraxerit, alterum non potest censeri annullatum, quod inductio, cancellatio, & similia idcircò faciant revocatam voluntatem, quia non possit de ea constare; in casu autem, quo alterum originale superest, ex eo de voluntate constet, *l. fin. inf. t. seq.* nisi tamen aliter de voluntate pateat, *d. l. fin. in fine.* Quod multo magis procedet, si nuncupativum sit apud tabellionem tamquam originale integrum; transumptum autem apud testatorem cancellatum, quia principale integrum manserit, ut sit salva voluntas, quemadmodum rectè scribit Clar. *d. § Testamentum q. 95.* si aliud non velint conjecturæ.

Cessa-

16 Cessabit etiam testamenti prioris fides, si commutata voluntate labatur decennium, *l. sancimus 27. C. de testam.* Ubi dubitatum, An decennium labi debeat post mutatam voluntatem. Et dicendum, satis esse, interveniat mutatio currente decennio à condita voluntate, cum olim, ut patet ex *d. l. 27* solus decennii lapsus fuerit sufficiens ad testamenti invalidationem: quod hodie non aliter voluit obtinere Imp. quàm interveniente mutatione coram testibus, licet paucioribus, quam requirit testamenti ordinatio: Quo modo rectè decennium computabitur à tempore facti testamenti, ne correctio extendatur ultra mentem corrigentis. Donel. *ad l. 27.* Papon. 20. *Arrest. t. 1. cap. 3.*

17 Secundò, cessabunt priores tabulæ per posteriores, *§. posteriore Inst. h. t.* quia non patitur jus nostrum, paganum decedere cum duobus testamẽtis, quod jus hæreditatis sit unicum. Tabulæ autem posteriores sunt potiores, quia ambulatoria suprema est voluntas, & non ante firma, quàm morte testatoris insecutâ. Sint tamen posteriores numeris suis absolutæ; neque enim videtur testator re vocasse priores nisi posterioribus perfectis, ne moriatur intestatus. Perfectæ censentur, si ex iis hæres existere possit, *l. 1. h. t.* etiamsi extiterit, *d. §. posteriore.* neq; enim effectum, sed principium validum inspicimus, *l. cum in secundo 16. h. t.*

18 Conditio subjecta posterioribus, licet deficiens, non faciet quò minùs priores censeantur putæ revocatæ, cum sufficiat posteriores esse perfectas. Quod verum est in ea, quæ concepta in casum futurum, non etiam præteritum aut præsentem, quæ non aliàs faciet corruere priores tabulas, quã si evenerit, non etiam si defecerit, *d. l. 16.* Est enim mens testatoris non aliàs recedere à prioribus quàm per posteriores validas: non sunt autẽ validæ, si conditio hoc ipso momento, quo adjicitur, fuerit falsa, ut testamentum non substiterit. Nec obstat, quòd ignoretur; satis enim est, verum sit, quòd conditio defecerit, *Inst. De V. O. § conditiones.* Ut cum jam constet, non posse effectũ habere testamentum posterius, censeatur testator nolle recedere à priori, & mori intestatus: in casu autem, quo in futurum concepta, res est incerta, & adhuc pendens, atq; ita, quia existere poterit, licet postea non extiterit, nihilominus prior volũtas est revocata: videtur enim testator se ad casum futurum retulisse, & simpliciter voluntatem mutasse. Nec rectè quis hic objecerit defectum conditionis trahi retrò: nam hoc quidem verum est quoad tempus mortis, non etiam facti testamenti. Impossibilis conditio tabulis posterioribus adjecta non facit eas esse inutiles quod habeatur pro non scripta, *l. 1. inf. tit. 7. De condit. instit.*

19 Testamentum posterius scriptum sit, an nuncupativum, nihil refert, quòd contineat perfectã in suo genere voluntatem, quæ posterior derogat priori, licet scriptæ, *l. Hac consultissima 21. §. si quis autem Cod. De testam.* Excipitur testamentum posterius nuncupativum, quo Princeps nuncupat hæres, quod licet sit perfectum, non voluit tamen Princeps eo prius rumpi, *l. Nolumus 20. C. d. t.* ne contingat, quod facile, in gratiam Principis ementiri à testibus ejusmodi nuncupationem. Vide Cujac. in *Recitat. C. de test.* & Ant. Fabrum *Decade 68. Errore 1. & seq.*

20 Codicillis prior voluntas non revocatur, saltem in vim directi, quòd iis nec detur hæreditas, nec adimatur, sed benè in vim fideicommissi, in quod flectuntur verba directa in codicillis posita, ut dicetur inferius, *ad tit. De jure codicill.*

21 Testamentum prius sit munitum testibus, pluribus etiam, posterius autem paucioribus, nihil facit, quo minùs hoc prævaleat, modo contineat requisitum à jure numerum. Hinc moribus nostris testamentum posterius coram duobus testibus & Parocho, sive Notario conditum, facit rumpi prius, quod est conditum coram septem testibus, aut pluribus; satis enim est posterius habere requisita per jus aut consuetudinem, *arg. l. Miles 36. § fin. inf. De testam. milit.* Covarr. *p. 2. Rubr. De testam. n. 1.* Grassus *§. Testamentum q. 86. n. 2.* Decius in *l. Nihil 35. n. 5. & 6.* Cagnol. *n. 7. inf. De R. I.*

22 Quid si conjuges in eadem charta testati fuerint, an altero mortuo superstes possit mutare voluntatem? Receptũ est plures in eadem charta posse testari, & testamentum tale esse diversarum personarum: tot quippe sunt testamenta, quod personæ testantes, etiamsi unica tantùm adhibeatur solemnitas; refertur enim ea ad omnes testãtes. Jas. in *l. patris 20. n. 7. inf. De vulgari & pupil. subst.* atq; ita haberi debet, ac si separatim quisque esset testatus, ut ita cuilibet sit salva revocandi mutandique licentia, secundùm Oldrad. *cons. 174.* quem sequitur Roder. Suarez. *ad l. Quoniam in prioribus C. de inoff. test. in declarat. Leg. Regni limit. 5. n. 12.* & D. Peckius, *de test. conjug. lib. 1. c. 43.* ne hac viâ auferatur alicui libertas testãdi; & ita receptum esse tradit Faber *Decade 42. cap. 4.* Aliter tamen fuisse decisum à Senatu Parisiorum tradit Choppin. *ad Leges Paris. lib. 3. t. 1.* ex eo, quod mutuus consensus testãdi transiverit in vim con-

contractus, qui omninò firmatur morte alterius, ut postea pœnitere non liceat.

23 Alia dubitatio est, an revocatâ unius voluntate, censenda sit & alterius revocata? Quod non videtur, non tantùm si altero vivo revocatio fiat, quod præsumatur quis durare in sua voluntate, *l. cùm hic status 32. sup. de donat. inter vir. & ux.* & qui dicit mutatam voluntatem, probare debeat, *l. Eum qui sup. de probat.* & non mutans quod mutare potest, videatur id ipsum approbare, *arg. §. peculium Inst. de leg.* verùm etiam mortuo, cum imputare sibi debeat, quòd sciens ultimam voluntatem esse ambulatoriam, sibi non prospexerit in casum mutationis. Quo modo superstes, non obstante revocatione, lucrum ab altero relictum capere & retinere potest; nisi subsit fraus, ex qua nemo lucrum consequi debet, aut alia conjectura facit cessare defuncti voluntatem, Peck. *d. loco c. 44.* Covarr. *De test. p. 2. Rub. n. 19.* Vult tamen Faber *d. c. 4. & seq.* superstite voluntatem suam mutante, alterius quoque dispositionem corruere, quòd illa duo testamenta sint correspectiva, & unum sit factum contemplatione alterius.

24 Major dubitatio est, An testamentum ex consensu alterius super ejus bonis ab altero factum possit revocari post mortem ejus, qui fecit: Hoc videri potest, eo quòd concessio ejusmodi non contineat revocationem mutationis, sed intelligenda sit secundum naturam testamenti: & ita vult Faber. *d. loco c. 7.* Contrà tamen Peckius *De test. conjug. lib. 1. c. 43. in fine.* & Præses Everardus *cons. 6 o.* dicunt, non posse conjugem, qui permisit alteri de bonis suis testari, revocare ejus dispositionem. Quod tenet, etiam aliis allegatis, Molina *De jure primogenit. lib. 4. cap 2. n. 84. se fundans in l. Sicut 8. §. venditionis sup. quib mod. pign.* Fundamentum tamen inde sumitur insufficiens, cùm agatur ibi de re ipsius delegantis, non aliena, sed oppignorata; cujus legandæ licentiam dans creditor, videtur remittere pignus, ut postea pœnitere non possit. Rectiꝰ alii se fundant in eo, quòd ex consensu alterius alteri sit jus quæsitum, atque ita consensus transierit in contractum, ut revocari nequeat. Molina *d. loco* & Covarr *d. p. 2. n. 22.* Quę opinio ut sit probabilis, videtur tamen probabilior prior. Vide Myns. *cent. 1. Obs. 8.* Suarez *d. loco n. 13.*

25 Quæritur etiam, an Princeps possit immutare voluntatem defuncti? Non posse patet ex *l. fin. C. Si contra jus & l. Rescripta C. De precib. Imp. offeren.* ubi rescriptum tale dicitur esse refutandum à judice, ut contra jus illicitum & obreptitium. Imò nec Pontifici hoc concessum, quia non debet jus quæsitum alicui auferri; nisi id suadeat caussa publicæ honestatis & utilitatis, quæ semper & ubique prævalet caussis privatis; aut nisi voluntas eo modo impleri non possit, quo posita est, *l. 4. inf. De administ. rerum civit.* Capella Tholos. *quæst 26. & ibi notata.* Pincl. *ad rub. p. 1. c. 2. n. 18. & 19. C. De rescind. vendit.*

26 Alia quæstio est, an possit sibi quis facultatem revocandi testamentum auferre ex principis consensu: Dubium non est, quin coram Principe factum naturam suam retineat, cùm Princeps audiat quidem voluntates hominum, non inhibeat autem communitatis arbitrium. *l. Omnium 19. C. De testam.* Quod procedit quando solum audit. Videtur etiam procedere, quando firmat, ne revocetur, cùm hæc libertas sit à jure gentium, quod Princeps non immutat. Quæ tamen opinio posset videri dubia, secundùm ea, quæ tradit Covarr. *d. loco. n. 6. & 9.* propterea quòd ea res nihil includet contra bonos mores naturales, uti patet ex eo, quòd statuto possit eripi aut diminui testandi libertas, uti de facto impeditur in aliquibus locis, etiam harum Provinciarum, nec ideo tale statutum judicatur improbum. Ut, secluso jure humano, res ista non possit dici illicita, cùm scienti & consentienti non fiat injuria.

27 Dubitatur, An qui specialiter juravit se dicere hæredem Titium, nec revocaturum aut mutaturum voluntatem, possit non obstante juramento mutare? videtur hujusmodi testamentum esse irrevocabile, nec posse immutari per novam voluntatem. Cujus potissima ratio est, quod ista obligatio nec naturâ rei mala sit, nec de re mala, aut per se impediente majꝰ animæ bonum, sed de re, quæ facta in favorem proximi, ei cedit in bonum, neutiquam etiam contra bonum comune, licet contra ipsius testatoris privatum, cui ipse spontaneè cedere potest. Non potest etiam videri mala moraliter propter juris civilis prohibitionem, quod quidem ejusmodi pactionem irritat, non tamen etiam prohibet eam servare sub alicujus pœnæ reatu? ut juramentum illi adjectum, ejusq; obligatio non videatur esse contra ullam legem. Facit argumentum *c. cùm contingat ꝟ. de jurej.* ubi juramentum mulieris de non retractanda alienatione dotis, licet contra legem, tenet tamen. Sic & donatio mortis caussâ, quæ sui naturâ est revocabilis usque ad mortem, fit irrevocabilis sola voluntate donantis, *l. Ubi ita donatur 17. inf.*

inf. De donat. mort. caus. ut idem multò magis videatur tribuendum juramento. Et ita communiter tenere Canonistas tradit Clar. §. *Testamentum qu.* 94.

28 Contraria tamen sententia, scil. validam esse revocationem, & posterius testamentum priore potius esse, in eoque scriptum hæredem potiorem, communior est, nec improbabilis. Probatur primò, quòd cum primordialis testamenti natura admittat mutationem, nihil possit per testamentum istud accessisse juris hæredi scripto ante mortem testatoris. Quam naturam non immutat juramentum subjectum, quia illud non tam afficit ipsum testandi actum, quàm promissionem; neque facit testamentum transire in aliam actus speciem, cum nemo possit eam in condendis testamentis legem ponere, à qua sibi recedere non liceat *l. si quis in princ. De leg.* 1. Facit, quòd Glossa communiter recepta in *c. fin. de procurat. in* 5. tradit, procuratorem datum cum juramento de non revocando, nihilominus revocari posse & revocationem hoc operari, ne possit in mandato pergere, ex eo, quòd dependeat datio ex nuda voluntate dantis. Sic & qui aliquam juravit in uxorem ducere, si aliam ducat, tenet matrimonium, *c. Sicut* 22 ꝟ *De sponsalibus.* Eodem & spectat, quòd res alicui vendita, cum juramento de ea non tradenda alteri, vendita tamen & tradita fiat alterius, cum ante traditionem nullum jus acquiratur priori emptori, secundùm ea, quæ traduntur ad *l. Quoties C. De rei vendicat.* Ut nec hac in materia per testamentum acquiratur jus certum ad hæreditatem, quæ nulla est viventis. Ut & secundùm omnia jura (quibus juramentum, quod est pactum privatum, non derogat) scriptus in posteriori testamento sit dicendus potior. Quam opinionem plures tenentes refert & sequitur Covarr. *de test. p.* 2. *Rub. n.* 46. *& seq.*

29 Nihil obstat, quòd juramentum fit super re licita; neque enim ideo mutat naturam actus, quod tamen necessarium foret ad sustinendam priorem opinionem. Non obstat etiam argumentum sumptum ex *d. c. Cùm contingat*, quia ibi agitur de actu, qui potest fieri revocabiliter ab ipsa muliere, soluto matrimonio. Nihil denique facit objectum de mortis caussa donatione, cùm longè dispar sit ratio; hæc namque privati est juris, ut privatorum pacta admittat, & mutetur in speciem propinquam, scilicet donationem inter vivos. Non idem est in ultimis voluntatibus, in quibus nemo potest sibi dicere legem, quâ à priori voluntate non recedat.

Verùm alia hic movetur quæstio, An prædicto casu non teneatur secundo script⁹ hæres exonerare conscientiam defuncti, restituendo hæreditatem primo hæredi: quod aliquibus videtur, *per c. fin.* ꝟ *de sepulturis*. Probabilius tamen est, non teneri, cum per juramentum non firmetur hujusmodi actus, atq; ita nihil juris acquiratur instituto exactus natura ante mortem testatoris. Unde ut non tenetur defunctus, ita nec ipse hæres; & ut teneretur defunctus, non tamen ipsi personaliter, ratione evitandi perjurii, non etiam reali actione. Non transit autem in hæredem nisi actio in rem, vel ad rem, qui neutiquam potest dici teneri ex juramento defuncti, quia tantum est personale. Et quamvis aliqui velint id esse tutius, non est tamen necessarium; cum primo instituto nec sit jus in rem, nec ad rem, quia tantum subest juramentum, quod nihil potest operari, nisi post mortem paciscentis, cui ante eam mutare liberum est. Volunt tamen aliqui, teneri hæredem, in casu, quo prior hæres acceptaverit institutionem, quasi hac viâ jus sibi firmasset. Quod dici minus rectè potest; nam cum agatur act⁹ ultimæ voluntatis, nihil facit acceptatio, quæ non potest immutare ultimæ voluntatis naturam, ut latè tradit Barbosa, *ad l. qua dotis* 34. *n.* 115. *& seq. sup. solu. matr.*

30 Ut juramentum non facit quo minus testamentum revocetur, ita non facit subjecta clausula derogatoria, non tantùm continens verba generalia, veluti, *Nolo testamentum sequens valere*, verùm etiam habens specialia & particularia, veluti, *Nolo testamentum sequens valere nisi contineat talem clausulam.* Neque enim necesse erit meminisse illius clausulæ, ad valorem revocationis, modò sufficienter constet, testatorem à priori voluntate recessisse, *arg. l. Divus §. licet inf. De jure codicill.* quia ut nemo potest facere, quo minus à priori voluntate recedat, ita nec potest impedimentum aliquod sibi ponere, cùm cujus juris est totũ, ejusdem sit & pars, *l. qua de tota sup. de rei vindic.* Nec obstat *l. si quis* 22. *inf. de leg.* 3. quæ videtur requirere, ut specialiter dicat testator, prioris voluntatis se pœnituisse: nam ibi agitur in casu, quo prior voluntas continet interpretationem posterioris, tunc enim necesse est, ut ista interpretatio tollatur, secundum quam aliàs testamentum posterius interpretandum veniret.

Dubitandũ etiam in casu, quo duo testamẽta eodẽ die facta sunt, & nescitur, quod pri⁹ aut posterius. Ubi aliqui volũt esse locũ gratificationi, per *c. duob. de rescr. in* 6. *& per l.* 8. *§. pen. inf. de l.* 2. *& alia loca alleg. per Glos. in l. fin. ꝟ missus C. de edict. D.*

Adriani

Adriani toll. Dicendum tamen ex neutro hæreditatem peti posse sed voluntatem concidere, ob incertitudinem, *arg. l. Duo sunt sup. De test. tut. & ibi Gl. quam approbat* Jas. *in d. l. fin. n.* 30. Clar. §. *Testam q.* 100. *&* Grassus *eod.* §. *q ult.* Forster. *De success. lib.* 4. *c.* 8. *n.* 12. Nisi in uno testamento sint scripti venientes ab intestato, in altero autem extranei, illud enim prævalebit, secundum istam Glossam. Nihil faciunt loca allegata, quia loquuntur in casibus, quibus electioni locus esse potest; non potest, autem esse hoc in casu, quo propter incertitudinem voluntatis testamentum est nullum, & jus quæsitum proximis ab intestato, quod iis non eripiendum facto judicis.

32 Quòd si contractus in primo testamento initus fuerit, an ille sit censendus revocatus, quæri etiam posset? Et licet in testamento contractus iniri nequeat, salvâ voluntate, dato tamen aliquem initum esse, eâ salva, ut vult Glossa iniri posse, *in l. hæredes* 21. §. *fin. in fine sup qui test. fac. poss.* si non sit longi spatii, & breviter expediatur, Jas. in *l. cum antiquitas n.* 3 *C. De test.* dicendum, non revocari per secundum testamentum, eò quòd firmitatem continuò habeat, ut nequeat destrui novâ voluntate. Sic donatio inter vivos non revocatur secundâ voluntate, uti nec confessio facta in prima, quia continuò alteri jus quæritur irrevocabile. Nisi forte talis sit, quæ sequatur naturam ultimæ voluntatis, qualis est confessio debiti, de quo non patet, quod proinde vertitur in fideicomissum, ut tradetur inferiùs, *tit. De confessis:* tunc enim testamento revocato revocabitur talis confessionis effectus Bart. *ad l. cum quis* 37. §. *codicellis n.* 2. *de l.* 3. Sic & stipulatio exacta ab hærede, ratione testamenti, quamvis sit contractus, fit irrita per testamentū secundū n, quia est accessorium primi. Jas. in *l. fin.* 18. *c. de fideicom.*

Dicta de revocatione prioris testamenti per posterius procedunt, quatenus hoc est perfectum. Quo modo si quis incœperit posterius, nec compleverit, valebit prius testamentum, §. *penult. Inst. quib. mod. testam. infirm.*

33 * Contingit tamen revocari prius per posterius imperfectum, aut minùs solemne, quale est militis, *l. Militis* 36. §. *fin. inf. de testam. milit.* & factum inter liberos, quale posterius faciet cessare prius, quod est inter extraneos: nam si prius sit inter liberos, sive solemne sive minùs solemne, non aliàs revocabitur per posterius, nisi fuerit omnibus suis numeris absolutum, *Auth. hoc inter C. De test.* Ratio est in præsumpta subornatione, quam caussat mutatio non

34 solemnis. * Idem tribuunt aliqui testamento posteriori facto in piam caussam. Quæ opinio, jure civili inspecto, non potest procedere, cùm pia caussa sit extranea, ut non mereatur idem privilegium, quod concessum testamento parentum inter liberos, uti dictū suprà de testamentis ordinandis, Jure tamen Canonico, quo subtilitas non attenditur, posset hoc privilegium concedi etiam piæ caussæ.

35 Imperfectum quoque posterius, quo vocantur venientes ab intestato, factum coram quinq; testibus, facit cessare prius, quo vocantur extranei, *l. Hac consultissima* 21. §. *si quis autem Cod. De testam.* idque in favorem venientium ab intestato, qui extraneis sunt potiores. Ubi sufficiet unum aut aliquos venientes ab intestato vocari, *l.* 2. *h. t.* & facit ratio, quòd unus ab intestato veniens sit potior multis extraneis.

36 Dubitatum de testamento imperfecto ratione præteritionis. Quo, non obstante præteritione, videtur revocari prius, in favorem venientium ab intestato, *d.* §. *si quis autem.* Facit textus in *l. Duobus* 21. *si prius i. f. De bon. poss. contra tab.* ubi testamentum prius validum inter extraneos, filio exhæredato, cessat per posterius, quo, præterito filio, vocatus is, qui filio remoto, ab intestato rem erat habiturus, ut patet ex eo, quòd detur filio possessio contra tabulas, quæ non daretur, si prius non cessaret, *l. quod vulgò d. tit. de bon. poss. contra tab.* si non jure testamenti, saltem jure ultimæ voluntatis ab intestato, Cujac. *ad l. Si filius* 7. *sup. De liber. & posthumis.* Vigl. in §. *ex eo autem num.* 6. *Inst. Quib. modis testam. infirm.*

37 Quod de institutione dictum, idem tribuendum substitutioni, ut subsequens priorem mutet, secundùm Barr. *ad d. l. Hac consultissima* 21. §. *si quis autem n.* 5. *Cod. De testam.* cui & alii subscribunt. Castrens. *ibid. n.* 4. Jas. *n.* 2.

TITULUS IV.

De his, qui in testamento delentur.

SUMMARIUM.

1. *Inductio & erasio quatenus vitiet testamentum.*
2. *Hæredis unius nomen inductum non nocet aliis.*
3. *Inductio instituti non prodest substitutio.*

Inter

INter alia, quæ testamento vitium adferunt, est inductio sive obliteratio, & erasio eorum, quæ in eo scripta, quæ facit ea non deberi, ob mutatam voluntatem: quatenus tamen consultò à sciente testatore facta; nam si inconsultò, nihil caussæ est, quò minus debeantur, si inductio non faciat, quin legi scriptura possit, *l.1. in princ. h.t.* quia incautè factum est pro non facto, *d.l.1. §. 1.* Et hoc, si ante consummationem; nam post eam inconsultè deleta debentur, sive legi possint, sive non *d.l.1.* Consultò ut scripti portiones adscriptas petentes exceptione non repellantur.* Unius hæredis nomen si inducatur, id ei tantùm nocebit, non aliis, nisi propter unius offensam totum testamentum infirmatum voluerit testator *l.2. h.t.* * Substituto non videtur prodesse inductio instituti, quòd ejus partem capiat fiscus, saltem si inductio contigerit ex caussa indignitatis secundùm speciem *l.4. C. De his quib. ut indig.* Et hoc videtur velle J.C. in *l.3. h.t. in versic. Sed, si instituti nomen induxit & substituti reliquit, substitutus emolumentum hæreditatis non habebit*: ita enim legendum est, non etiam *institutus*: cùm certum sit, hunc non posse habere hæreditatem propter inductionem, & ibi quæratur de substituto. Legata eo casu à fisco præstanda esse ex benigniore sententia, responsum in *d.l.31 & in l. Cum quidam inf. De his qua ut inding.* quasi & onus ad eum spectet. Ubi & idem de prælegatis responsum, nisi alia pateat voluntas. Si inductio fiat circa caussam indignitatis, ut quia testator intestatus esse voluit, admittentur venientes ab intestato, & legata non debebuntur, cùm sine hæredis institutione nihil in testamento scriptum valeat, *l.2. §. fin. inf de vulg. & pupil.* Legata si inducantur, manebunt penes hæredem; habentur enim pro non scriptis.

TITVLVS V.

De hæredibus instituendis.

SUMMARIUM.

1. *Institutio hæredis & instituere quid?*
2. *Instituti: qualiter & quibus verbis fiat.*
3. *Rectè fit per relationem ad certam scedulam.*
4. *In arbitrium alterius non rectè confertur, etiam jure Canonico.*
5. *Institutio captatoria non valet.*
6. *Captatoria institutio quæ dicatur.*
7. *Institutio non continetur sub verbis privativis, aut negativis.*
8. *Positi in conditione*, si sine liberis, *an censeantur vocati?*
9. *Institutio fit vel ex asse vel ex parte.*
10. *Ex semisse vel ex re singulari uni facta totum assem comprehendit.*
11. *Pluribus scriptis hæredibus partium distributio quomodo facienda.*
12. *Pluribus datis partibus, quæ non sint in asse, quid juris?*
13. *Institutio facienda super bonis propriis.*
14. *Conjux an super bonis conjugis testari possit?*
15. *Institui hæredes possunt etiam servi, & qualiter.*
16. *Institui non possunt peregrini, deportati: An neque excommunicati?*
17. *Institui potest captus ab hostibus, cœlebs &c.*
18. *Institutio in infinitum an & qualiter fieri possit.*

AGitur hic de hæredum institutione, quæ spectat ad solemnitatem, estque caput & fundamentum testamenti, *l.1. h.t.* quod sine ea non subsistit, *d. §. fin.* * Institutio hæredis est designatio successoris in universum jus, quod habet testator tempore mortis. Instituere generaliter est in locum, vel rem introducere. Heres dictus ab Hero, id est, domino, *Inst. de hered. qualit. §. pen.* non etiam ab Hærendo, ut aliqui volunt, atque ita scribendum per simplex E.

Institutio fit quibuscumque verbis sive directis, sive obliquis; sublata enim est omnis verborum solemnitas, *l. Quoniam 15. C. de test.* Verbum, *Relinquo*, institutionem significat, quoties additur universitati; nam aliàs importaret legatum, Grassus *§. Institutio qu. 14. n. 4.* Institutio fiat liberè; nam metus interveniens ipso jure vitiaret, ut rectè tenet Jason. *ad l.1. n 3. C. si quis aliq. testari probib.* Nutu aut signis non rectè fieri institutionem, dictum supra, *ad tit. Qui testam fac. poss.*

Ad certam tamen scedulam rectè refertur institutio, quâ scilicet continetur nomen hæredis, cùm sint paria in testamento aliquid exprimi specificè, vel per relationem ad aliud indicari. Et hoc in testamento scripto, non etiam in nuncupativo, uti dictum supra. Unde in *l. Asse 77. h t. & l. Institutio 10. inf. de condit. inst.* tenet hæc institutio, *Quem scripsero codicillis, hæres esto.* Ad alterius interrogationem facta quatenus valeat, dictum quoque superiùs.

In arbitrium alterius institutio non rectè confertur, *l. Si quis 68. h.t.* volunt enim leges testa-

 men-

mentorum jura per se firma esse, & ab alieno non dependere arbitrio, *l. Illa institutio 3. h. t.* Quò facit, quod Lege 12. Tab. cautum sit, *Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*. Facit etiam quòd aliàs facilè contingeret disponi aliquid contra quàm defunctus voluisset. Quod ita verum, ut ne quidem in arbitrium boni viri conferatur voluntas, cùm hoc lege: minimè admittant. Et hoc quatenus confertur expresè in alterius arbitrium: aliud est, si tacitè conferatur, veluti, *Mævius hæres esto, si Titius Capitolium ascenderit d. l. 68.* Nec his repugnat, quod infra dicetur, posse alterum conjugum testari de bonis alterius, ejus consensu; nam quod hic dicitur, ab alieno arbitrio dependere non posse, est, quando ea potestas ab altero daretur, quæ isto in casu non datur, sed tantùm licentia disponendi de bonis tamquam suis, quæ facti magis est, quàm juris.

De jure Canonico videtur aliquibus in voluntatem tertii conferri posse, per *c. Cum tibi 13. ✠ de test.* ubi qui suam voluntatem in alterius dispositionem commisit, dicitur non decessisse intestatus. Quod plerique accipiunt de pia caussa, Covarr. *ad d. c. 13. n. 2.* Verum enim isto cap. non fiat mentio piæ caussæ, veriùs videtur, non velle ibi Pontific. talem simpliciter esse testatum, sed haberi pro tali in aliquo casu, scilicet ad exclusionem Episcopi, cui decedentium ab intestato bonorum dispositio erat demandata, *c. cum tibi 18. De V. S.* cujus pars est, *d. c. 13.* cùm sit ejusdem Pontificis rescriptum, ad eundem Episcopum, qui proinde frustra dispositionem sibi adrogabit, alteri per defunctum commissam, qui eatenus non est intestatus. Ita Franc. Sarmient. *Select. interpret. lib. 2. c. 6. n. 33. Fachin. 5. contr. c. 57.*

5 Institutionem captatoriam non tenere, expressum est in *l. captatoria 64. de leg. 1.* ob conditionem relatam ad secretum alienæ voluntatis, *l. Captatorias 74. h. t.* ut ne quidem in testamento militis sustineatur, *l. Captatorias 11. C. de test. milit.* ubi non tantùm conditio adjecta vitiatur, verùm & ipsa institutio, quod lex taliter factam improbet & annulet, ut patet ex *l. 1. inf. de his quæ pro non script. hab.* ubi dicitur hæreditatem vel legatum, quod sibi quis adscripserit, haberi pro non scripto, eo modo, quo captatoria institutio. Illud non deberi certum est, ut & hæc valere nequeat, si justa est comparatio. Frustra adfertur argumentum ab impossibili conditione, quæ habetur pro non adjecta, *l. 3. inf. de cond. & demonst.* institutione subsistente *l. 1. inf. de cond. instit.* quia judicatur illa irrepsisse potius, quā judicio testatoris adjecta.

6 Notandum autem hic, institutionem captatoriam propriè non dici illā, quæ confertur in alienum arbitrium, de qua paulò ante, aut illam, quâ mutuis affectionibus judicia provocantur, nam talis est licita: sed quā quis sibi, vel alii, alterius, quē hæredem scripserit, captat hæreditatem, hâc formâ, *si Titium hæredē me scripserit*, aut, *Quâ parte hæredē me scriptum in suis tabulis recitaverit, ex ea parte mihi hæres esto. d. l. 1. inf. de his quæ pro nō script. hab.* aut, *Si Titius Cajum instituerit hæredem, hæres mihi esto, l. Illa 71. h. t.* captatoria dicitur, quia est in captionem ejus, qui hæres vocatur, ut illectus illecebra hæreditatis oblatæ suam alteri relinquat. Captare enim est præferre præ manu gratiā, quam captamus, & quasi reposcimus, & hoc verbis in futurum collatis, veluti, *Quâ parte me hæredem instituet*, non item in præteritum, veluti, *quâ parte me hæredem instituit. d. l. Illa.* Cessat enim vitium captationis; cum institutio conferatur in præteritū, & testamentum factum, ut non possit videri captari, quod jam dispositum. Unis in tabulis testamentum duorum factum, etiam in quibus alter alterū scripsit hæredem, uti non est infrequens in conjugib⁹, non potest videri captationis vitio obnoxium, nisi aliud induceret verborum forma.

7 Ex eo, quod diximus, quibuscumque verbis fieri institutionem, dubitari posset, an & contineatur sub verbis privatis aut negativis, id est, an censeatur filius institutus sub hac forma, *Exhæres esto, si intra annum non redierit?* Quod minimè dicendum, per *l. Ex facto 19. h. t.* Ratio est quòd ex privativa dispositione non possit resultare habitus.

8 Quæritur &, An positi in conditione possint censeri vocati? Communior, & scripti juris textibus rationique magis conformis est negantium opinio, per *d. l. Ex facto*, ubi substitutus alteri hac forma, *si Titius hæres non erit, Sempronius hæres esto*, dicitur hic vocat⁹ in partem, quæ nulla est, ex eò, quòd ille non sit institutus: quod non diceretur, si in conditione positus esset vocatus. Eòdem facit textus in *l. Si quis 19. inf. De vulg. & pupil. substit.* ubi dicitur filius præteritus in hac conditione, *si filius me vivo decedat, Cajus hæres esto.* Cui respondet *l. Gallus 5. in omnibus sup. De lib. & posthumis hæred. instit.* ubi sub hac forma, *Si filius me vivo decedat*, non intelligitur filius institutus, cum ad ejus valorem requiratur, ut præcedat filii institutio, quâ non esset opus, si contineretur in conditione, & non haberetur præteritus. Facit præterea textus in *l. si quis 8. inf. Si quis omis. caussa testam.* ubi sub conditione Titio dandi decem hærede instituto, qui omissā testamenti causa hæredita-

reditatem possidet ab intestato, nihil capit Titi⁹, nec ei subvenitur, cũ nequidem sit legatarii loco; quod tamen esset, si positus in conditione expressè esset vocatus. Facit & *l. 1. C. de pact.* ubi gravatus restituere sub conditione, si sine liberis, alienat, quod fieri non posset, si liberi ex testamento venirent, juxta *l. 1. §. sed quia & Auth. Res quæ C. de fideicõ.* Nec rectè quis responderit, dicta *l. 1.* agi tantùm de legitima alienata; nam lex se in eo non fundat, quod super legitima esset facta trãsactio, sed tantùm in transactione. Deinde pro hac parte facit textus *l. In fideicommisso C. de transact.* ubi super fideicommisso, *si sine liberis*, transactio tenet; Facit & ratio, quòd conditio nihil disponat, cum nihil ponat in esse; & quod institutio debeat fieri expressè. Facit etiam, quod gravamen sit subjectũ sub forma conditionis, *si sine liberis*, ut ea deficiente cesset gravamen, & sensus sit: Fratri substituto, si moriatur sine liberis: si autem liberos ex se relinquat, minimè substituto. Quã forma non possunt videri vocati liberi, cum contineat verba negativa, ex quibus non potest componi oratio affirmativa. Gomez. 1. *Var. cap. 5. n. 42.* Goveanus *ad d. l. Gallus n. 25.* Cujac. *ad l. Lucius 85. h. t.* Forster. *de success. ab intest. lib. 4. c. 1. n 9.*

Contrariam partem amplexi sunt Coras. 2. *Miscell. c. 19.* Menoch. 4. *Præsumpt. c. 76.* & alii relati à Fachinæo 4. *Contr. c. 51.* Moventur per *l. Lucius Titius 85 h. t.* ubi dicitur testator non tantùm fratrem prætulisse substituto, sed & liberos ejus in conditione positos: & per *l. cum in testamento 37. in pr. h. t.* ubi ratione eorum, qui sunt positi in conditione, dicuntur duo hæredum gradus facti, ut proinde videantur vocati testamento: item per *l. Coharedi 41. in fine inf. de vulg. & pupill.* Verum non obstat *d. l. Lucius*; nam quod ibi dictum, liberos fratris videri prælatos substituto, non est accipiendum, quasi ex testamento eos vocasset, sed quòd iis natis noluerit gravare fratrem. Atque ita dicit J. C. non tantùm fratrẽ, sed, & ejus liberos esse prælatos substituto, eò quod per eos existentes excludatur ab hæreditate testatoris, tanquam cessante conditione, in cujus eventum est vocatus. Non obstat etiam *d. l. 37.* quia agit de formula Galli Aquilii, quæ præsupponit institutionem filii, *d. l. Gallus 5. in omnib. & §. credendum.* Non obstat denique *d. l. 41.* quia satis apparet ibi vocatum esse eum, cui substituitur, cum dicatur substitutus in ejus locum pervenire. Quæ ut ita procedant de jure scripto, placuit tamen nostris Principibus contraria sententia, liberos scilicet in conditione positos censeri positos & in dispositione, atque ita vôcatos ex testamento; quam ad tollendam omnem ambiguitatem nuperrimo Edicto; anni 1611. art. 18. confirmàrunt, moti fortè hac ratione, quòd, cum testator hanc alienationem impediverit, in gratiam externi, per fideicommissum, multò magis eam impeditam voluerit in gratiam liberorum instituti.

9 Institutio fit vel ex asse, vel ex parte, cujus solemnis distributio fit in duodecim uncias, de quibus *Inst. eod.* Non cogitur autem testator istam distributionem observare, cum & plures & pauciores uncias facere licitum illi sit, *l. Interdum 13. §. 1. h. t.* jurisque potestate partes quæcumque datæ resolvantur in 12. uncias *d. l. 13 §. 2.* 10 Nam si tantùm in semisse instituatur hæres, totus as in semisse intelligatur datus, ex legis interpretatione, quæ non fert paganum pro parte tantùm testatum decedere, *l. Ius nostrum 7. De R. I.* Ut duobus scriptis ex quadrantibus reliqua pars accedat, & ex semissibus scripti videantur. Idem est, si unus ex re singulari sit vocatus, qui & ipse in universum hæres erit, non obstante expressa testatoris prohibitione, cùm nemo possit facere, quò minùs leges habeant locum in suo testamento, *leg. Nemo potest 55. De leg. 1.* sicut enim viventis unum est patrimonium, ita & defuncti una hæreditas, unus hæres, ad quem eodem ordine defertur. Et hoc ita, quatenus unus solus est vocatus, aut etiam plures ex re singulari hæredes, sine universali cohærede; nam aliàs ex re singulari vocati erunt loco legatariorum, *l. Ex facto 35 in princ. & §. 1. h. t.* Et hoc de jure scripto: nam quibusdam in locis usus est contrarius, permittens id, de quo non disposuit testator, deferri ab intestato proximis.

11 Contingit autem quòad partem hæreditatis non semper esse expressam voluntatem, ut sæpe sit opᵘˢ conjecturâ. Sic si plures scripserit testator hæredes sine partibᵘˢ, conjectura est omnes æqualiter esse vocatos; nam si aliud voluisset, id ipsum expressisset, *§. si plures Inst. eod* Si aliqui vocati fuerint partibus adsignatis, aliqui subjuncti sine partibus, his ea pars debetur, quæ vacat: est enim conjectura, testatorem iis, quos sine parte scripsit, vacantem partem destinasse, non tantùm quæ vacat ex asse, verùm ex dupondio & tripondio, ex eadem ratione, *l. Sabinis 18. l. Ex unciis 87. h. t.* Si nulla pars vacet, duo intelliguntur facti asses, quorum alter debetur scriptis sine partibus; cùm enim horum institutio ad nullam partem vacantem restringi possit, videtur testator eos in tantùm honorasse, atque scriptos cum partibus,

 & sic

& sic duos asses fecisse; quibus revocatis ad unum, utrisque debebitur semis, nisi asse expleto ita scripserit testator, *Ex reliqua parte Mævius hæres esto*, tunc enim nihil debebitur, ob relationem ad partem quæ non superest, *l. Item quod Sabinus 17. §. sed si asse h.t.* Hinc & si ita scripserit, *Si mihi Titius hæres non erit* (quem non instituerat) *Sempronius hæres esto*, non admittitur hic ad partem, quod relatio sit facta ad partem quæ non superest, *l. Ex facto 19. h.t.*

12 Interdum plures partes dantur quàm as continet, veluti quatuor trientes, tres semisses, & tunc similiter id juris erit, ut singulis pro rata decrescat, *d. l. 13. §. sed si excesserit & seq.* Verùm hoc ita jure pristino: novo ea res emēdata videtur per Justinianum Imp. in *leg. cùm quæst. 23. Cod. De legatis*, in eo saltem casu, quo relicta primo tota hæreditas, & secundo sex unciæ aut semis: interpretatur enim eam voluntatem fuisse testatoris, ut primo adimeret lex uncias, & secundo adjiceret.

13 Ut rectè fiat institutio, debet fieri super bonis propriis, non etiam alienis. Quò facit Lex 12. Tabb. quæ dat licentiam testandi de rebus suis, non etiam de alienis. Cujus ratio est, quod etiam per institutionem detur via acquirendi jus in rem per aditionem, quod in rem alienam invito domino non quæritur, licet res aliena legari possit: qua de re infra suo loco. Ubi communio vel societas non impediet, quò minùs pro parte, quà res est sua, teneat institutio, *l. 1. Cod. h.t.* relinquens enim rem communem, pro sua portione relinquere censetur, *l. 5. in fine de legat. 1.*

14 Quæri hic posset an conjux super bonis conjugis posset testari, ejus permissu? Videtur ejusmodi testamentum non esse extra vitium. Primò, quod in alienum arbitrium videatur collata voluntas, atque inde dependere, contra *l. Illa institutio 32. h.t.* Secundò, quod contineat donationem inter conjuges prohibitam. Tertiò quod disponat super re aliena. Contrarium tenet præses Everardi *Cons. 60.* & eum secutus Peck. *De testam. conjug. lib. 1. cap. 17. n. 13. ubi & alii citantur.* Fundamentum in eo ponunt, quod consensus ille operetur mandatum, Bart. in *l. Cùm quis inf. de legat. 3.* Facit, quod contractus super re alterius, domini consensu initus liget perinde dominum, ac si ipse contraxisset. Atque ita secundùm hos non obstabit primum argumentum, quia non confertur in alienum arbitrium voluntas, cùm non sit testamentum consentientis, sed testantis, qui jure suo testamentum facere potest. Neque etiam obstat secundum, quia falsum est, cum istud mandatum disponendi nihil commodi conferat testanti. Non denique obstat tertium, quia ut nihil repugnat inter vivos disponere super re aliena, ita nec ultima voluntate alterius consensu.

15 Institui hæredes possunt omnes non prohibiti, tam extranei quam sui, & tam liberi quàm servi, etiam alieni, qui sunt capaces ex persona dominorum, *l. Neque 10. Cod. h.t.* etiam proprii, qui per hoc consequuntur libertatem, si in familia testatoris fuerint tempore mortis: nam qui vult aliquem esse hæredem, vult omnino id, sine quo hæres esse non potest; non potest autem esse nisi liber. Aliud est in legato, per quod servus proprius consequitur libertatem, *l. Quidam §. illo Cod de necessariis hæred. instit.* Ratio differentiæ est, quod, nisi libero acquireretur hæreditas, non haberet textum suum testamentum; Legata autem exitum suum habent, quamvis relicta servo proprio, cum in *d. §. illo* moneatur hæres non defraudare libertatem testatoris, possunt enim esse nummi servo, quibus redimatur, *l. 4. inf. De manumissionib.* Procedit autem dicto casu libertas, etiamsi dominus eam expressè ademerit, quia non potest facere, ne leges locum in suo testamento habeant, *l. Nemo 55. inf. de leg. 1.* Et hoc si directò adimat; nam indirectò potest impedire libertatem, servum institutum alienando, *§. servus autem Institut. h.t.* qui dominum novum faciet hæredem, priori domino in ista voluntate permanente usque ad mortem. Potest & testator conditionem apponere libertati, quæ in servi sit potestate, quam si implere neglexerit, privatur libertate & hæreditate; quod sibi imputet. Casualis conditio deficiens facit quidem servo libertatem esse salvam, ne ei obsit casus, non etiam hæreditatem, quæ ad substitutum aut alios devolvetur: nisi solvendo non sit, tunc enim servus eam agnoscere cogitur, *l. 6. Cod. de necess. hæredib.* tamquam hæres necessarius, cui non est abstinendi beneficium, *leg. Necess. 57. in fine inf. de acquir. hæred.* adeò ut etiam pœnâ coërceatur serv⁹, si hæreditatem respuat, *l. 4. Cod. d. t.* Caussa instituendi servi hæredis necessarii est pudor atque æstimatio defuncti, ne non tam ejus nomine, quod infame erat, quà servi hęredis bona distraherētur.

16 Non instituuntur peregrini, deportati, *l. 1. Cod. h.t.* cùm sint incapaces actuum civilium. Excommunicatum qui loco peregrini habent, ideoque institui non posse asserunt, errant, ut patet ex *cap. fin. de pœnis in 6.* ubi excommunicatus propter cædem Cardinalis, vel percussionem, jubetur esse

esse intestabilis, uti & excommunicatus: quia credit hæreticis, quia eos defendit, & favet iisdem, si intra annum contempserit satisfacere, *Auth. Credentes Cod. de haret.* Ut alia de causâ excommunicato non sit deneganda testamenti factio, ne frustra istis locis tantùm excipiantur duo casus, cùm exceptio firmet regulam in non exceptis.

17 Captus ab hostibus activâ quidem testamenti factione caret, non tamen passiva, *leg. Illa 32. §. 1. hoc tit.* Cœlibem & orbum lex Papia ex testamento civis Romani capere vetabat, quæ hodie cessat, *tit. Cod. de infirman. pœnis cœlib.* Quod habet Glossa *ad §. legari Instit. de Legat.* de vidua intra annum luctus nubente correctum est jure Canonico, ex ratione *cap. fin.* ✠ *de secundis nupt.* Non instituuntur etiam hæretici, *l. Manichæos C. de haret.* nec Collegia illicita, *l. Collegium 8. C. h. t.* nec incertæ personæ: quia debet esse certum testatoris judicium, Ulp. in *Frag. tit. 22. l. Quoties*

18 *13. Cod. hoc tit.* * Hinc non instituuntur hæredes in infinitum, veluti totus mundus, ob difficultatem adeundi. Quo tamen casu putat Vigl. *Instit. hoc tit. §. & unum,* Remp. vel fiscum esse admittendum, vel dividendam talem hæreditatem pauperibus, Vide & Gomez. *1. Var. Resol. cap. 2. num. 2.* Si Deus scriptus fuerit hæres, Ecclesia ejus loci scripta creditur. Quod & dicemus, si alicui Sancto relicta sit hæreditas, cujus eo in loco vel in provincia nullum est oratorium, *l. fin. C de sacros. Eccles.*

TITULUS VI.

De Vulgari & Pupillari substitutione.

S U M M A R I U M.

1. *Substitutio quid & quotuplex.*
2. *Substitutio vulgaris quomodò fiat.*
3. *Quibus fiat.*
4. *Effectus hujus substitutionis.*
5. *Substitutio hæc an potior iure accrescendi?*
6. *Substituto fit locus, minore abstinente vel repudiante hæreditatem, licet restitui possit.*
7. *Substitutio in unum casum,* si noluerit, *facta extenditur ad alium,* si non potuerit.
8. *Hærede indigno judicato locus substituto quando detur.*
9. *Substituti in quas partes testatori succedant.*
10. *Substitutio hæc exspirat præmortuo substituto.*
11. *Instituto mortuo ante testatorem succedit substitutus.*
12. *Aditâ hæreditate per institutum desinit esse locus substituto.*
13. *Minore restituto adversus aditionem an fiat locus substituto.*
14. *Existentia sui hæredis an faciat evanescere hanc substitutionem?*
15. *Substitutio pupillaris quid, ejusque forma.*
16. *Alia est expressa, alia tacita.*
17. *An & vulgaris alia tacita, alia expressa?*
18. *Substituitur pupillariter liberis in potestate testantis existentibus.*
19. *Mater non substituit pupillariter.*
20. *Adrogator substituit adrogato.*
21. *Substituit & pater filio exhæredato.*
22. *A substituto exhæredati cur legatum relinqui non possit in casu relicti ab exhæredato legati?*
23. *Exhæredato per fideicommissum pater non substituit.*
24. *Requisita ad Iustitiam hujus substitutionis.*
25. *Impubes quo tempore debeat esse in potestate.*
26. *Substituitur liberis non recasuris in potestatem.*
27. *Substitutio facta nepoti, qui tempore mortis avi fuerit suus, non tenet.*
28. *Substituitur pupillariter impuberibus.*
29. *Nisi statuto ultra illud tempus facultas testandi impediatur.*
30. *Substituens pater prius sibi testamentum facere debet.*
31. *Rectè substituet testando inter liberos.*
32. *Filius instituendus vel exhæredandus.*
33. 41. *Necesse est adeatur vel agnoscatur hæreditas.*
34. *Existentia sui hæredis confirmat tabulas pupillares.*
35. *Intellectus & Lectio* l. Apud Julianum 11. §. idem Julianus, Ad S. Consul. Trebell.
36. *Effectus substitutionis pupillaris.*
37. *Substitutione duobus pupillis factâ, substitutus quando admittatur.*
38. *Intellectus* l. Hæredis mei 57. §. cùm ita Ad S. C. Trebell.
39. *Succedit substitutus pupillo etiam in bonis patris.*
40. *Nec ei separare licet hæreditatem paternam ab hæreditate filii.*
41. *Intellectus* l. si filius 12. h. t.

43. *Substitutus exheredato bona capit filij, non patris.*
44. *Ex substitutione generaliter facta qualiter succedatur.*
45. *Substitutio ex pluribus novissimo morienti facta facit invicem succedi ab intestato.*
46. *Duobus scriptis heredibus, cum clausula substitutionis,* Quisquis mihi hæres erit & Titius filio meo hæres esto, *in tres trientes dividenda hereditas.*
47. *Conciliatur* l. si pater 9. h. tit. cum l. fin. Cod. eod.
48. *Substitutione sic factâ,* Titius unà cùm filiis & Sempronius mihi hæredes sunto, *fiunt semisses.*
49. *Substitutio pupillaris expressa excludit matrem.*
50. *An eadem sit vis pupillari tacita?*
51. *Mater excluditur & per vulgarem ac reciprocam.*
52. *Substitutio pupillaris exspirat pubertate.*
53. *Non per matrimonium contractum intra annos pubertatis.*
54. *Directè facta pubertatem egredi non potest.*
55. *Nec sustinetur in vim fideicommissi.*
56. *Vulgaris tacita non extinguitur post pubertatem.*
57. *II. Evanescit hac substitutio per emancipationem pupilli.*
58. *An & per ingressum patris in Religionem.*
59. *Item sublato testamento per aliud posterius, vel per capitis diminutionem.*
60. *Non etiam per bonorum possessionem contra tabulas aut per querelam inofficiosi.*
61. *IV. Non aditâ hæreditate ex testamento patris.*
62. *V. Tempore elapso, ad quod coarctata.*
63. *Vulgaris sub pupillari contenta an & exspiret lapso tempore?*
64. *VI. Substituto ante impuberem mortuo.*
65. *VII. Impubere mortuo ante patrem.*
66. *An eo casu & vulgaris tacita censeatur extincta?*
67. *Substituto primo mortuo admittitur secundus.*
68. *Substitutio exemplaris quibus fiat.*
69. *In eam rem olim opus Principali rescripto.*
70. *In quibus liberis ea locum habeat.*
71. *A quibus substitui hoc modo possit.*
72. *An & à matre ad secunda vota transeunte?*
73. *An eo casu irritanda substitutio?*
74. *Impuberi furioso facta qualis censenda.*
75. *Exemplariter non substituunt liberi parentibus.*
76. *Requisita ad hanc substitutionem.*
77. *Liberi omnes ipsius mente capti, an unus vel aliqui eorum substituendi.*
78. *Mater testamento exemplari præteriri potest.*
79. *Effectus hujus substitutionis.*
80. *Quibus modis finiatur.*
81. *Furore redeunte an convalescat?*
82. *Substitutio breviloqua seu reciproca qua ejusq. forma.*
83. *Continet utrumque casum, vulgarem & pupillarem.*
84. *Et quidem expressum utrumque.*
85. *Substitutio facta ex pluribus ultimo morienti non continet reciprocam.*
86. *Effectus hujus substitutionis.*
87. *Pars vacans ex hujusmodi substitutione pertinet ad coheredem superstitem.*
88. *Compendiosa substitutio qua, ejusque forma.*
89. *A Milite facta verbis directis post pubertatem obliquatur.*
90. *Non etiam in testamentis paganorum.*

INstitutioni subjungitur Substitutio, eo fine, ut deficiente hærede, primo loco vocato per sequentem substineatur defuncti voluntas.* Ea est [1] subordinata quædam hæredis institutio, vel secundi hæredis appellatio, ut alibi dicitur. Cajus *Instit. lib.* 2. ordine tantùm ab institutione differens, quæ est appellatio primi hæredis. Alia est directa, quæ fit verbis civilibus & directis, de qua hic; alia obliqua sive fideicommissaria, quæ non est hujus loci. Præcipua substitutionum divisio ex formularum varietate desumitur: unde alia Vulgaris, alia Pupillaris, ad quas species & alii modi pertinent, veluti Exemplaris, Reciproca, Compendiosa, de quibus infra hoc Tit. agemus.

Vulgaris, uti nomen sonat, est, quâ cuivis ætati & personæ substituitur, in casum, quo vocatus hæres non adit hæreditatem, ut, *Titius esto, & si Titius hæres non erit, Cajus hæres esto.* [2]

Substituitur hoc modo non tantùm libero, sed [3] & servo; non tantùm alieno, verùm & proprio: quod magis dubium, ex eo, quòd hæres sit necessarius, ut non possit nolle. Ubi aliqui volunt servum hujusmodi fieri voluntarium, quasi aliàs substitutio illi facta fores inutilis, sed falluntur cum utiliter facta sit, ne sine hærede testator decedat, quod contingere posset per manumissionem servi, aut mortem, aut etiam alienationem.

Effectus hujus substitutionis est, quòd cessante gradu primo, sit locus secundo, & per eũ testamentum sustineatur. Ubi notandum, non censeri primũ gradum deficere ex eo, quòd vocatr per se [4]

non

non sit hæres, sed tum demum si nec ipse hæres sit, nec mutatâ conditione alium sibi hæredem fecerit, *l. Cum proponas C. De hered. instit.* Per instituti non adeuntis hæreditatem non removeri substitutum, certum est, quòd hæreditas non adita non transmittatur nec ex veteribus legibus, nec ex novis, ut ait Imp. *in l. unica §. in novissimo C. De caducis tollen.* exceptis tamen quibusdam casibus, de quibus alibi.

Sed hic quæsitum, An substitutus sit potior jure accrescendi, quod competit hæredi in partem deficientis? quod omnino dicendum, cùm jus accrescendi descendat ex lege, ne quis pro parte tantùm testatus decedat; substitutus autem expressè vocetur à testatore, cujus provisioni cedit tacita legis provisio, *l. fin. h. t. & l. 2. §. si duo inf. de bon. poss. sec. tabb.* Quod verum est, quando singulariter & nominatim alicui fit substitutio; non etiam si pluribus, veluti in hac forma, *Primus, secundus, tertius haredes sunto, & si haredes non erunt, quartus hæres esto.* Tunc enim si aliquis ex conjunctis defecerit, ad ejus partem non admittitur substitutus, sed ea accrescit adeunti, quia substitutus non aliàs censetur vocatus isto in casu, quàm omnibus institutis deficientibus: uno autem ex pluribus adeunte verum non est, institutos non esse hæredes, cùm ad orationis copulativæ veritatem requiratur omnium partium veritas, *l. Quidam 30. h. t. & l. pen. eod.* Aliud dicendum si singuli singulis sint substituti, aut uni ex pluribus substitutio sit facta, hoc enim solo non adeunte substituto fit locus quoad ejus partem, *l. Ex duobus 24. in fine h. t.* aut nisi ex mente testatoris conjunctiva resolvatur in disjunctivam, ut in *l. Haredes §. cum ita insf. ad S C. Trebell.* Jason *ad l. Reconjuncti 89. n. 145. & seqq. de leg. 3. & l. fin. num 9. Cod. de hared. instit. Menoch. 4. Præsum. cap. 87. num. 5.* Gomez. *1. Var. cap. 3. nu. 16. & seqq. & n. ult.* ubi Suarez.

6 Itaque prædictus effectus procedit, sive institutus non potuerit adire, impeditus per mortem, aut noluerit, quia repudiaverit. Quo casu non impedietur substitutus adire, ex eo, quod minor, qui repudiavit, restitui possit, per *leg. Etsi 8. §. sed quod Papinianus sup. de minorib.* ubi servus post abstentionem minoris hæreditatem adiit. Facit enim abstentio vel repudiatio conditioni substitutionis, scilicet si hæres non erit, locum esse; non est autem hæres repudians. Nec quidquam facit sperata restitutio, quia est extraordinaria & incerta: & licet subsequatur, non facit tamen testitutum esse hæredem, cùm semel hæres semper hæres maneat, & Prætor hæredem non faciat, *d. §. sed quod,* Goveanus *De substit. in princ. n. 19.* Gomez. *d. cap. 3. n. 14.* Grassus *§. Substitutio q. 9. n. 2.*

Verùm dubitatur, an substitutus in casum, ut 7 vocant, voluntatis, censeatur vocatus in casum impotentiæ, vel contra? Probabilis est affirmativa, nixa verosimili testatoris intentione, qui ne moriatur intestatus substituit, & licet in alterum casum tantùm, non tamen in exclusionem alterius, ne sine hærede decedat. Ad idem facit, *l. 3. Cod. De substit. & instit.* ubi vocati in casum mortis paternæ censentur etiam vocati in casum emancipationis, secundum intentionem instituentis. Facit & *l. Titius 25. in fine sup. de lib. & posthumis*, ubi licet verba deficiant, quibus in unum tantùm casum est provisum, facit tamen mens testatoris vocatum & in altero casu admitti. Ita Bart. *ad l. 1. n. 14. h. t.* Jason *ibid. n. 23.* Gomez *1. Var. cap. 3. n. 10.* quam opinionem sequitur Goveanus *d. loco n. 19. per l. Mulier 22. in princ. inf. Ad S. C. Trebell.* ubi casus expressus trahitur ad non expressum, si tendat ad eundem finem: nisi obstet conjectura voluntatis, uti in *l. Pater 101. inf. De condit. & demonstrat.* ubi Cujac. *8. Respons. Papiniani*, in qua si verba spectes, debetur Ælio Philippo; si verò voluntatem, quæ in conditionibus est potior scripturâ, ita demùm legatum Philippo datum videtur, si filia, cùm nubilis esset, nubere eidem voluisset; ideo enim appositum tempus nubilis ætatis, ut necdum viripotens mortua fecerit non extitisse conditionem. Nihil facit *l. commodissimè 10. sup. de lib. & posthum.* quia continet diversos casus, quorum unus sub altero non continetur, ut proveniens ex diverso jure, unus scil. ex antiquo, nempe formula Galli Aquilii, alter ex novo, nempe legis Vellejæ, qua de re supra *d. tit.* Nihil obstat *l. si ita quis 2. h. t.* in qua quidam magnum ponunt momentum; quia continet temporis diversitatem, quæ facit certo tempore concessa, postea videri negata. Non obstat denique *l. si cum dotem 22. sup. soluto matrim.* in qua nõ fit extensio ultra verba ad casum similem; nam ibi agitur de contractu, in quo imputatur contrahentibus, quòd non convenientius verba contract⁹ conceperint, *l. Veterib⁹ 39. sup. de pactis.*

Si hæres indignus sit judicatus ob non vindi- 8 catam mortem defuncti, non semper erit locus substituto, sed tum demum, si ante aditam hæreditatem remotus fuerit. Nam si post aditam hæreditatem eâ indignus videatur, substituto locus esse

esse non potest, quòd defecerit conditio, si hæres non erit: ut eo casu fiscus sit ablaturus hæreditatem, *l. Necessarios 5. §. non aliàs inf. De S.C. Silaniano l. 1. inf. de his, quæ ut indig. aufer.* Govean. *d. loco num. 25.*

9 Secundus effectus est, quòd per hanc substitutionem succedatur testatori ejusque bona à substituto capiantur. Quo casu si invicem scripti hæredes fuerint substituti, eas partes censetur testator dedisse in substitutione, quas dedit in institutione, *§. & si ex dispar. Inst. eod.* nisi alia appareat voluntas ex conjecturis, veluti si in substitutione æqualiter eos gravaverit; videtur enim æqualiter vocasse ad commodum, quibus æquale onus imposuit, *l. 7 inf. De reb. dub. l. Quoties 23. inf. Ad S.C. Trebell.*

Idem dicendum, si in substituendo usus sit testator nominibus propriis, veluti *primum, secundum, tertium substituo.* quia expressio nominum propriùm continet enumerationem personarum, habentem effectum exæquandi vocatos, *l. Nonnumquam 24. inf. d. t. Ad S.C. Trebell.* Facitque deberi viriles partes, qui vocati sub nomine appellativo hæreditarias tantùm haberent, *l. Si hæredes 124. inf. De leg. 1.* Quòd si dixerit, *Primum, secundum & cohæredes substituo*, adhuc idem dicendum, ut scil. viriles partes debeantur, quia subjunctio cohæredum est pro demonstratione, quæ abundans non nocet. Uti nec è contra, si cohæredes primum & secundum substituerit testator, hæreditariæ partes debebuntur, quia nomina subjuncta sunt loco demonstrationis, & abundant, *l. si communem 73. inf. De stipulat. servorum.* Inspexit enim testator qualitatem hæredum; non sunt autem hæredes ultra partem datam.

10 Hæc de effectu substitutionis. Cessat is primò, substituto præmortuo ante institutum; adeò ut ad hæredem nihil transmittat, *l. unicâ §. in novissimo Cod. de caducis tollen.* cùm jus, quòd necdum substitit in persona defuncti, non possit vindicari ab hærede, nec transmittatur nisi quod in bonis est. Hæreditas autem delata nec adita deferri non potuit præmortuo.

11 Quod si institutus moriatur ante testatorem, posset videri evanescere substitutio, ex eo, quòd *l. 1. h. t.* dicatur, substitutionem non esse sine institutione; hìc autem non fit institutio. Veriùs tamen est contrarium, scilicet institutione facta caduca, substitutionem revocari ad institutionem, & substitutum evadere in primum gradum, per *l. si pater 26. & l. cùm ex filio 39. §. fin. hoc tit.* ubi instituto mortuo ante testatorem, substitutus succedit loco instituti. Eodem facit *l. Thais 41. §. penult. inf. de fideicom. libert.* ubi filiæ licet ante patrem mortuæ substitutus dicitur existere hæres patri. Nec est, quòd intelligas istas leges de pupillari, quia ea moriente impubere ante patrem, evanescit, uti mox dicetur: & satis patet ibi agi tantum de vulgari ex *d. l. 27.* in qua dicitur, substitutum esse hæredem patri, qui effectus est substitutionis vulgaris.

12 Cessat secundò per aditionem hæreditatis ab instituto, *l. Post aditam Cod. h. t.* ratio est in conditione, quæ subest, scilicet, *si hæres non erit*, quæ deficit aditione hæreditatis per institutum. quod etiam verum est in casu, quo ex pluribus copulativè vocatis unus adit, secundùm ea, quæ paulò antè dicta sunt. Idem etiam tribuendum bonorum possessioni, per *l. Puberem Cod. de jure deliber.* ubi bonorum possessor & pro hærede, ut faciat cessare conditionem, atque ita submoveat substitutum, Goveanus *de subst. n. 42.* quod accipiendum de bonorum possessore secundùm tabulas, per quàm pro hærede quis se gerit ex causa testamenti, ne contradicat *l. 3. Cod. h. t.* ubi substitutio vulgaris admittitur, si institutus omiserit aditionem, petieritque bonorum possessionem ab intestato, cùm substitutio successionem ab intestato cessare faciat: Verba enim, *si hæres non erit*, accipienda sunt, si ex testamento hæres non erit, Cujat. ad *d. l. 3.* nam quamdiu hæres ex testamento esse potest, non admittitur ab intestato, *leg. Quamdiu 89. inf. de R. I.* est autem locus ex testamento ipsi substituto, qui si repudiaverit, potest institutus adire ab intestato, servato edicto Prætoris, de, quo infra, *si quis omis. caus. test.*

13 Dubia est quæstio, An minore restituto contra aditionem locus fiat substituto, quasi jam cessante aditione? Affirmativa sententia est communis, eò quòd restitutio faciat in pristinum statum videri restitutam hæreditatis causam, ut effectu videatur non adita, *leg. Quod si minor, §. restitutio sup. de minorib.* Adfertur pro hac parte primò textus in *l. ait Prætor. §. sed quod 10. sup. d. tit. De minorib.* cujus tamen decisio potiùs facit pro parte contraria, uti mox dicetur, Secundò, in *l. Ex Contractu 44. inf. de re judic.* ubi pupilla, quæ se immiscuit, postea per restitutionem abstinens, non impedit substitutum. Tertiò, in *l. 1. §. si quis adita inf. Ad S.C. Trebell.* ubi filio, qui ad bona matris ex Senatusconsulto admissus erat, restituto abstinente, proximi exclusi veniunt. Quartò, in *l. 2. §. si bonorum d. t.* ubi mater, quæ admittitur ad bona filiorum, si sine liberis decedant,

stant, per nepotem, qui agnovit bonorum possessionem patris, exclusa, illo restituto abstinente, admittitur ex S.C. 6. in *l. 6. §. si filius inf. de bon. lib.* ubi filio, qui se immiscuit, abstinente per restitutionem, patronus admitti potest, tamquam ad bona liberti intestati.

Contraria tamen non male alicui probabitur ex eo, quòd per aditionem substitutionis caussa extincta sit, *l. 5. Cod. De impub. & al. is substitut* quæ non potest videri reviviscere, restituto minore contra aditionem, cùm nihilominus hæres maneat restitutus, *l. ex facto 43. in fine h. t.* ubi ille, cui ut indigno aufertur hæreditas, dicitur non desinere esse hæres. Et patet ex *d. l. 7. sed quod,* qui textus videtur magis probare posteriorem hanc, quæ verior est, sententiam, cum ibi in casu, quo hæreditas non est solvendo, post restituti abstentionem admittatur servus substitutus, aliàs non admittendus secundùm regulam, quod inclusio unius sit exclusio alterius. Ad idem facit *l. 2. inf. De suc. edic.* ubi minore 25. annis, qui ab intestato agnovit bonorum possessionem, restituto ætatis beneficio, non fit locus sequenti agnato, ut semel excluso. Facit quod restitutio unius alteri non prosit, *l. 3. §. sed utrum sup. De minorib.* ni si in casu *d. §. sed quod*, idque ne contingat injuria quædam defuncto, cujus cineribus infamia inuretur, si servo substituto non admisso, defuncti nomine fieret bonorum venditio. Fit itaque liber hôc casu servus non tam recto jure, quàm ex æquitate rescripti divi Pii: quæ res secus se habebit hæreditate existente solvendo, secundum *d. l. 2.* ut argumentum primum magis partem hanc posteriorem foveat. Non obstat etiam secundum; nam in *d. l. 44.* non patet aditam fuisse hæreditatem, aut impuberem se immiscuisse, secundum *l. penult. sup. De auctorit. tutor.* ut proinde nihil obstet ejus decisio. Aliam solutionem dat Cujac. mox allegandus. Non obstat tertium, nam decisionis *d. l. 1.* ratio est, quòd verba Senatusconsulti sint extensiva, *l. 6. §. 1 inf.* Ad *S. C. Tertyll.* id est, tractum temporis habeant, & extendantur protrahanturque in annum, intra quem petenda possessio, *l. 1. §. largiùs inf. De success. edic.* quam nolle habere dicendus est qui intra annum abstinet, licet aliquando eam agnoverit. Atque ita fit locus agnatis, iisque jus integrum est, quod habebant jure antiquo, quo excludebant liberos. Ad quartum eadem responsio quadrat. Non obstat quintum, quia patronus regulariter liberto succedit, & in casu speciali à filio ejus excluditur; quo abstinente licet post aditionem faciliùs admittitur, quòd ex speciali casu non sit tam fortiter exclusus, quàm qui excluditur ex regula juris communis, ut substitutus in nostro casu. Quæ solutio etiam superioribus adaptari solet. Goveanus *hic n.* 40. Duar. 10. Cujac. *ad d. §. sed quod Papin.*

14 Alia hic quæstio agitari solet, An existentia sui hæredis ut vulgò loquuntur, sive rectiùs nudum nomen sui hæredis, se non immiscentis, faciat tabulas vulgares evanescere ex vi suitatis? Vult hoc Donellus *lib. 6. Comment. cap. 24.* eo argumento, quòd ipso jure sit hæres; ut non possit dici pater intestatus qui suum reliquit hæredem, licet abstinentem, *l. Cùm quasi §. sed etsi inf. de fideicom. libert.* Verùm inde sequetur impuberi frustra substitui vulgariter, cùm continuò mortuo patre fit hæres, ut non possit dari aliquod tempus utile quoàd vulgarem. Deinde frustra in *l. 5. C. h. t.* indistinctè diceretur, post aditam hæreditatem directas substitutiones non impuberibus filiis factas exspirare solere, si extinguantur hoc ipso, quo moritur pater, quod liberi censeantur ipso jure hæredes. Ut dicendum sit, esse quidem ipso jure hæredes rerum paternarum; non aliàs tamen evanescere vulgarem substitutionem, quàm si sui se immisceant. Ut substitutis non obstet nudum nomen sui hæredis, cum mens testatoris fuerit, non jure solum, sed etiam de facto hæredem habere, qui aliàs frustra sibi providisset secundùm legem ejusmodi substitutionem permittentem, uti patet ex *l. Ex contractu 44. inf. de re judic.* Et probatur ista opinio per *l. 2. in fine h. t.* ubi si filius institutus hæres non extiterit, dicitur admitti substitutus in casum, quo filius hæres non erit; quod non esset, si suitas extingueret substitutionem. Vid. Ant. Fab. *Dec. 31. Er. 6. & 7.* Gov. *hic n. 41.*

De Pupillari substitutione.

15 Pupillaris substitutio est, quæ fit impuberi à parentib⁹, quorũ est in potestate in casu, quo moritur intra pubertatẽ, ut hac formâ, *Filius meus hæres esto, & si hæres fuerit, & intra pubertatem decesserit, Cajus hæres esto.* Introducta dicitur moribus, id est usu, qui in legem translatus, *l. 2. h. t.* in gratiam impuberum, ut, cum sibi testamentum, facere nequeant, à patre sibi factũ habeant. Pupillaris ibi dicitur, quòd pupillo per eã succedatur, morienti nimirũ sui juris. 16 * Et hæc alia expressa, quæ continetur forma prædicta; alia tacita sive subintellecta, quæ comprehenditur sub vulgari expressa, *Si hæres non erit*: nã qui filio non adeunti substituit, videtur etiam post aditionem substitu-

sibi intra pubertatem deficienti, *l. 4. h. t. Cod. eod.* idque lege præsumptam testatoris mentem ita interpretante. Ut non debeat obstare, quod casus omissus habeatur pro omisso, *l. Si cum dotem 22. in princ. sup. Soluto matrim.* & *l. Commodissimè, sup. de liber. & posthumis.* Nisi tamen aliunde pateat de contraria voluntate, *d. l. 4.* quia cessat interpretatio, ubi de voluntate aliter constat, non tantum expressè, ut qui alterum instituit in alium casum, verùm etiam tacitè, veluti si personæ, quibus facta substitutio, sint impares, unus scilicet pubes, alter impubes; unus legitimus in potestate, alter naturalis aut extraneus, *l. 4. §. si aliter. & §. fin. l. Lucius 45. h. t.* Idque ratione servandæ æqualitatis, ne ad unum duabus de caussis hæreditas possit devolvi ad alterum verò ex una tantùm.

17 Cæterùm de divisione substitutionis pupillaris in expressam & tacitam, non est dubitandum, cùm leges expressè istam divisionem approbent. Quæstio verò est, An & vulgaris sit dicenda alia expressa, quę scilicet expressa verba in casum vulgarem habet, *si hæres non erit*, alia tacita sive subintellecta, ex legis interpretatione, sub verbis in casum pupillarem conceptis, *si hæres erit, & intra pubertatem decesserit?* Communis sententia habet, esse etiam vulgarem tacitam sub expressa pupillari contentam. Nititur *l. 4. in princ. h. t.* ubi Modestinus J. C. ait, hoc jure nos uti, ut cum pater substituit filio impuberi in alterum casum, in utrumque substituisse intelligatur. Quæ verba simpliciter & indistinctè prolata non magis videntur pertinere ad pupillarem comprehensam sub vulgari, quàm è contra ad vulgarem sub pupillari; ut vocatus in casum, quo filius hæres erit, & intra pubertatem moritur, etiam censeatur vocatus in casum, quo hæres non erit. Facit ratio, quòd qui filio in uno casu substituit, faciliùs & procliviùs in utrumque substituisse intelligitur, quàm eum vocasse, quem omnino non instituit. Quam sententiam tenet Donel. *6. Comment. cap. 24*, Cujac. *12. Respons. Pauli ad l. Lucius 45. h. t.* & alii. Quæ ut sit probabilis, nixa verbis *d. l. 4.* eam tamen impugnat Ant. Faber. *Decade 32. errore 9.* ex ratione, quòd in *d. l. 4* Imp. ex utilitate pupilli conjecturam voluntatis testatoris fecerit: quæ utilitas obtinet quidem, ut vulgariter facta substitutio trahatur ad pupillarem, non etiam è contra, cùm per vulgarem non succedatur pupillo, sed patri; ut videatur habere locum regula, quòd casus omissus sit habendus pro omisso, argumento eorum, quæ dicta supra *tit. 3.* nisi quatenus aliter per legem dispositum. Quod hic videri non potest, cum *d. l. 4.* contineat exemplum, quo sub vulgari continetur pupillaris, uti & volunt aliæ leges, scilicet *l. fin. C. de institut. sub. condit. & l. 4. Cod. h. t.* quæ continent similia exempla: non detur autem exemplum, quo pupillaris expressa continet subintellectam vulgarem. Nec obstant verba *in alterum casum*, in *d. l. 4.* nam dictio, *alterum*, interpretatur primum vulgarem, scilicet quando facta est in casum, quo non erit hæres, nam ille primus dicitur, *l. Lucius 45. h. t.* Quæ sententia subtiliter quidem à Fabro defenditur, & ante eum defensa à Polito, *De pupillari n. 39.* multum tamen ei obstat *d. l. 4. 1. vers. hoc itaque*, in quo manifestè probatur, substitutionem factam in casum pupillarem trahi ad vulgarem. Videatur tamen Faber *d. loco & Errore 10. ad finem.*

18 Differt hæc species longè à vulgari, non tantùm in eo, quòd moribus sit inducta, cùm vulgaris inducta sit per legem 12. Tabb. sed & in eo, quòd fiat impuberi tantùm, non cuivis, vel à quovis sed ab habente in potestate. Quomodo emancipato facta non tenet, *l. 2. in pr. h. t.*

19 Uti nec à matre, aut avo materno, cum non habeant in potestate, quæ caussat hanc substitutionem. Nihil facit *l. Si mater 13. h. t.* ubi dicitur mater pupillaribus tabulis substituere filio impuberi; nã ibi verba ista impropriè sumuntur. Si tamen mater, filio impubere moriente, hæreditatem ad aliũ pervenire velit, eum fideicommisso gravet, aut instituat, cùm pubes erit, & in vulgarem casum, si hæres non erit, substituat, *d. l. 33.* capiet enim tunc substitutus vi substitutionis vulgaris bona matris, non pupilli. Volunt autem substitutionem talem sustineri in vim fideicommissi: quod verum erit, si facta fuerit in codicillis, in quibus verba directa ex præsumpta mente obliquantur, ut sustineatur voluntas, quatenus sustineri potest, *l. fin. C. De fideicom.* Secus, si sit facta testamento, *l. 1. h. t.* cùm testari volens directũ desideret hęredẽ, ut succedat regula, quod voluit, non potuit; quod potuit, nõ voluit. Vigl. *de vulg. subst. in pr. n. 3*

20 Adrogator quin adrogato substituat pupillariter non est dubium, cùm habeat in potestate. Non tenebit tamen ista substitutio, nisi quòad bona, quæ ad adrogatum ab adrogatore provenerunt, aut ejus occasione accesserunt, *l. Sed si plures 10. §. in adrogato h. t.* Ratio est, quòd bona impuberis ex cautione sint reddenda ejus proximis, in casum, quo impubes moriatur, ne illis fiat injuria per adrogationem, *Inst. de adopt. §. cum autem*; cui cautioni nequit contravenire adrogator.

An

21 An & exhæredato substituatur pupillariter, non est quærendum, cùm hoc sit expressum in *§. non solum Instit. de pupil.* & *l.1.§.2.h.t.* Ratio est, quòd non ab institutione, sed à patria potestate dependeat hæc substituendi vis. Necesse tamen est, aliquis sit institutus hæres, quia aliàs foret testamentum invalidum, ut cujus caput & fundamentum est institutio hæredis, quâ deficiente nihil valebit eorum, quæ scripta sunt. Nihil obstat quòd gravandus non videatur, qui non est honoratus; cum substitutio hæc non tam inducat onus, quàm honorem, qui consistit in eo, quòd qui hæredem per se habere nequit, eum per alium consequatur. Foret autem gravamen, ab exhæredato relinquere legata, cum qui nihil percepit, nihil possit debere. Quæ eadem ratio obtinet in substituto exhæredati, *l. Ab exhæredati 126 inf. de leg.1.* nam ab eo relicta in secundis tabulis, quasi primis relicta videntur, *l. In ratione 30. §. quod vulgò in fine inf. Ad L. Falcid.*

22 Dubium magis est, quare non possit relinqui à substituto legatum, in casu, quo ab exhæredato legatum vel fideicommissum est relictum, juxta decisionem *l. cum quidam Cod. de legat.* cum quod relictum est impuberi, cedat ipsi substituto? Dicendum id tribuendam videri injuriæ exhæredationis, quæ nullâ benignitate est digna, ex qua procedit ut hæredis hæres legato gravetur, *l.5. De legat 3.* Vigl. *Inst. h. t. §. non solum in fine.*

23 Per fideicommissum minùs patet exhæredato substitui, *l. Cohæredi 41. §. quòd si hæredem. hoc tit.* quia per fideicommissum bonis tantùmmodò nostris substituimus, neque alia quàm nostra in fideicommissum venire possunt, *d. §. quòd si hæred.*

Procedere hunc modum & in posthumis, & in infantibus exhæredatis, patet ex eo, quod exhæredatio eorum etiam hodie teneat, ut dictum suprà *tit.3.* Præteritos pupillariter facta substitutio minimè tenet, cum præteritio filii paternum testamentum non minùs hodie faciat ab initio nullum, quàm olim fecit, ut ibi dictum.

24 Requiritur autem ad justitiam hujus substitutionis; Primò, ut fiat liberis in potestate, ab eo qui in potestate habet, cum, uti dictum, patria potestas causset hanc licentiam, *l 1. in pr h.t.*

25 Ubi disputatur, quo tempore impubes debeat esse in potestate? Bart. *in d.l 2.n.8.* vult sufficere, sit in potestate tempore mortis, per *d.l. 2. in pr. vers sed si extraneum.* Cujus opinionem communem adserit, & sequitur, plures alios citans Vasq. *de successionib.p.3.§.14.n.59.* Pro qua parte adducunt *d.l. Cohæredi 41.§. cum filia h.t.* ubi prò conditione ponitur, mortis quoque tempore fuerit in familia seu potestate impubes, quasi illud tempus tantùm inspiceretur. Verùm contraria sententia est vera, scilicet debere etiam esse in potestate tempore conditi testamenti, cum cujusque rei principium potissimum inspiciatur, ejusque vitium non tollatur per habilitatem posteà supervenientem, ex regulâ in *l. quæ ab initio 210. inf. de R.I.* & regula Catoniana in *l.1.inf. De reg. Caton.* cum non trahatur retro: quo modo testamentum servi non valet ideo, quòd posteà ad libertatem pervenerit, Vigl. *Inst. eod. in pr. n.7.* & 8.

Nihil facit *d. versic. sed si extraneum*, quia accipiendus de substituendo ei, qui jam adoptatus est in locum nepotis, non etiam quasi subsequens adoptio salvaret præcedentem substitutionem. Nam cum ista qualitas requiratur tempore actus, necesse est tunc adsit. Nihil etiam facit *d. §. cum filia*, qui posteriorem potiùs sententiam quàm priorem firmat; continet enim dictionem, *quoque*, quæ aliud tempus implicat. Covar. *ad cap. Raynutius §.5. in pr.* ;; *De testam* Deinde rectè accipitur in casu, quo nepos institutus ex lege Velleja, cui & ex eadem lege substituitur.

26 Secundò, Ut liberi non sint recasuri in potestatem alterius, *d.l 2. in pr. h t.* quòd is, in cujus recident potestatem, iis testamentum condere possit, à quo non est prohibendus. Quo modo substitutio manenti in potestate avi facta non tenet, nisi à milite militariter testante, *l Cum filius f. 28 inf. de milit. test.* quòd hæc res pertineat ad observationem civilem, quâ solutus miles. 27 Quid si talis nepos tempore mortis avi fuerit illi suus? Quæstio hæc eodem modo resolvenda, quo superior, scil. non tenere substitutionem, ut factam ab initio nulliter, nisi facta sit secundùm legem Vellejam in casu, quo nepos remoto filio occuparet ejus locum. Govean. in *d.l.2. n.23.* Cujac. *lib.6. Respons Papiniani ad d.§. cum filia.*

28 III. Ut fiat impuberibus *d.l.2. in pr* & *Instit. eod.* ex ratione inductæ substitutionis, quæ permittit ad testandum inhabili fieri testamentum per alium, non etiam ut puberi obtrudatur hæres, quem sibi ipse eligere potest. 29 Quid si statuto aut consuetudine loci testamenti factio impediatur usque ad annum 15. aut 18. aut etiam 20. an eò usque substituere licitum erit patri? R. hoc videri cù determinatio temporis circa licentiam testandi juris sit positivi, ejusque mutatio eodem jure fiat rectè. Ut nihil obstet, quòd sit pubes, cùm nihilomi-

hilominus eadem subsistatio, quòd scilicet sibi hæredem eligere nequeat, ut rectè illi per patrem detur. Jason. *ad d. l. 2. in princ. n. 18. ubi plures alios refert*, Grassus §. *Substitutio qu. 22. n. 4.* Vasq. *d. §. 14. n. 55.* dicens communem esse hanc opinionem, ipse tamen ab ea recedens. Posset tamen videri eo casu cessare substitutio, si liberi nascantur ei, cui substitutio facta ad instar furiosi, *l. 9. C. h. t.*

30 IV. Ut testator testamentum sibi jure fecerit, & quidem tempore prius, *d. l. 2. §. prius* 4. cùm testamentum pupillare sit sequela paterni *d. l. 2. § si quis ita*. Non ponet tamen vitium conversa scriptura, *d. l. 2. §. sed etsi 6.* Ubi hoc aliqui admittunt in filio instituto, non etiam exhæredato, secundùm Accurs. quem sequitur Cujac. *in d. §. prius.* Verùm rectè eam differentiam rejecit Govean. *1. Var. cap* 8. Hæc solemnitas ut militi remissa quòad institutionem, ita & quòad substitutionem, *d. l. 2 §. quisquis*.

31 De patre inter liberos minus solemniter testante quæritur, an & substituat taliter inter liberos? Quod potest videri, argumento eorum quæ dicta sunt supra de imperfectis testamentis inter liberos. Facit, quòd hæc substitutio sit pars & sequela paterni testamenti, ut constitutum in principali debeat etiam obtinere in accessorio. Facit & *Auth. Quod sine C. de testam.* ubi legata & fideicommissa dicuntur valere in testamento tali, cum certa observatione, ut & substitutio pupillaris videatur sustinenda, cum legatis filius oneretur, substitutione autem honoretur. Quod tamen non aliter vult procedere Bart in *d. l. 2. n. 18.* quàm si liberi sint substituti Vasq. *d. §. 14. n. 115.*

32 V. Ut filius instituatur vel exhæredetur, ne testamentum per ejus præteritionem fit nullum. Quod etiã obtinet in posthumo; nam & hic neque institutus, neque exhæredatus testamentum rumpit. In casu autem, quo exhæredato filio substituitur, uti substitui posse supra dictum, nihilominus videtur instituendus hæres, quòd testamentum sine institutione non subsistat. Si tamen in secundo gradu substituatur filius, ab eo gradu sustinebitur testamentum, & ex eo succedetur, non autem ab intestato, *l. 3. §. fin. sup. De liber. & posthum.* & *l. ex facto 43. §. Lucius h. t.* ubi dicitur, filium non infirmare totum testamentum, sed eum gradum tantùm, qui ab initio non valuit; & filio præterito à primo gradu, exhæredato à secundo sustineri testamentum, quòd à secundo gradu, in quo satisfactum solemnitati testamentariæ, exordium capiat.

VI. Ut ex testamento paterno adeatur hæreditas, *d. l. 2. §. quisquis*, cùm omissio aditionis faciat testamentum corruere, atque ita etiam everti substitutionem. Si tamen patris hæreditas adeatur ab intestato, servat Prætor substitutum pupillo, *d. §. quisquis in fine*: uti & si contra tabulas patris petatur possessio, *l. Ex duobus 34. in fine & 35. hoc tit.* An autem coacta sit aditio an spontanea, parum videtur interesse; nam & Prætor adire jubens facit confirmari tabulas pupillares *d. l. 2. §. interdum.* 33

Quæstionis est, An existentia sui hæredis faciat subsistere tabulas pupillares citra immixtionem, id est, an pupillo instituto datus substitutus, illo abstinente a paterna hæreditate, ex substitutione admittatur? Controversa quidem est hæc quæstio, penitiùs tamen intuenti non videtur subesse magna difficultas, cùm forma substitutionis hoc habeat, ut nimirum succedat substitutus, atque ita tabulæ subsistant. Quam partem probat *l. Pater f. 28. inf. de reb. auctor. jud. possid.* ubi filio datus substitutus, illo se abstinente, admittitur etiam ad filii hæreditatem: unde colligitur testamentum esse confirmatum per suitatem, cùm non subsit alia caussa confirmationis. Facit enim suitas filium statim esse hæredem ex testamento, *l. 1. §. qui sunt inf. Si quis omis. caussa test. l. in suis inf. De suis & legit.* & non tam acquiri illi dominium rerum paternarum morte patris, quam continuari, cùm & vivo patre earum quasi sit dominus. Quo modo rectè dicetur habens hæredem suum, licet abstinentem, non decedere intestatus, *l. Cùm quasi 30. §. sed etsi inf. De fideicommiss. libert.* 34

Nec obloquitur, quòd hoc modo frustra aditionem desiderent leges, ad confirmationem tabularum pupillarium, *l. 2. §. quisquis & l. Sed si 10. §. si ex asse 4. h. t.* Loquuntur enim de extraneo hærede instituto, suo verò exhæredato, ut, illo non adeunte, nec re nec ratione sit hæres, per quem tabulæ pupillares sustineantur, cùm exhæredatio faciat cessare suitatem, saltem quoad ejus effectum. * Non obstat textus in *l. Apud Julianum 11. §. idem Julianus inf. Ad S. C. Trebel.* ubi videtur non sufficere, filium esse institutũ, ad confirmationem tabularum pupillarium, si se abstinuerit, cũ ibi requiratur aditio cohæredis in eum finem. Nam ejus lectio est corrupta, secundùm Cujacium, cum pro *instituto*, sit ibi legendũ *exhæredato*, juxta *l. Ita tamen 27. §. quod si duo 5. inf. eod. tit.* ubi idem casus proponitur ex ipso Juliano, 35

qui

qui est in *d. §. idem Iulianus*. Vel si nolimus reformare textum, cujus correctio est odiosa, dici potest *d. §. idem Iulianus* agi de filio instituto, cui sunt duo substituti, qui filio abstinente aut defuncto, quia non est aliàs substituto locus, jubentur adire, ut fideicomissum, quo sunt gravati, conserveretur; neque enim per institutionem filii instituti salvatur, cùm is non sit gratus; sed relictum à substitutis alterius eorum aditione salvandum. Nihil facit *l. Qui plures 38. hoc tit.* nam ibi non agitur de instituto, sed de exhæredato filio, cùm loquatur de extraneo cogendo adire, ad confirmationem tabularum. Vid. Cujac. *ad d. l. 2. & ad d. l. Ita tamen §. à patre 4. lib. 4. Digest. Iuliani.* Donel. *ad l. 7. nu. 16. Cod. hoc tit.* Vinc. Cabotius 2. *Disput. cap. 22.*

Hæc quòad requisita hujus substitutionis: quę an fiat nominatim, veluti, *si filius impubes moriatur, Mævius hæres esto*, an generaliter, *Quisquis mihi hæres erit, is filio hæres esto*, non interest, nisi quòad aliquem effectum, de quo infra latiùs.

36 Effectus autem sunt varii. Primus, quod contineat vulgarem tacitam, ut supra dictum. Secundus, quod per eam succedatur pupillo, *Inst. de pupil. subst. in pr.* quasi ab ipso institutus esset: habetur enim testamentum pupillare à patre factum, quasi factum à filio.

37 Quod si duob⁹ pupillis substituerit pater, in casu, quo impuberes decesserint, an altero decedente illico admittatur substitutus, olim quæsitum fuit: Respondet Imp. in *l. penult. Cod. h. t.* non ante admittendum substitutum, quàm si uterque decesserit impubes, subjunctâ ratione, quòd cogitaverit testator, pręcedenti alterum successurum, id est jus legitimarum hæreditatum locum habiturum inter fratres. Ratio dubitandi in ea constitutione fuit, quod particulæ collectivæ *uterque*, *ambo*, & similes, quibus usus ibi testator, pro distributivis plerumq; accipiantur, *l. hoc articulo 19. sup. de hæred. inst.* Ratio decidendi colligi potest ex verbis quæ ad utrumque referuntur, & ex mente, quæ percipitur ex personarum necessitudine. Similis est textus in *l. Qui duos 42. hoc tit.*

38 * Non obstat *l. Heredes meis 7. §. cum ita inf. ad S. C. Trebell.* nam ibi quidem contra verba venit substitutus, non tamen contra mentem, ut colligitur ex eo, quod substituta non sit extranea, sed conjuncta, & ex descendentibus testatoris, neptis scilic. quam cùm testator ad totam hæreditatem vocaverit, utroq; filio sine liberis decedente, etiam ad partem vocasse dicendus, ultimò sine liberis decedente. Videtur & ibi constitui differentia inter substitutionem fideicommissariam & directam, ut *d. §. cùm ita* sic accipiendus de fideicomissaria, in qua spectamus voluntatem, *l. pen. inf. de leg. 1.* dicta autem *l. pen.* de directa, in qua spectamus verba. Vid. Duar. *ad hunc tit. c. 15.*

39 Succeditur autem pupillo non tantùm quòad bona, quæ pupilli sunt, ipsi quæsita, ante vel post testamentum, aliundequàm à patre, sed quæ patris fuerunt, cujus hæreditas per aditionem facta est unà cum hęreditate impuberis, ut separari nequeat citra violationem regulæ juris civilis, quæ non permittit quem partim testatum, partim intestatum decedere. Ubi excipe militem, qui potest substituere impuberi tantùm quòad bona, quæ à se ad impuberem pervenerunt, idq; ex privilegio militari, *d. l. sed si plures 10. §. ad substitutos h. t.* excipe & adrogatum, cui non substituti adrogator, nisi quòad bona, quæ impuberi reliquit, alia autem ex cautione sunt restituenda proximis pupilli, ut dictum est paulò superiùs.

40 * Aliàs non licet substituto hæreditatem paternam separare ab hæreditate filii, ex ratione jam dicta, quòd duæ partes in unam coaluerint, & hæreditas una esse cœperit: cujus proinde separatio non est concessa *d. l. 10. § filio*, non tantùm externo substituto, sed ne quidem fratri, qui datus fratri suo pupillo substitutus, per cujus immistionem paterna hæreditas cum pupillari coaluit, *d. § filio*, qui indistinctè loquitur.

41 * Nec obstat *l. si filius 12. hoc t.* quæ videtur concedere fratri substituto isto in casu separationem bonorum paternorum à pupillaribus; cùm loquatur de substituto fratre fratri pupillo, qui se non immiscuit paternæ hæreditati, ut substitutus illi frater non cogatur ei se immiscere, sed eâ se abstinens rectè amplectatur pupillarem, Goveanus *ad d. l. 12.* Ubi quidam hoc singulare in fratre ponunt, inter quos est Glossa in *d. l. 1. 2. V. fratri.* Moventur per rationem ibi subjectam in verbis, *Etenim jus dicenti propositum est, liberos oneribus hæreditarijs non sponte susceptis liberare, non invitos ab hæreditate removere præsertim quòd remotis tabulis secundis legitimam haberet fratris hæreditatem.* Sed non rectè, cùm ista ratio respondeat quidem favori fratris, non sit tamen adæquata, nec universalis, uti est alia relata in *l. Iulianus*, aliàs est *l. si pupillus 42. inf. de acquir. hæred.* in qua, improbata Juliani sententiâ per Marcellum, indistinctè conceditur substituto pupillari, citra fraudem Edicti, si quis omissâ causâ testamēti &c. adire hęreditatem pupilli, recusatâ fratris, à qua se pupill⁹ abstinuit, subjectâ ratione, ne metu onerū patris

timidiùs quis adeat hæreditatem pupilli. Quæ ratio generalior est, etiam externos substitutos comprehendens, ut ad eos quoque sit dicenda pertinere legis decisio: cujus sententia etiam continetur in *l. Quæsitum* 40. *inf. De acq. hæred.*

42 Ita tamen hoc procedet in extraneo, si adita sit paterna hæreditas ab instituto; nam non aditâ hæreditate paterna corruerent tabulæ pupillares *d.l.*10. *§.si ex asse h.t.* Unde si substitutus pupillo, fuerit à patre institutus, filio exhæredato necessariò debet adire hæreditatem patris, nec potest eam recusare: Et hoc, si solus fuerit institutus: nam si ex parte tantùm, satis erit per cohæredem solum adiri, atque ita confirmari tabulas pupillares, *d.l.* 43. Dixi, extraneo; nam suus hæres substitutus pupillo, fratri scilicet, facit etiam abstinens à paterna hæreditate valere tabulas pupillares, secundum dicta superiùs; & expressus est textus in *d.l. si filius* 12. *& l. filius* 44. *inf. de acq. hære.*

43 Itaque succeditur pupillo per substitutum, si immiscuerit se paternæ hæreditati. Aliàs substitutus erit patri hæres; simul tamen & filio, cujus etiam bona capiet. Exhæredato substitutus non capiet bona patris, sed tantùm filii, cui est substitutus, & ad quem nulla patris bona pervenerunt; quæ pertinebunt ad institutum à patre, si ejus adeat hæreditatem, *§. non solùm vers. itaque Inst. de pupill. substit.*

44 In casu substitutionis generalis, *Quisquis mihi hæres erit.* admittetur ad pupillarem ille, qui patri fuerit hæres, licet hæres esse desierit die pupillaris substitutionis cedente, *l. In substitutione* 31. *h. tit.* quòd verba ista, *Quisquis mihi hæres erit* conditionem, *si mihi hæres erit*, contineant, *l. Qui liberis* 8. *h.t.* quam semel impletam esse sufficit, *l. Quidam* 10. *in fine princ. inf. De fideicom. libert.* Hinc remotus per querelam succedit nihilominus filio, quatenus testamentum per querelam pro parte tantùm est rescissum: nam si in totum evertatur, cessabit substitutio, *d.l.* 31. Quod non videtur hodie procedere, cùm secundùm dicta supra *Tit.* 2. per querelam non rescindatur hodie totum testamentum, sed tantùm quòad institutionem, reliquis capitulis salvis, inter quæ rectè ponitur ista substitutio. Huc facit, quòd generaliter substitus servus vel filiusfamilias, qui domino vel patri quæsivit hæreditatem testatoris, admittatur ad bona filii intra pubertatem mortui, si pendente casu substitutionis exierit de potestate, domini, aut patris, non obstante eo, quòd per eum portio hæreditatis acquisita sit domino aut patri, *l.* 3. *& l. Qui liberis* 8. *§. fin. h.t.* neque enim hoc ex judicio testatoris, sed jure potestatis, *d.l.* 8. *in fine.*

45 Substitutio facta ex pluribus liberis novissimo morienti facit eos invicem succedere ab intestato, ut habet expressus textus in *l. Vel singulis* 37. *h. t.* nisi aliud habeat testatoris voluntas, ut quia aliter successio ab intestato locum non haberet, ut in *l. Titia* 83. *§. Seja inf. De legat.* 2. unde ideo ibi dicendus testator eos invicem voluisse substituere. Quantùm ad eam quæ facta est singulis, certum est ex testamento venire substitutos.

46 Dubium est, quantum ad divisionem, de qua in *l. fin. C. h.t.* in qua proponitur duplex casus. Primus, cum testator duos sibi scripserit hæredes & subjecerit, *Quisquis mihi hæres erit; & Titius filio meo hæres esto*, an semisses sint statuendi, quorum unũ capiant duoscripti hæredes parti, alterum verò Titius, an verò futuri sint hæredes in trientes? Posterior, cùm testator scripserit, *Titius unà cum filiis & Sempronius mihi hæredes sunto*, an duæ partes faciendæ sint, an verò in capita dividenda hæreditas: Resp. Justinianus Imp. in priori casu faciendos tres trientes, quorum duos capiant vocati sub clausula, *Quisquis mihi hæres erit*, tertium verò Titius. • Cui distributioni repugnat, quod

47 habet Labeo in *l. si pater* 9. *h. t.* ubi in simili casu semisses fiunt, quorum unum aufert Titius, alterum vocati sub nomine, *quisquis*, ex ratione, quòd hæc substitutio, *Quisquis mihi hæres erit*, etiam in uno subsistat; & quamvis plures reperiantur, non debeant tamen plus auferre quàm unus. quę ratio ut sit digna J. C & Philosopho, Imperatorẽ tamen movit, quod articulus *quisquis*, sit distributivus, ut hæredes instituti non videantur vocati tamquam una persona, in unam eamdemq; portionem conjunctim, sed disjunctim. Conciliationes variæ adferuntur, ut videre est in Glossa & DD. ad *d l.* 9. *& d. l. fin.* sed non exhauriunt difficultatem: ut dicendum sit *d. l.* 9. corrigi per *d. l. fin.* ut posteriorem, secundùm Goveanum *ad d. l.* 9. • In

48 posteriori casu testator semisses facit, quorum alterum auffert. Titius cum filiis, alterum Sempronius, quod manifestè ea fuerit mens testatoris, qui Titium unà cum filiis conjunxerit, Sempronium separaverit: ut ex natura conjunctorum illi unam tantum partem capiant, hic verò alteram. Facit & ratio ab Imp. addita, quod natura pater & filius eadem esse persona penè intelligãtur.

49 Tertius effectus est, quòd excludat matrem etiam à legitima. quod tametsi posset videri primâ facie iniquum; per *l. nam & si* 15. *sup. de inoff. test.*

cum

cum filius testari videatur per patrem, est tamen expressè ita decisum in *l. Papinianus* 8. §. *sed nec impuberis* 5. *sup. d. tit.* & probatum in *c. si pater De testam. in* 6. ita ut ne quidem querela matri sit salva. Cujus rationem dant, quod cesset impietas in filio, qui non testatur, sed pater ejus nomine, qui non vocando uxorem non potest videri facere contra officium pietatis, cùm non teneatur quidquam rei relinquere. Nec facit, quod testamentum hoc videatur esse testamentum filii; nam hoc tantùm, in quantum de ejus agitur hæreditate, non etiam quasi ipse sit testatus. Non obstat etiam, quod debeat filius alimenta matri, quæ obligatio per patrem tolli nequit, nec ejus remissio per leges fieri, cùm à natura sit præcepta: nam verum est ad alimenta teneri substitutum matri indigenti; non tamen inde rectè intuleris, etiam legitimam deberi, quæ juris est civilis, & eo jure remitti potest. Ut hæc dispositio etiam in foro animæ procedat, in quo non debetur, quod per justam legem est remotum. Covarr. *ad c. Cum esses n.* 11. *De testam.* Gomez. 1. *Variar. Resol. c.* 4. *n.* 7. Garcias *De expens. & meliorat. cap.* 4. *n. ult.* Multò magis excludentur impuberis amici, imò & frater, cùm non teneatur pater vocare liberos suos testamentum faciens uni filiorum, in cujus bonis nihil est juris aliis liberis. Hæc ita in expressa pupillari, ex communi Doct. Sententia Vasq. *De success. p.* 2. §. 15. *nu.* 48.

50 Controversum autem inter Interpretes, an eadem vis sit pupillari tacitæ, sive comprehensæ sub vulgari? quod multi affirmant, ex eo quòd passim in unum casum substitutio facta in alterum facta censeatur, ex constitutione D. Marci in *leg.* 4. *h. t.* quæ generaliter loquitur, nõ excipiens matrem. Ita Goveanus *De substitutionibus in pr. nu.* 3. quæ sententia probabilis est subnixa *l. Precib.* 8. *Cod. de impuber. substit.* ubi videtur speciale esse in militibus, ut substitutio non trahatur ad aliam, quòd eorum meram voluntatem intueatur, nec per legis subtilitatem suppleamus, D. Viglius Inst. *de pupil. substitut. in pr. n.* 10. Donellus *ad d. leg. Precibus num.* 5. Contraria tamen opinio, scilicet matrem non excludi, est humanior, quam amplectitur Glossa communiter recepta in *l. fin. Cod. de instit. & substitution.* Cujus ratio non ea est, ut quidam volunt, quod quoties mater in medio est, vulgaris expressa non contineat pupillarem; continet enim & eo casu, quamvis sine effectu, quòd lex tantùm loquatur de expressa pupillari, secundùm voluntatem testatoris; quæ cum odium contineat, nõ est extendenda, ne admittatur ad hæreditatem, quem verba non admittunt. Facit pro hac sententia textus in *d. l. fin.* ubi substitutio pupillaris intellecta sub vulgari posthumo facta non excludit matrem. Nec rectè objeceris, quod mater sit data cohæres filio; nam textus nõ fundat se principaliter in eo, sed in hoc potiùs, quòd iniquum sit, matrem, ad quam summus mœror ex filii morte pervenit, & amissi filii & luctuosæ hæreditatis damnum sentire, ex sola subintellecta pupillari. Quæ ratio etiam locum habet, matre non adjectâ cohærede filio. Imò considerandum, quod dicitur; ideo magis luctuosam hæreditatem capere matrem, quia est cohæres; ut etiam capere debeat non cohæres; nam verbum *magis*, est implicativum alterius casus. Et hanc sententiam adjuvat *d. l. Precibus*: in qua licet fiat mentio militis, non est tamen hac in re jus militis singulare, ut patet ex *d. l. fin.* quæ generaliter loquitur. Facit quòd, uti dictum supra, substitutus sit potior jure accrescendi, ut non possit in *d. leg. fin.* poni vis in conjunctione, cum ea nihil matrem juvet. Facit præterea, quòd, quando mater cohæres est adjecta, non sit tam luctuosa ei hæreditas, cum patrem habeat, atque ita dolere non debeat. Faciunt denique finalia verba *d. leg. fin.* in quibus satis indicat Imperator matrem esse præferendam, dum non aliàs vult venire substitutum, quàm si mater non sit in medio. Non obstat, quòd pupillaris expressa matrem excludat, atque ita etiam debeat excludere tacita; nam major vis est expressæ, quàm tacitæ. Quomodo ab expresso ad tacitum non passim procedere argumentum tradit Everardus, in *Loco ab expresso ad tacitum num.* 9. & 10. præsertim ubi agitur de odiosis, quæ potiùs sunt restringenda. Covarr. ad *c. Raynaldus* §. 4. *n.* 6. *De testam.* Cujac. 12. *Observ. c.* 27. Papon. 20. *Arrest. t.* 3 *c.* 6.

51 Quæ ita procedunt, quatenus cessante substitutione mater ab intestato succederet. Quin autem mater excludatur per vulgarem, non est dubium, cùm per eam non tam succedatur pupillo quàm ipsi patri; ad cujus bona nihil juris habet, nisi in casu, de quo infra, unde vir & uxor. Per reciprocam etiam excludi matrem non est dubitandum, cùm reciproca faciat venire secundùm verba testatoris; siquidem invicem substituens duobus impuberibus, utramque substitutionem evidenter exprimat, secundùm Cujac. 12. *Respons. Pauli ad l. Lucius* 45. *hoc tit.*

Hæc

Hæc de modo, forma, & effectu pupillaris substitutionis: quam variis modis contingit cessare, finiti, evanescere. 51 * Primò, per pubertatem: in casum enim facta casu expleto cessant. Ubi sufficiet pupillum attigisse ultimum diem, quòd cesset tum caussa permissæ substitutionis, cùm ultimo die permissum sit impuberi testari, *l. à qua ætate 5. sup. Qui testam. fac. poss.*

53 An autem per matrimonium contractum intra años pubertatis, secundùm *c. de illis 9. ꝟ de sponsalib.* finiatur hæc substitutio, quæri potest. Et dicendum, non finiri, quòd per matrimoniū filius nec ponatur extra potestatem patriam de jure scripto, nec testandi licentiam habeat concessam: nam quod matrimonium concedatur, non est trahendū ad casum non expressum, cùm sit contra regulas juris comunis, utpote concessum ex speciali causa ad evitandum carnis peccatum. Videtur tamen eo casu substitutio evanescere, si ex ista conjunctione nascatur proles, in detrimentum cujus neutiquam concessum patri substituere, *arg. l. 9. Cod. h. t.* ubi furioso substituens non potest præterire filium ex eo. Facit argumentum *leg. ex facto 43. h. t.* ubi agnatione sui hæredis rumpitur substitutio furioso facta. 54 * Neutiquam pubertatem directò egredi potest hæc substitutio, *§. masculo Instit. eod.* ne quidem parte id expressè cavente, *l. In pupillari 14. hoc tit.* ne homini sanæ mentis testamenti factio eripiatur. Dico, directò; quia fideicommissaria egreditur pubertatem, *l. Cohæredi 41. §. cum filia h. t.*

55 Ubi posset dubitari, an directò facta sustineatur in vim fideicommissi: Et dicendum, non sustineri, *§. fin. Inst. eod.* ubi dicitur non posse substitui directò ultra pubertatem: quod & habet textus in *l. Verbis 7. h. t.* Quâ ratione non flectetur in fideicomissariam, quia aliàs hujusmodi substitutio aliquid operaretur contra legem. Facit, quòd dicatur esse privilegium militis, ut substitutio ej* directò facta sustineatur in vim fideicommissi, *l. Precibus 8. C. h. tit.* latiùs dicitur infra, *C. h. tit.*

56 De eo quoque dubitatur, an vulgaris subintellecta extinguatur unà per pubertatem? Dicendum non extingui, cùm non caussetur ex pupillari, sed ex legis dispositione, illam coarctantis non ad pubertatis años, sed ad casum non aditæ hæreditatis, *l. 4. h. t.* quæ donec non aditur, locus est vulgari, ut non moriatur testator sine hęrede. Et facit in simili, quòd pupillaris sub vulgari contenta non extinguitur per aditionem pupilli, sed demum per pubertatem, cum ejus ratio sit, ut pupillo sit hæres, quæ non cessat ante pubertatem. Gomez. 1. *Var. Resol cap. 3 num. 30.* Quo modo rectè tradit Mantica *De conject. ultim. volunt. Lib. 5. tit. 5. numer. 2.* tacitam vulgarem esse interpretandam secundùm vulgarem expressam, ejusque sequi conditionem, non etiam pupillaris.

57 Secundò, irritatur per emancipationem pupilli, cum requiratur, non tantùm tempore conditi testamenti, sed & mortis testatoris sit in familia is, cui substitutio facta, *d. l. 41. h. t.* quia in potestate fundatur, quæ duobus temporibus adesse debet, uti dictum supra.

An per ingressum Religionis evanescat pupillaris, frustra quæritur, cùm impubes nemo voveat, etiamsi ex sua vel parentum devotione in Monasterio degat, *c. Cum verò 12. ꝟ de regularib.* Uti nec rectè quæritur à Bartolo, *in leg. 2. numer. 15. hoc tit.* an per dignitatem patriciatus extinguatur pupillaris, cum per eam contingat liberatio à patria potestate; nam ea dignitas non solet conferri impuberi.

58 Rectiùs quæritur, an per ingressum patris substitutio hæc evanescat? Quod primâ facie posset videri, ex eo, quod ad valorem secundarum tabularum requiratur, impubes sit in familia patris, etiam tempore mortis ejus, neque sufficiat fuisse tempore facti testamenti. Facit, quòd secundæ tabulæ non possint habere locum in ejus persona, qui vivo patre sui juris est effectus. Contrarium tamen dicendum, scilicet non evanescere, quòd non tam patre vivo, quàm pro mortuo habito, sui juris constituatur impubes, cùm ingressus inducat quandam mortem civilem, secundùm ea, quæ traduntur *ꝟ de conv. rs. Conjugator.* Facit eò *l. Pater 10. in princ. inf. de capt. & postlim. reverf.* cjus decisio est secundùm juris rationem, quod substitutio filio impuberi facta subsistat, filio licet in civitate ante patrem captivum mortuo, si pater in captivitate postea decesserit; ex ratione, quòd ipso momento captivitatis paternæ filius sit factus sui juris, cùm pater, qui non rediit, habeatur mortuus ipso momento captivitatis, ut non possit dici patre vivo sui juris effectus filius.

59 Tertiò, evanescit, sublato testamento vel per factum posterius, vel per diminutionem capitis testatoris, vel aliàs: nam cum testamentum paternum, quod est principale, corruat, non potest valere pupillaris substitutio, cum sit accessoria. 60 * Per bonorum possessionem contra tabulas, cùm ipso

ipso jure non rescindatur testamentum (debentur enim ex eo legata liberis & parentibus relicta) non tolli substitutionem hanc rectiùs dicitur, cum tendat in commodum pupilli *l. Ex duobus 34. in fin. h. t* Ad querelam quod attinet, olim obtinuit, ut, si totæ tabulæ per eam everterentur, cessaret & hæc substitutio; non etiam si pro parte tantum, *l 5. §. sed nec impuberis sup. de inoff. testam.* Hodie cum tantum rescindatur testamentum quoad institutionem, cæteris capitulis salvis, uti dictum supra *Tit. 2.* receptior est eorum sententia, qui volunt tabulas pupillares subsistere, cùm per eas nihil sit peccatum in exhæredatum, in cujus tendunt provisionem. Facit. *d. l. 34. in fine*, ubi in casu, quo non rescinduntur omnino tabulæ paternæ, & præstantur legata, valent etiam pupillares.

61 IV. Evanescit, si non adeatur hæreditas ex testamento patris, cum paria sint, non esse factam institutionem, aut esse destitutam, *l. 2. § 1. l. Sed si plures 10 §. si ex asse h. t.* Nam intestati exitum facit non tantùm is, qui testamentum non fecit, verum & is, ex cujus testamento non est adita hæreditas, *l. 1. inf. De suis & legit.* Ut nihil valeat quod in testamento scriptum, atque ita substitutio corruat ad instar accessorii, quod non potest subsistere sine principali. Et hoc in casu extranei substituti; nam suo hærede instituto, licet se abstinente, aliud dicendum, eo quod sola sui hæredis existentia faciat tabulas subsistere pupillares, uti supra dictum. Excipitur substitutio à milite facta, quæ tenet etiam non aditâ ejus hæreditate, cum possit miles testamentum filio facere, etiamsi sibi non faciat, *l. Miles ita 41 §. fin. inf. de testam. milit.* Omissa testamenti caussa, si ab intestato adeatur hæreditas, servatur pupillo substitutus *l. 2. in fine princ. h. t.* uti & servantur legata, fideicommissa, libertates, ut dicetur libro seq. *Tit 4.*

62 V. Finitur, si tempus substitutionis pater contraxerit ad decem vel octo annos, & illi sint lapsi, *Si ita quis 21. & l. Qui plures 23. h. t.* cum ad tempus concessa, post tempus censeantur negata.

63 Ubi quæritur, An & vulgaris sub pupillari contenta exspiret, tempore adjecto lapso? Vult hoc Bart. *in l. 1. n. 56. h. t.* cujus opinio communiter est recepta, ex eo, quod non videatur ultra tempus expressum providere voluisse filio *per d. l. 21.* & per rationem, quod, quando vitiatur expressum, etiam tacitum vitiari debeat. Verùm ista communis opinio videtur aliquibus ambigua, ut videre est apud Covarr. *ad cap. Raynutius §. 5. n. 9. & seq.* De testam & contraria verior est, ex eo, quod sint duæ diversæ substitutiones, quarum una ad filium spectat, altera ad patrem, qui sibi providisse videtur, ne sine hærede moriatur, etiam in casu, quo filio non vult esse hæredem. Facit, quod vulgaris, si separatim facta fuisset, non extingueretur per pupillarem restrictam ad certum tempus: ut non debeat hoc casu extingui, cum nihilominus habeat distinctum & diversum finem, ut nimirum patri sit aliquis hæres. Facit & quòd non extinguatur tacitum, extincto expresso, quando utrumque est æquè principale.

64 VI. Si substitutus moriatur ante impuberem: adeò ut nihil ad hæredem transmittat, cùm necdum juris quid acquisitum habeat, sed acquirendum demum per mortem impuberis, quod cum necdum sit in rerum natura, transmitti non potest, *l. Substitutio 41. inf. de acquir. rer. dom.* ubi substitutio, quæ necdum competit, extra bona nostra esse dicitur: & *l. Toties 81 inf. de acquir. hæred.* ubi mortuus non transfert ad hæredem jus substitutionis: item in *d. l. Sed si plures 10. in pr. h. t.* dicuntur soli superstites ex substitutione venire non etiam hæredes defuncti.

65 VII. Si moriatur impubes ante patrem, *l Lege Cornelia 28. h. t.* ubi impubes patre vivo mortuus dicitur non reliquisse bona: & per *l. Quod si 11. inf. De capt. & postlim. reverf.* ubi impubere mortuo in civitate, & patre captivo postea reverso, dicuntur non valere tabulæ pupillares. Atque ita sentit Govean. *ad d. l. 28. in fine*, Cujac. *ibid. & 15. Obser. c. 17.* ex ratione, quòd filiusfam. decedens non possit habere hæredem ex testamento, quippe quod nec ipse sibi facere queat, nec ab alio factum valeat, cùm tantùm sit permissum per patrem ei testamentum fieri, qui sui juris moritur post mortem patris, non etiam qui moritur in potestate sui patris.

66 Quæritur tamen, An isto casu subintellecta vulgaris sit dicenda extincta? Distinguit Bart. *in l. 1. n. 32. h. t.* & non aliàs admittit vulgarem, quàm si pater non haberit tempus mutandi testamenti. Alii verò indistinctè volunt, substitutionem vulgarem valere: quorum opinio verior est, probata ex ante dictis, quòd scilicet vulgaris sit separata à pupillari. Ut non repugnet à substitutione vulgari testamentum sustineri, ex mente testatoris, qui noluit esse sine hærede, & bona sua voluit transire ad substitutum, non adeunte pupillo, qui hoc casu non adiit. Et ita tenet Covarr. *d. § 5. num. 19.*

licet contra velit Govean. *hic in princ. numer. 37.*

67 Substitutus primus si moriatur ante substitutum secundum, nihil per hoc vitiatur jus secundi, cum pluribus gradibus rectè substituatur, *l. Quo grad. 17. l. Cohared. 41. h. t.* & substitutus substituto censeatur substitutus instituto, *Instit. de vulg. subst. §. penult.* Quod verum est, quando agitur de una hæreditate, quæ non scinditur per hæredem legitimum. Aliud est, si agatur de duabus hæreditatibus, ut in specie, *l. Qui habebat 47. h. t.* ubi agitur de testamento filii & filiæ. Hæc exhæredata fratri impuberi est substituta, eique substitutus tertius: ad quem non pertinebit hæreditas fratris impuberis, si soror fuerit præmortua, quæ non potuit ad substitutum bona fratris sui transmittere, quod sibi necdum essent delata, ut legitimus ea capiat; cum nihil veret, duarum hæreditatum alteram ex testamento vindicari alteram ab intestato: quod in una hæreditate non est admissum.

De Substitutione Exemplari.

68 Pupillari vicina est Exemplaris, cujus mentio fit in *l. Ex facto 43. h. t. & l. 9. Cod eod.* ita dicta, quod sit inducta ad illius exemplum. Ut enim illa fit pupillo, quod per ætatem eligere sibi hæredem nequeat, ita hæc puberi, mente capto, prodigo, quòd mentis innocentia à provisione futuri hæredis eum arceat, *d. l. 6.* Obtinet & hæc in iis, quos vitium corporis impedit ab electione

69 hæredis, cujusmodi sunt muti *d. l. 43.* * Qua in re jus novum distat à pristino: nam in eam rem olim erat opus Principali rescripto, *d. l. 43.* Quo hodie opus non est, saltem quòad mente captos & furiosos, ut iis rectè substituatur sine rescripto, per *d. l. 9.* in qua eorum fit mentio. Quod & de prodigo videtur dici posse, cum furioso comparetur quòad exitum; quem facit in suis bonis furiosum, *l. Is qui sup. De tutor. dat. ab his,* Donel. *ad d. l. 9. n. 5.* Dubia tamen hæc res est cùm *ad d. l. 9.* tantùm loquatur de mente captis, qualis propriè non dicitur prodigus. Mutis ut substitutio fiat etiam hodie opus Principali rescripto, *d. leg. 43.* quæ non potest videri correcta per *d. l. 9.* nisi quatenus in ea exprimitur, cum sit correctoria, ac proinde non extendenda extra casum comprehensum.

70 Substitutio hæc videtur habere locum & in legitimis tantum, argumento pupillaris, non tamen nisi quòad bona, quæ ab adrogatore provenerunt, *arg. d. l. Sed si plures 10. §. in adrogato h. t.* Vult & Bart. in *d. l. 43. n. 7.* eam procedere in naturalibus tantùm, moveturque ratione humanitatis, quæ in naturalibus non cessat, receptiùs tamen in iis non habere locum, quibus non est querela, non obstante humanitatis ratione, quæ restringitur ad eos, quibus est querela. Ut mater naturalibus rectè substituat, cùm iis contra testamentum maternum sit querela salva, uti traditur supra de inofficioso testamento.

71 Fit hæc substitutio & à patre, & à matre, avo, avia sine discrimine sexus, *d. l. 9.* Inducta enim est ex humanitate, quæ non minùs obtinet in parente fœmina, quã masculo. Quod si plures parentes substituerint, cùm nemo possit decedere cùm pluribus testamentis, illa substitutio videtur potior, quæ facta ab eo, qui habet in potestate, cùm in ejus persona & naturalia & civilia jura concurrant; quo modo pater præfertur matri: quam opinionem multis argumentis sustinet Vasq. *De success. tomo 2. §. 17. n. 39. & seq.* Pro quo facit, quod exemplaris reguletur secundùm naturam pupillaris, quæ tantùm una datur. Communius tamen receptum, cum Bart. *ad d. l. 43. n. 36.* utriusque admitti substitutionem, patris quòad bona paterna, matris quòad materna; quia in hac substitutione non attenditur majus jus alterius, cum ex humanitate pendeat, quæ in utroque parente æqualis.

72 Quæritur, An mater ad secunda vota transiens substituat exemplariter? Quod videtur dicendum, cùm *d. l. 9* simpliciter matrem admittat, nec ex prædicta caussa ullibi hoc jure substituendi privetur. Facit, quod ea res tendat in commodum mente capti: ut non possit videri mater rejicienda, tamquam malè affecta, cùm & patri sit permissum exhæredato filio substituere, & tutorem dare, Vasq. *d. loco n. 34.* Gomez. *1. Var. c. 6. n. 9.* Contrarium vult Bart. *d. loco n. 22.*

73 * Cujus opinione admissâ posset quæri, An substitutio à matre facta irritetur, eâ postea ad secunda vota transeunte? Quod voluit Bart. *d. loco n. 13.* & Jason. *n. 26.* propter supervenientem inhabilitatem. Verius tamen, minimè irritari, quod suspicio adversa erga prolem priorem cesset, substitutione factâ ante transitum ad secunda vota, ex quibus illa consurgens juxta opinionem Bartoli non trahitur retro.

74 Facta impuberi furioso ab habente in potestate videtur judicanda potiùs pupillaris, secundùm

dum caussam ordinariam, quæ potiùs inspicitur, quàm accidentalis, *arg. l. 3 in pr. sup. de tutel.* ubi pupillo furioso datur tutor, non curator. Gomez *d. loco n.* 8. Quæ tamen post pubertatem ut exemplaris sustinebitur, durante furore, si cætera requisita adsint, & non habeat temporis restrictionem. Aliàs non flectetur in exemplarem, quæ cùm jure singulari inducta sit, ejus non facilè admittitur extensio. Facta à patre emancipato aut à matre impuberi furioso, cum pupillaris dici nequeat, sustinebitur ut exemplaris, si ejus requisita adsint.

75 De facienda liberis hujusmodi substitutione loquitur *d. l.* 9. *& d. l.* 53. ut è converso à liberis non possit fieri parentibus furiosis, cùm lex id ipsum non permittat; argumento pupillaris, quam parentes liberis quidem faciunt, non tamen è contrà liberi parentibus.

76 Ut substitutio hæc teneat, præterquam quòd is, qui eam facit, sibi testamentum condere debeat, ut colligitur ex *d. l.* 9. ex eoque adeunda sit hæreditas & facienda ei, qui non recasurus in alienam potestatem, secundùm dicta supra de pupillari, ad cujus exemplum est inducta requiritur primò, ut relinquatur mente capto legitima, *d. l.* 9. & quidem integra, ut velle videntur verba contenta sub ablativis absolutè positis, quæ conditionem important, quando ad futurum referuntur, *l. A testatore* 109. *inf. de condit. & demonstr.* & formæ locum obtinere solent, *l. Qui heredi* 44. *d. tit.* Ut substitutio non videatur valitura, si integra portio non sit relicta. Faber *in §. qua ratione n.* 11. *Instit. de pupil substitut.* Secundò, ut substituantur liberi, si qui sint, mente capti; iis deficientibus fratres, vel omnes, vel aliqui, & his non existentibus quilibet substitui potest, *d. l.* 9.

77 Quæsitum est, An omnes liberi ipsius mente capti sint substituendi, an verò sufficiat unum vel aliquos substituere? posterius videtur dicendum ex *d. l.* 9. quæ omnes, vel aliquos liberos vult vocari. Cui non videtur repugnare, quòd omnes liberi sint instituendi; hoc enim verum est, quando patet ipse testatur: hoc autem in casu ponimus testamentum ab avo factum esse, qui ut in pupillari rectè præterit matrem pupilli, ita & hic videtur rectè præterire nepotes, aut satisfacere, unum aut certos ex iis vocando, secundùm *d. l.* 9. Nihil facere videtur, quòd avus debeat vocare nepotes; nam hoc verum est, si sint sui, quod verum non est in hoc casu, Vigl. in *d. §. quâ ratione n.* 7. Bart. *ad d. l.* 9. *n.* 7. Donel. *ibid.* Ubi non videtur concessum præteritis jus dicendi nullum, aut querelam movendi, quòd legi sit satisfactum: alimenta tamen iis non deneganda. Quæ opinio etsi videatur respondere verbis *d. l.* 9. non congruit tamen humanitati, quâ nititur *d. l.* 9. nec aliis juribus, quæ nolunt præteriri liberos suos, uti dictum supra *Tit.* 2. Itaque à superiori opinione rectè recedit Vasq. *d. §* 17. *n.* 57. volens omnes liberos esse vocandos. Et facit, quòd prædictum testamentum exemplare rumpatur nativitate liberorum *d. l.* 43. quidni & dicendum ex caussa preteritionis nullum esse? Grassus *§. Substitutio qu.* 49. *n.* 3. Liberos hic intellige, non illos, qui sunt naturales tantùm, sed justos, Duaren. *De substitutionib. cap.* 20. quales etiam furioso possunt esse nati ex legitima uxore.

78 Mater hoc testamento præteriri posse videtur, quod hæc substitutio sit inducta ad exemplum pupillaris, in qua mater præteritur, cessante querela, & facit textus in *d. l.* 9. quæ dicit cessare & hic quetelam, uti in pupillari. Covarr. *ad cap. Raynutius §.* 6. *n.* 10. ⁒ *De testam.*

79 Effectus hujus substitutionis est, quòd ut in pupillari, ita in hac bona ejus, cui facta substitutio, undecumque quæsita, ad substitutum devolvantur, *arg. l.* 10. *§. ad substitutos h. t.*

80 Finitur autem hæc substitutio iisdem ferè modis, quibus pupillaris: veluti si testatori auferatur testandi facultas, si testamentum ejus corruat, si non adeatur ex eo hæreditas, si liberi nascantur ei, cui facta substitutio, *d. l.* 43. *in fine princ.* Præcipua caussa est, si resipiscat *d. l.* 43. *& d. l.* 9. ne homini sanæ mentis & sui juris auferatur testandi licentia.

81 Quæritur verò, An redeunte furore prædicta substitutio convalescat? Certum est, interea testamentum factum ab eo, qui resipuit, tenere, nec ullatenus substitutioni locum esse. Si testamentum nullum sit factum, putant aliqui substitutionem convalescere per recidivam amentiam, ex eo, quòd non videatur à furore liberatus fuisse. Aliqui distinguunt inter breve & longum intervallum, quasi hoc faceret non convalescere substitutionem, eò quòd sibi hæredem facere potuerit, non etiam istud, quòd defuerit testandi occasio. Covarr. *d. §.* 6. *in fine.* Veriùs est, non convalescere substitutionem, cùm quod semel evanuit, jure civili vires non resumat ex solo casu. Imputet namque sibi, qui testari potuit, si omiserit; videtur enim mori voluisse intestatus, non factâ distinctione inter breve vel longum intervallum, modò fuerit dilucidum. Vigl. *d. loco n* 19. Facit *l.* 2. *Cod De posthum. hæred. instit.* ubi posthumi nativitate, eo illico

illico decedente, testamentum omnino ruptum manet. Facit & *d. l. 9. & d. l. 43.* quæ indistinctè habent cessare substitutionem, si resipuerit.

De Breviloqua seu Reciproca Substitutione.

82 FAciunt & substitutionem Breviloquam, ita dictam, quòd brevis sit. Quâ in re errare videntur, qui hanc diversam à superioribus speciem constituunt, cùm diversa orationis figura non constituat diversum genus. Non commodè autem vocant breviloquam, cùm non verborum brevitas, sed vicissitudo reciprocationem inducat; aliàs & compendiosa esset dicenda breviloqua. Vigl. *ad §. & plures n. 3. instit. vulg. substit.* Rectiùs vocatur Reciproca, cujus fit mentio in *l. 4. §. 1. h. t.* quâ plures instituti invicem substituuntur, v. g. *Titius ex semisse hæres esto, Sejus ex altero semisse, si ille hæres non erit, hic ex parte ejus hæres esto*; vel brevius, *& invicem substituti sunto, l. Cùm in testamento 37. §. hæc verba sup. De hæred. inst.* Non continet autem, uti dictum, diversam ab aliis speciem, cùm qualitate tantum ab iis differat, cujus respectu tertium substitutionis gen^9 dicitur *d. l. 4. §. 1.* Grass^9 *§. Substitutio qu. 52. n. 1.*

83 Comprehendit autem hæc reciproca tacitè utrumque casum, vulgaris scilicet & pupillaris, si ferat personarum qualitas, si scilicet si uterque sit impubes, non etiam aliàs, propter inæqualitatem, uti supra monuimus, *d. l. 4. §. 1.* Poterit & contineri exemplaris, si ita ferat qualitas.

84 Ubi quæritur, An utraque sit expressa? Quod videtur dicendum: nam cùm nullus casus exprimatur, sub quo alter tacitè intelligatur, potiùs est, ut uterque gradus pro expresso habeatur. Quod videtur probari per *l. Lucius 45. h. t.* ubi mater per talem substitutionem excluditur, quod non esset, si contineretur hâc clausulâ, *& invicem substituo*, tantùm pupillaris tacita, *secundùm suprà dicta*, Faber in *d. §. qua ratione n. 6. Institut. De pupil. substitut.*

85 Quantum ad substitutionem factam ultimò morienti ex pluribus, eam non contineri reciprocam sufficienter probat *§. vel singulis Instit. eod. & l. Vel singulis 37 h. t.* ubi dicitur legitima successio eo casu locum habere; ut non possint dici ex testamento vocati substituti. Inter extraneos hujusmodi substitutio inducit fideicommissariam substitutionem, *l. Titia 87. §. Seja inf. de legat. 2.* Ratio est, quòd inter extraneos ita ferat conjectura voluntatis, ex eo, quòd successio ab intestato inter eos locum non habeat, uti habet inter liberos. Vigl. *ad d. § vel singulis.*

86 Effectus hujus substitutionis est, quòd nullâ facta partium mentione, in substitutione eædem censeantur datæ, quæ in institutione; *leg. 4 Cod. h. t.* secundùm speciem *leg. Sed si plures 10. & l. Cohæredi 41. h. t.* nisi alia appareat testatoris mens; *l. Si hæredes 124. De legat. 1.*

87 Non pertinet autem vacans pars ex substitutione nisi ad cohæredes superstites, non etiam ad præmortuorum hæredes, *l. Qui plures 38. & d. l. Lucius 45. in fine h. t.* Cujus ratio est, quòd necdum erat quæsitum jus defuncto; ut nihil sit, quod transmittat, cùm vulgaris substitutionis spes non transmittatur. Accrescit itaque deficientis pars substituto superstiti, qui suam partem agnovit, etiam invito, *l. 6. Cod. h. t.* Ratio est, quod hujusmodi substitutio imitetur jus accrescendi, cùm sit potiùs appendix præcedentis institutionis, vel potiùs sapiat naturam accretionis, quàm substitutionis. Cujac. *ad d. l. 6.*

De Compendiosa Substitutione.

88 FAciunt & compendiosam substitutionem diversam specie ab aliis: sed non rectè, cùm & hæc non tam forma substantiali quàm accidentali differat ab aliis, continens sub verborum compendio diversas substitutionum species, plura tempora pluresque ætates, hoc modo: *si filius meus hæres erit, & quandocunque decesserit, Mævius hæres esto.* Vulgarem contineri dicunt, si filius non adierit; pupillarem verò, si aditâ hæreditate impubes decesserit. 89 Pubertate autem substitutionem hujusmodi finiri negant. Quod quidem verum est in milite, cujus sola mens attenditur, etiam factâ substitutione verbis directis, quæ flectuntur in obliqua, ex privilegio militis, *l. Centurio 15. h. t. l. Precibus 8. C. eod.* ubi interest, an post pubertatem decedat filius institutus, an ante: hoc enim casu omnia bona ad substitutum transeunt, illo ea tantùm, quæ à milite provenerunt, idque ex natura fideicommissi. Quod non obtinet nisi in bonis à fideicommittente perceptis, *l. Cohæredi 41. §. quod si hæredem h. t.* In aliis bonis locum habere non potest, quòd ea sine injuria legitimis hæredibus non auferantur, quibus principale beneficium non debet esse fraudi. Cujac. *12. Obser. cap. 27.*

Con-

Controversum est, an & in paganorum testamentis hujusmodi substitutio directa flectatur post pubertatem in fideicommissariam? Quod aliqui volunt: contrarium tamen verius est, cum Imperator expressè requirat, ut post pubertatem substituere volens, vel post aditam hæreditatem, id agat verbis obliquis §. *fin. Instit. De pupil. subst.* Quo facit, quòd pupillaris dicatur passim extingui pubertate, etiamsi in longius tempus sit concepta, *l. in pupillari 14. h. tit.* Nihil facit *d. l. 8. Cod. h.* quia loquitur de milite, cui hoc privilegii est, ut substitutio compendiosa verbis directis facta post pubertatem trahatur ad caussam fideicommissi, quod proinde ad paganos nemo traxerit, cum privilegia extendi non soleant. Cujac. *d. loco* Vinc. Cabotius 2. *Disput. cap. 20.*

TITULUS VII.

De Conditionibus Institutionum.

S U M M A R I U M.

1. *Institutio fit & purè, & sub conditione, non in diem.*
2. *Conditio quid?*
3. *Conditio impossibilis habetur pro non adjecta.*
4. *Conditio debet esse honesta.*
5. *Conditio*, cum liber erit, *servo proprio non rectè adjicitur.*
6. *Adjectâ conditione*, si liberos susceperit, *qui prosint.*
7. *Non prosunt monstrosi.*
8. *In [illegible] ditione*, si enixa fuerit, *veniet & partus monstrosus.*
9. *Conditio*, si liberos susceperit, *an cesset liberis natis, deinde mortuis.*
10. *Filius an institui olim potuerit sub conditione?*
11. *Conditio quæ non sit in potestate filij instituti, an hodie testamentum faciat nullum?*
12. *Sub conditione potestativa an hodie institui filius possit?*
13. *Legitima ne quidem conditio, si volet, adjici potest.*
14. *Institui sub conditione an possit nepos?*
15. *Conditionis effectus.*

1 NOn purè tantùm, sed & sub conditione fiunt institutiones. Dies non rectè adjicitur, ne contingat aliquem partim testatum, partim intestatum decedere: si tamen adjiciatur, habetur pro non adjecto, ne vitietur utile per inutile, §. *heres Instit. de hered. Instit.* Quòd autem conditio potiùs adjiciatur, quàm dies, est, quia conditio retrotrahitur, ut semper maneat eadem testamenti caussa: non etiam dies, ad cujus proinde eventum esset intestatus paterfam. postea autem testatus, vel è contra. Non obstat *l. si mater 33. sup. De vulg. & pupil. substit.* ubi videtur tenere institutio in diem, scilicet, cùm erit quatuordecim annorum; quia talis adjectio sapit conditionem, si, vel ubi XIV. annorum factus erit, *l. si Titio 22. inf. Quando dies legat. cedat, l. si cui 49. §. hoc autem de legat. 1.* Cujac. 2. *ad African. ad d. l. si mater.*

2 Conditio est incertus rei eventus. Hic est lex adjecta institutioni, quæ effectum ejus in futurum & pendentem eventum differt. Conditionũ varia est divisio. Spectat hic locus propriè ad eas, quæ in futurum casum contingentem concipiuntur, sive pendeant ex voluntate solius hæredis, sive ex casu, sive ex utroque: quâ de re, uti & de vi atque effectu conditionis, commodior agendi locus erit infra, *tit. De conditionib. & demonst.*

3 Sit autem conditio possibilis; nam impossibilis habetur pro non adjecta, & non tam vitiat, quàm vitiatur & rejicitur, §. *impossibilis Instit. d. tit.* quasi testatori obrepsisset, ita postulante favore ultimarum voluntatum, in quibus nemo præsumitur ludere. Aliter se res habet in contractib⁹, quia ineuntur duorum voluntate, quibus imputatur, quòd verba contract⁹ apertiùs non conceperint, *l. Veterib9 39. sup. de pact.* ut existimētur nihil agere voluisse, *l. Non solum inf. de oblig. & act.* Et hoc, si conditio per se talis sit, non etiam si per accidens, quæ potiùs difficilis quàm impossibilis; quæ si non impleatur, deficiet voluntas, *l. 4. §. 1. inf. de statu liber.*

4 Sit etiam conditio honesta; aliàs erit pro non apposita, *l. Filius 15. l. Conditiones 14. h. t.* Hinc rejicitur illa quę imponit necessitatem jurandi, veluti: *Heres esto, si juraveris te Titio daturum decem, l. Quæ sub conditione 8. in princ. h. t.* ne quem contingat temerè jurare in contemptum religionis, aut etiam timidè jus jurandum fugiendo, relicto carere. Sic & remittitur conditio *si caverint se legato praestituros*; ne quid contingat contra leges relinqui incapacibus, *l. Si quis 7. h. t.* Rejicitur & illa, quâ jubetur esse quis hæres, *si reliquias testatoris in mare projecerit*, cùm talis sit magis laudandus, non parendo, *l. quidam 27. h. t.* Honesta est conditio, *si socii permanserint, heredes sunto, l. 4. h. t.* Sic nec inutilis est hæc, *Si codicillis Titium heredem*

reuem scripsero, heres esto l. Institutio 10. h. t. Item si servum manumiserit, si dotem non exegerit, l. 5 Mulier 20. h. t.* Conditio *Cum liber erit*, alieno servo rectè adjicitur, non etiam proprio, *l. Si Servus 21. h. t.* quia quod in nostra habemus potestate, non debet conferri in casum, cujus eventus difficilis est, *l. Quia Ratio 22. h. t.* Honesta quoque est conditio, si fuerit emancipatus, *l. 3. Cod.* 6 *De instit. & substit.* * Si liberos susceperit; ubi prodierunt etiam ventre exsecti, *l. Quod dicitur 12. sup. De liberis & posthum.* Quod & obtinet si multi fuerint, *d. l. 12.* cùm habeant formam hominis, atque ita conditioni sit satis factum.

7 Quid si mulier monstrum pepererit? Videtur prodesse posse ad conditionis implementum, per *l. Quaret 135. inf. de V. S.* ubi dicitur non obesse quod fataliter accidit. Verùm *d. l. Quaret.* loquitur de lege Julia Papia, & in casu evitarionis pœnæ, quæ per legem illam orbæ erat indicta. Verò igitur est, monstrum ad prædictam conditionem, *si liberos susceperit* non prodesse, per *l. Non sunt sup. De statu hominum*, ubi non habentur liberorum loco monstrosi, quando agitur de acquirendo, uti hoc in casu. Quo modo & mulier in Senatusc. Tertulliano, quo successio in bona liberorum ei dabatur secundùm certum liberorum numerum, non numerabatur inter liberos, si quem monstrosum esset enixa, Paulus 4. *Sent. t. 9. §. mulier. & ibi* Cujac. Facit *l. 3. C. de post. her. inst.* ubi posthumus non aliàs rumpit testamentum, quo præteritus est, quàm si natus non declinet ad mon-

8 strum. * Aliud juris est in conditione, *si enixa fuerit*; nam & ea enixa dicitur, quæ monstrum est enixa, *d. l. Quaret*: quamvis liberos ex se natos talis habere dici nequeat, atque ideo non rectè sibi adroget vacationem ex numero liberorum competentem, *l. fin. De jure immunit. inf.* A. Vacca *ad d. l. Non sunt*, Gœddæus *ad l. Ostentum 38. n. 14. inf. de V. S.*

9 Quæritur, an conditio, *si liberos susceperit*, cesset liberis natis postea mortuis? Dicendum non cessare, cù sufficiat eam semel esse impletam, etiamsi non duraverit, *l. si quis haredem 7. C. h. t.* cùm conditio ista sit inter transeuntes, quas sufficit semel evenisse. Aliud juris est in conditione, *si sine liberis decesserit*, quam non sufficit esse impletam per nativitatem liberorum, si postea moriantur, cùm verùm sit gravatum sine liberis decessisse, & sic conditionem defecisse: habet enim tractum & permanentiam, ut consideretur liberorum defectus quandocumque ante mortem gravati existens, & tunc admittatur substitutus, *l.* 6. *C. h. t. l. Ex facto 14. § si quis inf. Ad S. C. Trebell.* ubi Bart. Alex. Castrensis. Frequens autem est hujusmodi conditionem, *si sine liberis*, adjici, quæ & interdum subintelligitur, qua de re agemus infra in materia fideicommissorum, ubi etiam dicetur dicta de liberis esse intelligenda de liberis justis, non etiam de naturalibus tantum. Vide Grassum §. *Fideicommissum qu. 33.*

10 Quæsitum & illud, an possit filius instituti sub conditione? Certum est, jure veteri filium vocatum sub alia conditione, quàm quæ esset in facili ejus potestate, videri potius præteritum, nisi in defectu conditionis fuisset exhæredat*, *l. 4. & l. 4. jam dubitari 86. sup. de hared. instit. l. Lucius 83. inf. de cond. & demonst.* deficiente enim conditione nec institutus nec exhæredatus inveniebatur. Sub potestativa, id est, quæ in facili ejus esset potestate, filium institui potuisse patet ex *d. l. 4. & l. 86. & l. 4. Cod. h. t.* quæ & ab initio faciebat valere testamentum, non secus ac si purè fuisset institutus, quia in ejus erat potestate adimplere conditionem, ita ut illi non esset quetela, quòd sibi imputare debeat omissionem conditionis *l. 1. §. si sub conditione inf. si quis omissa caus. testamenti &c.*

11 Verùm ulteriùs quæritur, An & hodie filio instituto sub conditione, quæ non est in ejus potestate, testamentum sit nullum? Sunt qui putant illud valere, & talem conditionem haberi pro non adjecta, per *l. Quoniam 32. & l. Sancimus 36. §. cum autem Cod. de inoffic. testam.* Et ita tenet Clarus § *Testamentum qu. 32. in pr.* varios pro ea partes citans, eamque communem dicens. Aliis tamen videtur non esse mutatum jus vetus, atque ejusmodi conditionem hodie testamentum facere nullum; ex regula, quod non sit prohibendum stare, quod non invenitur mutatum. Nihil faciunt prædictæ leges 32. & 36. quia loquuntur de rejicienda conditione adjecta legitime in casibus tantùm, quibus est locus querelæ, ut patet ex Rubrica sub qua ponuntur, ut testamentum tunc valuerit Duar. *h. t. cap. 4. vers. sequitur.* Vide Suarez. *ad d. l. 32. ampliat. 1.*

12 Hodie sub conditione potestativa filius institui posse videtur per *l. 4. Cod. hoc tit.* ubi addita conditio, quæ non est in potestate, nisi in ejus defectum sit exhæredatus filius, facit intestatum patremfam. Ut si in potestate fuerit non sit opus in ejus defectum exhæredetur, secundùm jus vetus, à quo non est recessum per aliquam novam constitutionem. Et facit, quòd in *d. l. 32. & 36.* tantùm rejiciatur ista conditio à legitima ut

ac quoad cætera bona rectè adjiciatur. Cujac. *ad leg. h. t.*

13 Legitimæ ne quidem rectè adjicitur conditio, *si voles*, neque quidquam operabitur, sed rejicietur, per *d. l. 32.* quæ non vult ei addi gravamen, sive per conditionem, sive aliàs; quò minùs supplementum petatur, si fortè non sit relicta integra. propterea quod pater non debeat posse adferre gravamen iis, quæ non tam ab ipsius voluntate gratuita, quàm ex lege descendunt. Vasq. *Success. tomo 1. §. 1. num. 2.* 24. Gomez. 1. *Var. cap. 11. nu. 30.* Grassus §. *Legitima quæst. 38. n. 12. & 13.* Suarez. *d. loco ampliat. 5.*

14 Solet hic quæri, An nepos suus possit institui sub conditione. Quod videtur per *l. 4. in princ. & l. 6. §. 1 sup. de hæred. instit.* ubi inter filium & hæredem suum remotioris gradus distinguitur. Idem habetur in *l. 1. §. sciendum inf. de suis & legit.* plus enim tribuitur liberis primi gradûs, quàm ulterioris, *l. Iubem. ss Ad S. C. Trebell.* Quod pater ex eò quòd olim præteriti non rumperent testamentum, sed ad certam portionem jus accrescendi iis præstaretur. Deinde quod nominatim exhæredari non debeant, sed sufficiebat inter cæteros exhæredari, & ita præteriti pro exhæreditatis habebantur, *Instit. de exhæred. liberor.* Donell. *ad l. 4. C. h. t.* Et ita jure veteri certum est, ut frustra contra velit Connanus, 10. *Com. c. 2.* Novo jure videtur à veteri recessum, per *d. l. 32.* quę removet omne gravamen à legitima debita iis quibus est querela: quę & nepotibus jam suis factis competit, secundum ea, quæ traduntur supra, *tit. De inoffic. testam.* Vid. Suarez. *ad d. l. 32. ampliat 4.*

15 Conditionis effectus est, actum suspendere in sui eventum, ut ante non debeatur relictum, *l. 5. h. t.* Potestativa tamen pro impleta habetur si non steterit per hæredem, cui conditio apposita, sed per eum, in cuj⁹ persona implenda, *l. 3. l. Vter. 23. h. t.* ne ex aliena contumacia pœnam sentiat. Advertendum autem est quantum ad effectum, quâ formula adjiciatur, maximè si plures adjiciantur, uti fieri posse patet ex *d. l. 5. h. t.* affirmativè an negativè, conjunctim an disjunctim; qua de re & aliis eò pertinentibus latiùs infra, *t. de condit. & demonstr.*

TITVLVS VIII.

De jure deliberandi.

SVMMARIVM.

1. *Ius deliberandi in quo hærede locum habeat.*
2. *Cui & quamdiu competat.*
3. *Deliberante intra tempus præfinitum mortuo jus deliberandi transmittitur ad hæredem.*
4. *Ad transmissionem quæ sint requisita.*
5. *Iure deliberandi non plenè cautum hæredi.*
6. *Inventarii conficiendi forma: ut inchoëtur intra 30. dies, & absolvatur intra alios 60.*
7. *Vt conficiatur à tabellione.*
8. *Convocatis ad hoc creditoribus & legatariis.*
9. *Vt in eo res omnes describantur.*
10. *Vt hæres confecto inventario subscribat.*
11. *Effectus inventarii ritè confecti.*
12. *Inventarii neglecti pœna, obligatur hæres creditoribus in solidum.*
13. *Item legatariis ac fideicommissariis jure novo.*
14. *An & in foro interiori teneat hæc obligatio?*
15. *Legatarios repellit propria confessio, non ampliùs fuisse in hæreditate.*
16. *Legitima an perdatur ob non confectum inventarium.*
17. *An Trebellianica.*
18. *Fiscus ad inventarium quatenus teneatur.*
19. *Tenetur & Ecclesia.*
20. *Miles an teneatur.*
21. *Hæres ejus qui bonis cessit, quatenus teneatur.*
22. *Hæres ob res subtractas quatenus teneatur.*
23. *Inventarij confectio an remitti possit?*
24. *Circa inventarij confectionem quid moribus nostris obtineat.*

1 Hactenus de modo instituendi & substituendi: sequitur de effectu, qui consistit in acquisitione hæreditatis, cui præmittitur jus deliberandi, ob grave periculum, quod subit hæres adeundo, ratione æris alieni, quod latere posset, & cui se obstringit, ut infra dicetur. Jus deliberandi locum habet in hærede extraneo, cui liberum est adire vel repudiare; non item in necessario, qui velit nolit, adire debet. Non habuit etiam olim locum in suo hærede, propter dominii continuationem, *l. 1. §. qui sunt 7. Si quis omis. caussa test.* Hodie & in suo locum habet, cùm ex beneficio Prætoris abstinere se possit, *§. sui autem Instit. De hæred. qualit. & differ.*

2 Competit ei, cui delata hæreditas, duratque ad triginta annos, nemine instante. Nam, instantibus creditoribus, aut substitutis, sequentibusq; in gradu, tempus præfigebatur non minus centum dierum, *l. 2. h. t.* Et hoc non semel tantùm, sed & iteratò, si tempus datum persuadeatur. Prætori non suffecisse, *l. 4. hoc tit.* non tamen nisi ex magna causa, *l. 3. h. t.* Intra quod copia erat inspi-

spiciendi res & instrumenta, explorandique vires hæreditatis, ut certiore judicio de aditione vel repudiatione quid posset statui, *l. 5 hoc tit.* Lapso prædicto tempore, si datum esset ad instantiam creditorum, non excludebatur quidem scriptus hæres ab aditione, sed dabatur curator hæreditati, contra quem creditores actiones suas exercerent. Si verò datum esset ad instantiam substituti, vel proximi in gradu, excluso scripto hærede, substitutus vel proximus admittebatur, *l. Quamdiu. 69. inf. de acquir. hered.* Costal. *ad l. de aetate 11. sup. de interrog. action.* Postea tempus hoc deliberandi arbitrariū, id est positum in arbitrio Prætoris, factum est ordinarium, id est datum unicuique sine speciali impetratione usque ad annum, ex quo hæreditatem sibi delatam quis agnovisset, per *l. cum antiquiorib. 19. C. h. t.* * Accessit & alia commoditas deliberandi: nam cùm jure veteri intra tempus mortuus nihil juris ad successorem transferret, nisi fortè esset ex liberis, *l. un. §. in novissimo C. De caduc. tollen. l. Apud hostes C. De suis & legit.* induxit Imp. ut quilibet decedens intra tempus deliberationi præfinitum, jus deliberandi quoad reliquum tempus transmitteret ad quemlibet hæredem, *d. l. 19.* quâ & statutum, non esse necesse tempus petatur deliberandi, uti jam dictum.

4 Sunt autem ad hanc transmissionem necessaria, Primò, ut revera sit delata hæreditas, ita ut agnosci potuerit, cùm quod non habetur, transmitti nequeat. Secundò, ut delatam sibi sciverit, *d. l. 19. §. etsi quidem*, cùm hæc transmissio fundetur in deliberatione, quæ non fit nisi ab eo, qui delatam sibi hæreditatem scivit; neque enim cadit deliberatio in ignorantem. Cui & similis est dubitans. Tertiò, ut hæreditas nec sit adita, quia supervacanea esset transmissio, cùm quod n[illegible]strum est, ampliùs nostrum fieri nequeat: nec repudiata, quia per repudiationem omne jus est præclusum hæredi, *l. Nemo plus inf. de R. l.* fit enim sequenti continuò locus, *l. 1. §. qui semel. de success. edicto.* Quartò, ut post mortem hæredis aliquid temporis sit superstitum: nam si annus præscriptus sit elapsus, cessat transmissio, *d. l. 19. in fine*; cum tempore præscripto actum non gerens censeatur nolle, & concessa ad tempus post tempus videantur negata. Est & transmissio ex jure suitatis, quæ locum habet in liberis suis, & ex jure sanguinis, quæ locum habet etiam in non suis, de qua agitur *Tit. Cod. de his qui ante apertas tabulas hæred. trans.* & dicemus infra *ad tit. de acquir. hæred.*

5 Hæc de jure deliberandi obtinuerunt: per quod cum non sufficienter hæredi cautum esset, qui post aditionem æs alienum postea emergens cogebatur agnoscere, & creditoribus legatariisque satisfacere, frustra objecta ignorantia, *l. si te bonis Cod. h. tit.* nisi quod restitutione in integrum minor se salvaret, major autem nō nisi certa ex causa restitueretur, *§. extraneus Instit. de hæred. qual. & differ.* inductum per Justinianum remedium Inventarii, quo plene consulitur hæredi adeunti, si tamen solemniter factum fuerit. * Solemniter 6 ut conficiatur opus est, Primò: Inchoëtur intra triginta dies, & absolvatur intra sexaginta, numerandos ab apertura tabularum & scientia delatæ hæreditatis, *l. fin. §. sin autem dubius Cod. h. t.* Fachin. 4. *Contr. cap. 35.* Donell. *ad d. l. fin. num.* Satis tamen erit, intra tres menses absolvatur, etiamsi intra XXX. dies non sit inchoatum, *d. §. sin autem dubius.* Jas. *ad d. l. fin. in princ. n. 3. & 5. & §. si verò numer. 1.* Guido Papæ *decis. 571. & Tract. De forma confic. invent. num. 10.* Valas. *consultat. 52. n. 8.* * Secundò, Conficiatur à tabellione, vel 7 sub ejus præsentia, etiam unius tantùm, ex communi sententia; licet textus in *d. §. sin autem dubius*, plurium mentionem faciat, cùm non rarò quod pluraliter profertur, etiam in uno procedat, Tiraq. *ad l. si umquam V. susceperit liberos, nu. 244. Cod. de revocan. donat.* * III. Vocentur ii, 8 quorum interesse potest, creditores scilicet, legatarii, fideicommissarii, *Nov. 1. §. hinc nobis vers. si at igitur:* qui si noti fuerint, nominatim vocandi, alias generaliter per proclama, Jas. *ad d. l. fin. nu. 3.* Valas. *d. consult. 52. num. 21. & seqq.* Si non compareant, tres testes fide digni & habentes scientiam eorum nomine sunt advocandi. * IV. Res o- 9 mnes, mobiles, immobiles describantur, quas hæres scit à testatore relictas, ab eoque habitas fuisse tempore mortis, sive in bonis ejus fuerint, sive ex bonis, *d. §. sin autem dubius.* * V. Hæres 10 confecto inventario subscribat, declarando mensuram bonorum, & quod in faciendo inventario nulla sit usus malignitate. Si scribere nequeat, vicaria Notarii specialiter ad hoc adhibiti subscriptione coram testibus, qui hæredem noverunt, utetur, *d. §. sin autem dubius*, Valas. *d. loco. num. 26.* Venerabilis signi Crucis adjectionem ibi requirere videtur Imp. cujus tamen omissionem non vitiare inventarium, communius est receptum, cum leviorum solemnitatum, cujusmodi est, ista, omissio regulariter actum non vitiet. Jas. *ad d. l. fin. num. 4.* Pet. Greg. Tolos. *Syntag. juris lib. 46. c. 3. num. 9.*

Con-

11 Confecti solemniter inventarii effectus est, quòd hæres non teneatur creditoribus hæreditariis ultra vires hæreditatis, *d.l.fin.§.etsi præfatam*: quòd detrahat Falcidiam legatariis & fideicommissariis, *d.§.& si præfatam*, serveturque hæredi jus integrum quod contra defunctum habuit, *d.l.fin.§.c.vers.si vero & ipse.* Inducit enim inventarii confectio quamdam bonorum possessionem, seu potiùs separationem eoque rem reducit, quasi hæreditas adita non esset, excepta actione pœnali; pœna enim ad lucrum tendit, quod in detrimentum aliorum hæredi conservari durum foret, *l cum emptor 48.inf. Ad leg Falcid.* Si post impensum in solutionem quorumdam creditorum patrimonium alii emerserint, non est illis licentia hæredem inquietandi, aut eos qui res comparaverint, quarum pretia in creditores aut legatarios processerunt, sed adversus legatarios, quibus legata soluta, aut creditores, quibus solutum creditum, venire poterunt, quatenus habent iis potius jus, *d l.fin.§ fin verò postquam.* Quòd si post aditionem secundum inventarium factam rerum quid pereat; ea res hodie non tam nocebit hæredi, cum per inventarium bonorum separationem fecerit, quam creditoribus aut legatariis. Bart. *ad d §.etsi præfatam.* Quod non rectè videtur Castrensis *ibid.n.7.* restringere ad res in specie debitas, cum sit illis tantùm obligata hæreditas, ultra cujus vires non obligatur hæres facto inventario, nisi ejus culpa probetur. Dico hodie, quia olim aliter se res habebat, *l.In ratione 3 inf. Ad leg. Falcid.*

12 Neglecti verò inventarii pœna est, I. Quod creditoribus in solidum teneatur hæres, eo modo, quo jure veteri post aditionem *d.§ fin verò postquam.* Indignus enim est legis beneficio, qui requisita per legem negligit: ita ut non audiatur probare volens, amplius in hæreditate non fuisse. Excipe militem, qui non servata prædicta solemnitate non tenetur in ampliùs, quàm est in hæreditate, idque privilegio militari, *d.l.fin in fine*

13 II. Quod, licet olim legatariis, & fideicommissariis non nisi usque ad vires hæreditatis teneretur, hodie tamen legata & fideicommissa compleat, frustrà allegans in hæreditate nihil esse, *Nov. 1. § hinc nobis V. si verò non fecerit &c.* Quod sibi imputet, cum ejusmodi oneri se subjecerit, adeundo hæreditatem omisso inventario quæ res facit præsumi per legem, hæreditatem fuisse sufficientem exsolvendo æri alieno, & legatis fideicommissisque præstandis, cùm nemo credatur temerè, non inspectis hæreditatis viribus, eam adire aut ei se immiscere, neque præsumatur testator gravasse hæredem ultra, quàm fert bonorum quantitas etiam salva ei quarta Falcidia quam præsumptionem esse juris & de jure patet ex *d.vers si vero non fecerit*, ubi super præsumptione jus statuitur, & contrarium probare volens non auditur.

14 Ex hoc ita in foro exteriori. Quantam verò ad forum interius, scilicet conscientiæ, licet quidam velint idem in eo obtinere, quasi in pœnam omittentis inventarium hoc ita statuerit lex, communiùs tamen receptum & verius non teneri, quia dispositio *d.l.fin & d Nov.1.* nititur præsumptione, quæ non operatur in foro conscientiæ, si ei veritas non respondeat, sed tantum in foro exteriori, Grassus *§.Inventarium q 21.nu.3.* Gomez. *ad L 4.Tauri n. 121.ubi alios citat.*

15 Quod si creditores & legatarii fateantur non fuisse amplius in hæreditate, eos agentes rejiciet hæres, si totum debitum & legata ultra vires hæreditatis petant, cum confessio propria facit cessare legis præsumptionem: qui alias ignorantes vires bonorum, justè & circa conscientiæ læsionem, ad integra debita & legata agent; nituntur enim justæ legis auctoritate. Covar. *ad c. . n 19. de testam.* Vasq. *De succ creat. §.1.n 22.* Videantur citati à Catelliano Cotta in *V.Confessio partis, & V.Inventarium.*

16 Controversum est, An ob non confectum inventarium perdatur & legitima? Negativa quidem pars hujus quæstionis communius est recepta per Doct. in *Auth. Hoc amplius Cod. de fideic & per Glos.in d.l.fin.§.fin.* ubi Jas.*n.2* Costal. *ad d. l.8.§. si Imperator sup. De inoff testam.* ex ratione, quod debeatur jure naturæ, cui non prævalet jus civile, & quòd sit instar æris alieni, Jas. *ad d.l.fin. n 6.* Rod. Suarez. *ad l.Quoniam 32 ampliat.7.n.18. C. de inoff. testam.* Cov. in *cap.si hæredes 15. de testam.* Gail. *2.Obser.138.n.14.* Juri tamen & rationi conformior est contraria, affirmantium scilicet sententia, quod nimirum amittatur legitima, vel potiùs quòd ea prætendi nequeat ab hærede contra legatarios, non facto inventario. Quam sententiam tenet Salic. *ad d.l.fin.§.si quis autem temerario.* Vigl. *in §.extraneis n.6.instit. De hæred. qualit. & differ.* Franc. Sarmient. *2. Select. Interp.c.7.* Fachin. *4. Contr. c.34.* pro quibus facit primò, quòd hæres teneatur omnia legata & fideicommissa secundùm defuncti voluntatem complere, non obstante, quod dicat tantum in hæreditate non esse *d.ver. si verò non fecerit*, ut hac ratione non possit salvari legitima. Secundo, quod lex præsumat hæreditatem esse locupletem, cum nemo

nemo tam sit supinus, ut hæreditatem damnosam amplectatur: ut & legitimam hæres habere præsumatur, & minus rectè eam iteratò petat. Ubi nihil faciet dicere, legitimam quidem salvam esse filio, cum tamen teneri ad legata: nam quæ erit utilitas detractæ legitimæ; si teneatur de proprio complere legata & fideicommissa, legitimæ quantitatem longè excedentia. Tertio, quòd legitima sit certa hæreditatis pars, ut certam hæreditatem præsupponat, cui detrahitur, cum certum & definitum ab incerto & in definito detrahi nequeat. Hòc autem in casu est incerta, cum desit legitimus modus, per quem de viribus ejus possit constare, scil. inventarium, *d. Nov.* 1. §. *hinc nobis d. l. fin.* IV. Quod, ut vult Jason, *d. n.* 2. in vero credito non habeat prærogativam hæres, non possit illud compensare simul cum aliis debitis, eo quòd lex ipsum oneret ad omnia exsolvenda, uti & probatur *d l. fin. §. fin verò* Ut minus ei juris sit in detractatione legitimæ, quæ tantùm ponit quasi debitum. Unde cessat argumentum, quòd legitima di catur deberi jure naturæ, cùm sit inventum juris civilis: & licet alimenta respiciant, ea tamen videntur non rectè, peti posse, eo quod lex præsumat hæreditatem esse locupletem, & apud hæredem esse bona sufficientia. Dicere *d. l. fin.* non loqui de suis, nihil est, cum in §. 1. faciat mentionem eorum, qui se immiscent, quod est suorum hæredum.

17 Est & controversum, An amittatur Trebellianica: Verius est eam non amitti. Primò, quia Justianus non faciat ejus mentionem, & pœnæ non sint extendendæ. Secundò, quia non subsit eadem ratio; tum quia inventarium est inductum in locum deliberationis, cui ratione legatorum & debitorum erat locus, non item ratione universalis fideicommissi, quod versatur circa opulentam hæreditatem, legatis non exhaustam: tum quòd ratione legatorum ideo oneretur suspicione detractionis hæres, omisso inventario, quod legata in specie à testatore relicta præsumatur in ejus bonis fuisse, neque enim in bonorum designatione præsumit lex eum errasse. Ut error sit docendus per modum legitimum. ut verò, si præstari posse negentur, hæres videatur subtraxisse bona, ad inducendam Falcidiam, alias non competituram. Cujusmodi suspicio non est quoad quartam Trebellianicam, cùm non detrahatur certis, sed universis, & non determinatis per testatorem, ut desit occasio suspicandi quid adversi contra hæredem: & præterea semper competat, ut non possit videri induci per subtractionem. Nihil obstat, quod in hoc casu possit hæres malignè agere: nam modus bonorum per eum declarandus est medio sacramento, *d. l. fin. §. licentia, & §. fin autem*, 14. Vigl. *d. loco num.* 9. Sarmient. *d. loco n.* 8. Fachin. 4. *contr. cap.* 38.

18 Tenetur etiam ad inventarium fiscus, cùm Imp. in *d. Nov.* 1. §. *illud quoque in fine* velit ejus dispositionem locum habere in quibuslibet personis. Non tenebitur tamen ultra vires, saltem quatenus bona tamquam vacantia occupavit, *l.* 1. §. *sed an bona inf. De jure fisci*, ubi fiscus non tenetur in amplius, quàm accepit, cùm eatenus non sit hæres. Aliud videtur dicendum, quando succedit jure hæreditario, quia idem juris est in illo, quod in aliis. Grassus §. *inventarium qu.* 4. *n.* 7. Covar. *ad c.* 1. *de testam. n.* 18. Valq. *de success. creat.* §. 16. *n.* 11.

19 Videtur etiam teneri Ecclesia succedens ad observationem *d. Nov.* 1. *in fine*. Ubi dicuntur & pupilli teneri ad ejus observationem, quibus consultum per restitutionem & actionem tutelæ, quæ etiam Ecclesiæ tribuenda, cum pupillis comparetur, Covar. *d. loco n.* 17. & 18. Grass. *d. q.* 4. *n.* 8.

20 Quantum ad militem, excusatur in *d. l. fin in fine* ab observatione inventarii propter simplicitatem, qua de re agetur inf. *Tit. seq.* Quam rem aliqui correctam volunt per *d. §. illud quoque in fine*, ubi dicitur ab ejus observatione nec personam privatam, nec militarem, nec Imperialem, id est, Officialem Cæsarianum sive Palatinum excusari. Verum cum non sit facilè inducenda correctio, videtur rectè sentire Cujac. *ad l. Nov* 1. *in fine*, militem quidem non excusari ab observanda voluntate defuncti, de qua ibi præcipuè, non etiam mulctari, propter neglecti inventarii confectionem.

21 Hæres ejus qui bonis cessit, non facto inventario, non tenetur in solidum, sed tantum pro viribus bonorum ejus, cui successit, cum non debeat teneri in plus, quam tenebatur defunctus.

22 Quæsitum hic, an propter alicujus rei surreptionem, vel spontaneam omissionem, mulctandus sit hæres? Quod posset videri per *d. §. hinc nobis vers. si verò non feceris*, ubi dicitur, inventario non legitimè confecto, amitti Falcidiam. Ut autem legitimè censeatur confectum, omnes res in illud referendæ sunt. Non malè tamen dicetur, tantùm in duplum rei, quam subtraxit, puniendus hæres, juxta *d l. fin. §. licentia, vers. illo scil.* quæ expressè non est correcta per *d. Nov.* ut proinde ejus dispositio etiam hodie teneat. Vigl. *d. loco n.* 8. Covar. *ad d. c.* 1. *n.* 23. Grassus *d. §. Inventarium qu.* 12. Ant. Fabr. *Decade* 2. *c.* 5.

Solet

23 Solet etiam quæri, An hæc inventarii necessitas possit remitti a testatore? Dicendum, non posse, in præjudicium creditorum, uti communiter receptum, ne testatoris facto iis inferatur injuria, quæ oritur ratione debiti: cui non fieret satis, si pro lubitu daretur hæredi potestas abutendi rebus hæreditariis. Quod attinet ad legatarios & fideicommissarios, volunt posse remitti; eò quod Imp. *d. Nov 1. circa finem*, dicat quòd inventarii confectio sit inducta in favorem defuncti; favori autem suo quisque renuntiet. Facit pro hac parte *l. fin.* C. *Arbitr. tutela.* ubi remittit testator inventarii confectionem tutori, confisus de ejus probitate, Covar. *ad d.c.1.n.23. & 2. Var. Resol.14. n.4.* Clarus §. *Testamentum qu.66.n.2.* D. Pech. *de testam. coniug. n 3. lib 4.c.24.*

24 Porrò super hac re quædam sunt disposita per Carolum V. Imp. anno 1541. & per Principes nostros in Edicto anni 1611. art. 30, & aliquot seqq. scilicet, quòd, ut beneficium hoc effectum habeat, impetrandum sit à Principe intra tres menses, eoque impetrato, intra quadraginta dies inchoandum, data cautione pro mobilibus. Deinde generaliter citandi intra quindecim dies omnes, qui quidquam prætendere possent contra domum mortuariam, & nominatim qui noscuntur & præsentes sunt. Qui nisi compareant intra sex menses, si sint in Belgio, aut annum, si extra, erunt privati suo jure super bonis venditis, eorumque pretio. Ubi Primò vendenda mobilia & distribuenda, postea immobilia: & pendente anno poterit impetrans frui bonis, datâ cautione. Quibus non observatis, impetrans habebitur & tenebitur ut simplex hæres. Vid. Gudelin. *de jure noviss. lib 2. cap.* 18. ubi notat ex moribus & illud singulare admissum esse, ut, si ex agnatis aut cognatis proximioribus reperiatur aliquis, qui paratus sit simpliciter adire & citra beneficium legis, is hæredi, sive scripto sive legitimo, per inventarium adire volenti præferri debeat; qua de re & clausula inseri diplomati Principali solet.

FINIS LIBRI XXVIII.

HENRICI ZOESII I. C
IN LIBRUM XXIX.
DIGESTORUM
COMMENTARIUS.

TITULUS I.
De Testamento Militis.

SUMMARIUM.

1. *Miles testatur absque solemnitate juris civilis.*
2. *Etiam filiusfam. modò pubes.*
3. *Potest decedere pro parte testatus.*
4. *Sufficit quoquo modo constare de voluntate.*
5. *Testes non debent esse rogati.*
6. *Testis habilis est & mulier.*
7. *Præteritio à milite scienter facta excludit querelã.*
8. *Militis voluntas validat testamentum prius minùs solemniter conditum.*
9. *Militiâ missi testantur secundùm jus commune*
10. *Miles decedere potest cum pluribus testamentis.*
11. *Militum improbas dispositiones improbat lex.*
12. *Miles paterfam. de bonis paganicis liberè testatur.*
13. *Militi competit hoc privilegium relato in matriculam & in expeditione degenti.*
14 *An competat militibus stationariis?*
15. *An & militibus nostri temporis?*

HActenus de solemnib⁹ testamenti paganici, quibus pleris; non est adstrictũ testamentũ militare. * Nã milites, qui magis arma norunt, quàm jura, in expeditionib⁹ occupati, qualiter de bonis suis testati fuerint, ita jus ratumque est, nõ habitâ ratione solemnitatis civilis, sive quoad testamenti ordinationẽ, sive quoad ejus infirmationem, *l. 1. h.t. l. 3. C eod. & Inst in pr. eod. t.* Gail. 2. *obs.* 118. *n.* 17. * Quomodo etiã testatur filiusfã. pubes tamen, abrogato jure veteri, quo impubes tribun⁹ militũ testari poterat, *l fin. C. eod.* Testatur etiã de jure suo dubi⁹, *l. ex milit* 12. §. 1. *h. t.* præterit liberos, quos se habere novit, § *sed si in expedit. Inst. de exhæred.*

exhared. liber. nam ignorantia testamentum vitiaret. Instituit etiam deportatum, *l. Idem 13 & §. & deportati h. t.* * Decedit pro parte tantum testatus, si hoc velit, *l. Miles in pr. 41. h. t. §. Hæredibus §. vers neque enim Inst. de hared. instit.* Nam interdum testamentum ejus reducitur ad jus commune, admisso jure adcrescendi, ut in *l. 3. C. h. t.* Pro parte testari videtur, non tantum si hoc expresserit, sed & si ex certis rebus hæredem scripserit; videtur enim res alias relinquere venientibus ab intestato, *l. 1. & 2. C. h. t.* Scribit etiam hæredem ex tempore & ad tempus, *d. l. 4.* Substituit iis, qui hæredes extiterunt, *l. 2. h. t.* Legata & fideicommissa a milite relicta diminutionem per Falcidiam aut Trebellianicam non patiuntur, *l. In testamento 12. C. eod.* Cætera quoque solemnia jure civili adinventa impunè omittit, non etiam ea, quæ requirit jus gentium. * Quo modo per duos testes, etiam non cives, aut alia sufficientia signa, veluti scripturam, debet constare de ejus voluntate, *l. Lucius 40 h. t.* ne alias bona, contra quam voluit, ab aliis occupentur. Sic dicitur militum voluntas sustinenda, quæ clypeo aut pulveri inscripta est, si de ea pateat, *l. Milites 15. C. h. t.* atque ita accipiendum, quod dicitur *Inst. eod.* quoquo modo militis voluntas declarata servanda esse.

Testes aliqui desiderant esse rogatos; sed non est necessaria rogatio, cum spectet ad solemnia juris civilis, quæ militi sunt remissa. Vasq. *d. suc. creat §. 12. & 23.* Vigl. *ad §. planè n. 5. inst. h. t.* Nec facit text. in *l. Verum 24 h. t.* per quam aliqui volunt requiri rogationem; non tantum continet facti speciem, non etiam juris necessitatem. * Mulieres hic esse testes habiles non est dubitandum: nam licet inhabiles judicentur in testamentis paganorum, hoc tantum est ex ratione solemnitatis, cùm in aliis caussis testimonia earum admittantur, Clarus *§. testamentum q. 55. n. 5.* Vasq. *d. § 2. n. 20.*

Dubitatur, An & hodie præteritio liberorum à milite scienter facta excludat querelam. Quod dicendum videtur, *l. 8. §. Papinianus l. si institutus 37. §. de inoffi. testo sup. de inoff. testam.* cùm exhæredatio, & ejus caussa uti & querela, sint juris civilis, solaque & nuda voluntas militis sufficiat ad ultimum ejus elogium. Atque ita in *l. Si eum 9. Cod. eod.* tantū desideratur præteritio filii ex certa scientia. Eodem facit text. in *l. fin. in pr. Cod. de in off. est.* Non obstat *Nov. 115. § aliud.* ubi generaliter Imp. negat parētes sine caussa liberos suos posse præterire: & *§ & hac quidē ibid* ubi de peculio castrensi & quasi testatus patrē non præterit: nā prior §. cùm generaliter loquatur, nō potest trahi ad correctionem juris specialis, cùm lex generalis subsequens restringatur per specialē priorē. Posterior autē §. tantum accipiendus de testamento paganorū super peculio castrensi & quasi, ne alias inducatur juris veteris correctio, de qua nō patet expresse D. Vigl. *ad § si in expeditione. Instit. de exhared. lib.* Non etiā obstat, quod querela cōcernat legitimā, quæ cùm sit loco alimentorum, videtur esse juris naturæ atque ita imutabilis, nam quoad quotā est juris civilis, à cuj⁹ vinculis solutus miles: & quoad alimenta non est op⁹ querela, cum alio modo alimenta liberi impetrare possint.

Remissio hæc solemnitatum etiam eò extenditur, ut ante militiam testamentum minus solemniter conditū per eam validum fiat, quatenus tamen ei aliquid additur, aut detrahitur, quo de nova voluntate possit constare, *l. Tribun⁹ 20 § 1. h. t. § sed & si quis Inst. eod.* Alias testamentū non valebit, quòd nō possit videri factum a milite. * Hinc veterani & militia missi testari debent secundū jus commune, cum otiū habeant adhibendi solemnia, quorū tamen testamēta in castris antea facta valent post missionē non ignominiosā, intra annū, licet contineant conditionē post annum demum evenientē, *§. sed hactenus Instit. eod* cū postea eveniens retrotrahatur ad temp⁹ mortis testatoris. * Deniq; decedere miles potest cū plurib⁹ testamētis, *l. Miles 36 § h. t.* neq; agnatione superveniente, neque adrogatione ullū ponente impedimentū.

Improbas militum dispositiones lex minimè probat. Qua ratione non manumittit, nisi unum servum necessarium, si subsit fraus creditorum, *l. in fraudē in pr. 13. h. t.* nec legat fundum dotalem contra legem Juliam, *l. Dotalem 6 h. t.* * Quantum ad bona attinet paganica, libera est dispositio militi patrifam. nisi fuerit damnatus capite ex delicto militari, tunc enim non nisi super castrensibus testabitur, *l. Ex militari 11. in pr. h. t.* Filiusfam. miles de peculio castrensi & quasi testatur quidem, *l fin. C de inoff. testam.* non etiam de adventitio, *Instit. quib. non est permis. fac. test in pr.*

Hæc ita procedunt in militibus, qui sunt in numero, *l. ex eo tempore 42. h. t. & l. unica in fine inf. de bonor. poss ex testam. milit.* & in expeditione, *d. l. unica, l penult. C. h. t & §. 1. Instit. eod.* Cujus ratio non tam est in eorum imperitia; nā ea & rusticis, mulieribusque faceret idē competere privilegiū: sed in occupatione armorum, quæ non dat locū & temp⁹ observationi solemniū, propterea quod inter armorū strepitus verba juris civilis exaudire nequeant milites, ut pulchrè errorem suum excusando respondit C. Marius referente Valerio Maxi-

Maximo *lib. 5. cap. 2.* Quo modo & Doctoribus, Advocatis, similibusque militantibus competere volunt, quatenus versantur in expeditione, id est actu legunt & patrocinantur, Grassus §. *Testamentum q. 4.* Zas. *in l. Milites n. 8. inf. de re judic.* Gail 2. *Obser. 18. n. 3.*

Limitaneis quoque in locis præsidii caussa degentibus eadem privilegia aliqui attribuunt, quia propter subita sæpè discrimina in expeditione videntur constituti. Facit, quòd alias miles nihil distaret a paganis, quibus in hostico deprehensis & illic decedentibus conceditur quomodo velint; & quo modo possint, testari, *l. fin. h. t.* Cujac. *consultat. 49.* Coñan. *9. Com. c. 3. n. 9.* etsi aliter velit Vigl. in *§. illis n. 3. Inst. eod.* & Gail. *d. Obs. 18. n. 13.* Extra expeditionem milites jure communi testantur, quòd tum cesset caussa privilegii.

15 Quæri hic solet an ante dicta privilegia milites nostri temporis sibi adrogare possint: Milites nostri temporis non quidem eodem ritu eliguntur & recipiuntur, quo olim; cùm tamen pristina receptionis forma prorsus non evanuerit, & ratio privilegii non tam ad formam receptionis in militiam sit referenda, quàm ad functionem, virtutemque militarem & finem, scilicet tutelam, & defensionem patriæ, ut jure soluti expeditius armis operam dare possint, quę etiam in nostris militibus obtinet: magis est, ut & iis pristina privilegia sint tribuenda, cum & eorum nomina jure pristino matriculis inscribantur sacramento præstito. Quæ sententia doctissimis placet viris, uti Bartolo & Salic. aliisque in *l. 1. C. De juris & facti ignor.* Cui non obstat, quod nulla in legibus municipalibus distinctio militarium testamentorum ab aliis scripta invenitur, nam deficientibus propriis legibus seu consuetudinibus, recurrere solemus ad leges Romanas Vigl. *Inst. eod. in pr. n. 11.* Gudelin. *De jure noviss. lib. 3. c. ult. n. 8.*

TITVLVS II.

De acquirenda vel omittenda hæreditate.

SUMMARIUM.

1. *Hæres necessarius quis dicatur.*
2. *Qui sui & necessarij.*
3. *Qui extranei.*
4. *Adire hæreditatem dicitur extraneus, immiscere se hæreditati suus.*
5. *Capacitas acquirendæ hæreditatis quo tempore adesse debeat.*
6. *Hæreditas quo pacto adeatur.*
7. *An censeatur adita lapso tempore ad deliberandum præscripto.*
8. *Hæres adire volens certus esse debet de morte testatoris, seque hæredem esse.*
9. *Debet adesse & voluntas in adeunte.*
10. *Patri per filium hæreditas & legatum quo modo acquiratur.*
11. *Ad aditionem non est necessaria rerum apprehensio.*
12. *Moribus possessio continuatur in hæredem.*
13. *Ius adeundi vel immiscendi est perpetuum.*
14. *Cretio quid, ejusque formula.*
15. *Parte adita acquiritur tota hæreditas.*
16. *Etiam dato substituto in alia parte.*
17. *Nisi expressè hæres protestetur se nolle alteram partem adire.*
18. *Institutus partim purè, partim sub conditione, adeundo fit in universum hæres.*
19. *In servo taliter instituto quid juris.*
20. *Adversus aditionem restitui potest minor.*
21. *Item major ex magna caussa, ut justo metu.*
22. *Minore restituto gesta antè bonâ fide manent rata.*
23. *Legatorum nomine expensum quis restituat.*
24. *Hæreditas caduca quando fieri dicatur.*
25. *Aditio hodie etiam ante apertas tabulas permissa.*
26. *Transmissio ex jure suitatis habet locum in liberis suis.*
27. *Non in emancipatis.*
28. *Ius hoc non tollitur per abstentionem.*
29. *Transmissio ex jure sanguinis in quibus obtineat.*
30. 38. *Transmittuntur etiam legata ac fideicommissa.*
31. *Transmissio ex jure deliberandi.*
32. *Transmissionem ex hoc jure ac sanguinis non impedit substitutio vulgaris.*
33. *Ut neq; impedit transmissionem ex jure suitatis.*
34. *Nec inutilis eo casu est substitutio.*
35. *Conditio, si voluerit, adjecta suo hæredi an impediat transmissionem?*
36. *Suitas non tollitur datione cohæredis.*
37. *Transmissio ex jure sanguinis extendit se ad nondum natum.*
39. *Fideicommissum universale est transmissibile.*
40. *Hæreditas non adita non transmittitur.*

Effectus testamenti sive solemniter confecti sive non solemniter, de quo hactenus, est ut hæreditas ex eo adeatur, si status bonorum post deliberationem videatur sufficiens, qua de re h. t. Sunt autem hæredes alii necessarii, alii sui & necessarii, alii extranei. * Necessarius hæres, ita dictus, quòd velit nolit hæres fit, est servus propriꝰ, quem instituere solet, qui suspectas habet facultates suas, ut post mortem bona hæredis nomine potiùs, quàm suo vendantur. Cui pro hoc incommodo, ultra libertatem, quàm simul cum hęreditatę consequitur, hoc comodi datur, quòd quidquid post mortem patroni acquisiverit, servet sibi liberum à creditoribus patroni, *§. necessarius Inst. de her. qualit. & differt.* impetrata tamen bonorum separatione, *l. 4. in fine inf. De separ. bonor.* 1

* Sui & necessarii sunt liberi in potestate defuncti, qui quidem sui dicuntur, quòd proximum in potestate gradum obtineant, & quasi domini rerum paternarum habeantur, etiam patre vivo, uti dictum suprà, *tit. De lib. & postumis hered. Inst.* Necessarii verò dicti, quod velint nolint post mortem patris hæredes sint, *§. sui autem inst. d. t.* verùm quia durum visum, liberos cogi agnoscere onera paterna, quibus causam non dedissent, concessa iis abstinendi licentia per Prætorem, *d. §. sui autem inst. in fine*; quæ præsumitur, donec immistio probetur. * Extraneus hæres est, qui in potestate testatoris non est, cujusmodi sunt liberi emancipati, & liberi respectu matris, aut avi materni. Nepotes quoque huc rectè retuleris respectu avi paterni, quatenꝰ alia persona eos pręcedit. Neque enim nomen suorum his convenire potest, nisi persona præcedens è potestate exierit. 2 3

Extranei hæredes dicuntur adire, & eo modo suam facere hæreditatem, quam non habent, vel repudiare jꝰ oblatum. Sui autem dicuntur se immiscere hæreditati, quę eorum est, vel ab ea se abstinere ex beneficio Prætoris. Adit autem extraneus hæres pro libitu: nisi sit rogatꝰ restituere hęreditatem, cogi enim potest ad adeundam, eamq; restituendam fideicomissario id postulanti *l. 4. in princ. inf. ad S. C. Trebell.* * debet tamen esse capax testamenti factionis, saltem passivæ, etiamsi activæ capax non sit, idque tribus temporibus. Primò, testamenti facti tempore, quia nisi principium bonum sit, ex post facto vigor nō acquiritur. Secundò, tēpore mortis testatoris, quia tūc cōfirmatur. Tertiò, tempore aditionis, quia per eam acquiritur jꝰ, quod nō potest credere incapaci *l. si alienum 49. §. 1. sup. De her. inst.* medio tempore. 4 5

pore mutatio status nihil nocet, cum eo nihil juris cedatur, *§ in extraneis Inst. de her. qualit.* In suis cùm aditio non desideretur, sufficiet capacitas tempore testamenti & mortis testatoris, quo in illos continuatur dominium, *l. coharedi 41. §. cum filia sup. De vulg. & pupil. substit.* In necessariis eadem inspectio, quæ in extraneis desiderari videtur, cum Cujacio, in *Notis ad d. §. in extraneos per d. l. 40.* etsi aliud velit D. Vigl. in *d §. in extraneis.*

6 Aditur hæreditas verbo vel facto, utendo scilicet rebus hæreditariis, vel alias pro hærede se gerendo, *l. Pro harede 20. in princ. h. t.* Quod ipsum ambiguum est, & colligendum ex rei gestæ qualitate: nam ut ea gesta sunt, quæ non potest quis gerere, nisi ut hæres veluti accipiendo aliquid relictum judicio testatoris tamquam hæredi, per hoc enim adivisse censebitur; aut talia sunt, quæ nomine suo, non ut hæres quis agere potest, uti petendo operas officiales à liberto, quatum petitio suo jure competit etiam non hæredi, *l. fin inf. de oper. libert.* qualis proinde pro hærede se gessisse non videtur. Si talia sint, quæ agere potest & ut non hæres, & ut hæres, in his animus est colligendus ex circumstantiis, *d. l. Pro harede §. Papinianus, & §. si qua tamen.*

7 Quæsitum autem, An is, qui petiit tempus ad deliberandum, eo lapso censeatur adivisse? Hoc ipsum non obscurè inducatur ab Imp. in *l. fin. § sin autem hac aliquis*, & planius in §. *si quis autem hac C. De jure delib.* ubi non repudiantem intra certum tempus comparat adeunti. Ex quo traditum est, quòd lapsus termini assignati deliberationi a jure, aut judice habeatur pro aditione. Verùm huic ex diametro videtur repugnare textus in *l. Quam diu 69. hoc tit.* ubi lapsus termini habetur pro repudiatione, si intra eum hæres non adiverit. Sed dicendum decisionem *d. l. 69. in fine.* loqui de eo, cui ad instantiam substituti, cohæredis, vel proximi tempus est præscriptũ, qui ideo pro excluso habetur, si tempore elapso non declaraverit voluntatem. Aliud est quando ad instantiam creditorum est datum: nam non repudians ante ejus lapsum habetur pro adeunte, quoad creditores, quibus respondere cogitur secundùm *d. §. sin autem hac.* Ratio est quòd lapsus termini, & sic hæredis cessatio, sive, ut volunt, contumacia semper sint accipienda adversus ipsum hæredem, ac in partem illi duriorem, Bart. *ad d. l. 69.* Jason. *ad §. sin autem hac.*

8 Ut autem aditio teneat, oportet mortuus sit testator & hoc sciat hæres. Qui & certus esse debet ex testamento, an ab intestato veniat; purè, an sub conditione; ex asse, an ex parte, *l. is qui putat, 15. & seq. h. t.* In his si erret aut dubitet, licet falsò, non tenebit aditio, cùm requiratur de jure suo hæres sit certus, *l. is qui hares 13. §. 1. h. t.* Dubitans circa hoc, an sit filiusfam. an pater, pubes, an impubes, non dicitur ideò frustrà adire, *l. Qui se pupillum & l. Sed etsi h. t.* Neque enim hic error est circa jus hæredis, sed circa personam ejus qui hæres est, cui non minùs defertur hæreditas existenti pupillo aut filiofam. quam puberi, aut patrifamilias.

9 Ad aditionem immistionemve animus desideratur voluntarius. Quo modo mutus & surdus adire potest, *l. 5. hoc tit.* cum voluntatem habeat, quam sufficit quoquo modo declarari *Instit. De hared. qualit. in fin.* Furiosus non adit, quòd nulla ei sit voluntas, *l. furiosus 63. hoc tit.* qui tamen per alium adire potest, & est patri suus hæres, & domino necessarius, *d. l. furiosus.* Prodigus etsi furioso comparetur in bonis alienandis, non tamen acquirendis, *l. 6. inf. de V. O.* atque ita adire potest, *d. l. 5. in fine hoc tit.* Pupillo, qui infante est major, non quæritur per solum tutorem hæreditas, sed & ejus consensus est necessarius: quod aliter se habet in eo, qui infante est minor, cui non est consensus, *l. si infanti 18. C. De jur. deliber* *Non

10 quæritur autem hæreditas patri vel filium, aut domino per servum, nisi jussus illius præcesserit, *l. Non est dubium 15 C. d. tit.* ubi nihil proderit, conditionem institutioni adjectam à filio aut servo esse impletam; neque enim ejus implemento potest censeri adivisse aut se immiscuisse, *l 5. inf. De condit. & demonst.* cùm conditionis implementum ad hoc tantùm conducat, ut institutio sit pura. Legatum tamen purum filio relictum continuò à morte testatoris patri cedit. Ratio est, quia in hoc nullum vertitur damnum, sed merum lucrum; unde etiam dicitur donatio quædam: in hæreditate autem est onus, cui nemo invitus aut inscius debet subjici.

11 Cæterum non est ad aditionem necessaria rerũ apprehensio, cũ satis sit de mente adeuntis verbo vel facto constet. Possessio tamen corporalem apprehensionem desiderat, *l. cùm haredes 23. inf. De acquir. poss.* ante quam possessor rerum hæreditariarũ minimè censetur, *d. l. 23.* Alia enim est ratio dominii, alia possessionis; inspecto scil. jure scripto. *Nam secundùm consuetudinem ea conti-

12 nuatur ipso jure in hæredem, in Gallia, Belgio, & aliis quibusdã locis, in quibus hęres possessione induitur, etiãsi corpore res non apprehenderit, habetq; interdictũ retinendæ, nõ tantum si sit suus, verum & si extraneus. Quod ipsum non absonũ

cum,

cum possessio ista non tantùm sit facti, seu corporis, sed etiam juris, & quoad effectus plurimum ex eo mutuare soleat. Hanc rem Galli indicant his verbis, *Le mort saisit le vif*, quibus indicatur possessio a defuncto transire in vivum, id est hæredem, sive quod mortuus det possessionem vivo: omne enim jus, quod defuncto fuit circa possessionem, transit in hunc hæredem, qua de re pulchrum Commentarium scripsit Tiraq. Vid. Gudelin. *de jure noviss. lib. 2. c. 18. num. 15.* & Henr. Kinschotii *Respons.* 1.

13 Jus adeundi hæreditatem, vel se immiscendi est perpetuum, id est xxx. añis durat, *l. 7. C. de petit. hered. l. Licet 8. C. de jure deliber* nisi à judice tempus sit præscriptum, juxta dicta superiùs de jure deliberandi, vel ab ipso testatore, ne per longiorem deliberationem jaceat hæreditas, & per hoc petendi curatores bonis detur occasio, non sine

14 nota testatoris. * Vocabatur autem olim hoc spatium à testatore datum *Cretio*; dabatur enim his verbis: *Filius hæres esto cernitoque in centum dieb9 proximis quibus scieris poteritque, nisi ita creveris, exhæres esto.* Ulpian *in frag. tit. 22. §. Cretio.* Hæres adiens hæreditatem hac formula utebatur: *Cum Mævius me hæredem instituerit, eam hæreditatem adeo cernoque.* Duar. 2. *Disput. cap. 21.* Covarr. 4. *Var. Resol. c. 10.* Verum cretionum, quòd earum esset scrupulosa solemnitas, usus hodie est sublatus, *l. Cretionum 17. C. De iure de liber.*

15 Effectus aditionis est, quòd per eam acquiratur hæreditas tota, etiamsi pars tantùm sit adita: accrescit enim pars vacans, idque ne pro parte sit testatus, *l. qui ex duabus 53. h. t.* Est quippe jus hæreditatis individuum, atque ita non judicandum

16 diverso jure. * Quod etiam procedit, si in parte substitutum habeat, *l. si solus 80. in pr. h. t.* Nam ne quidem illam partem repudiat, in qua substitutum habet. Hinc in *l. Quidam 20. C. de jure deliber.* is, qui institutionem agnovit, cogitur & pu-

17 pillarem substitutionem agnoscere. * Si quis tamen expressè contestetur, se nolle alteram partem adire, non videtur tenere unius aditio, contra regulam modo dictam, per *l. ubi pugnantia 88. De R. I.* Jason. *ad d. l. 20. n. 1. Bart. in l. 1. h. t.*

18 Quod si partim purè, partim sub conditione institutus sit, an adeundo in universum hæres fiat, quæri posset? Quod affirmandum, quia pars sub conditione relicta in omnem eventum ad adeuntem devolvitur. Nam ut conditio est expleta, & venit ex defuncti voluntate: aut defecta, & venit jure accrescendi, ut frustrà exspectetur eventus conditionis, qui nihil operaturus, *l. Si quis ita 33 sup. de hered. Inst.* Nisi tamen substitutum habuerit in defectum conditionis, tunc enim ejus eventus aliquid operabitur, *l. si se solum 27. sup. d. tit. De hered. Instit.* ubi Bartolus. * Quod

19 si servus partim purè institutus, partim sub conditione, acquiret quidem domino hæreditatis partim pure relictam, alteram verò existente conditione, non aliàs, quàm si in ejus sit potestate: nam si manumissus fuerit, sibi retinebit, cui tamquam hæredi accrevit *d. l. si solus 80. §. 2. h. t.*

20 Acquisitio hæreditatis ut cōmoda ad hæredem transfert, ita & oneribus hæreditatis eum subjicit. A quibus se non liberat, postea repudiare volens; fieret enim injuria creditoribus, quibus per aditionem est jus quæsitum. Indulget tamen ætas restitutionem minoribus, uti & majoribus magna caussa, veluti si æs alienum grande latens tempore aditionis postea emergat, *§. 1. Inst. De hered. qualit.* * Est & magna caussa metus justus,

21 *l. si metus 85. h. t.* Cui non obstat *l. 5. in fine eod. tit.* ubi dicitur non valere coacta aditio; neque enim hoc tam ratione metus, quàm quia ibi erat simulata, non vera aditio. Duar. *hic c. 6.* Cujac. *ad d. Si mulier in fine sup. Quod metus caussa.*

22 Quæri hic posset, An restituto minore contra aditionem, antè gesta per alienationem aut alias maneant rata? Restitutionis in integrum propriū est, in pristinum statum reponere, ac si negotium gestum non esset ex utraque parte, *l. Quod si minor 24. §. restitut. sup. de minorib. l. un. C. de reputat. quæ fiunt in judic.* Ut videri possit ea, quæ ante gesta per minorem restitutum revocanda esse, quoad alienata legata, libertates datas; aut saltem teneri ipsum pupillum ad ipsarum pretium restituendum: ut sit integer status ei, qui bona ab intestato est possessurus, cùm ejusmodi ab intestato non debeantur. Responsum tamen in *l. Quoties 44. h. t. & l. in integrum. 22. sup. de minorib.* gesta à pupillo vel minore hærede postea restituto rata haberi, quatenus bonâ fide sunt gesta, ut res à pupillo legitimè vendita nequeat avocari per creditorem *d. l. 44.* libertates datæ maneant *d. l. 22. & l. si mulier 51. sup. de minorib.* * Quod legatorum

23 nomine expendit minor, non est ab eo refundendum, quippe tamquam ab hærede legitimè factum. A legatario tamen condictione indebiti revocat, qui ab intestato bona occupat, *l. 5. de con. indeb.* ubi dicitur non esse novum per alium solutà per alium repeti. Ratio huj9 est, quòd legatis sit potior caussa æris alieni, cùm non sint præstāda nisi deducto ære alieno. Itaq; etsi data sint ab eo, qui erat hæres, quia tēdit tamē eorū solutio in de-

detrimentum creditorum, de quo agitur hoc in loco, cùm dicatur à minore inconsulte adita hæreditas, possessor hæreditatis ea revocat. Videatur Ant. Faber. in *Rational. lib. ad d. l. 22.*

24 Hæc de modis acquirendæ hæreditatis, quæ suis hæredibus firma manet, si ei se immiscuerint; extraneis firmiter acquiritur, si eam adjecerint. Ante si vitâ decesserint, caduca olim fiebat hæreditas: quod frequens erat, quando pristino jure ex parte scriptus non posset eam adire ante apertas tabulas. Ulp. *in frag. t. 17. de caducis*, ubi omnia caduca fisco vindicantur, servato jure antiquo liberis & parentibus. Sed Antonius Imp. caduca cum suo onere fieri voluit, ut ibi restituit Cujac. Scriptus ex asse ante apertas tabulas eam acquirere poterat. Quæ distinctio obtinebat tantùm in extraneis, non etiam in suis & necessariis, *l. 3. C. de*

25 *jure deliber.** Postea Justinianus etiam clausis tabulis passus adire hæreditatem, sive quis ex parte esset scriptus hæres, sive ex asse, *l. un. § in novissimo C. de caduc. tollen.* ut ea possit transire ad hæredis hæredes, quæ alias non transmitteretur, cùm nihil juris penes hæredem fuerit ante aditionem: ut habeat locum regula, quòd nemo plus juris in alium transferre possit, quàm ipse habeat.

26 Quæ res ex novo jure triplicem patitur exceptionem. Primò, ex potentia suitatis. II. ex potentia juris sanguinis III. ex jure deliberandi. Ad transmissionem ex jure suitatis quod attinet, habet ea locum in liberis in potestate existentibus, qui finguntur eadem cum patre persona, & rerum paternarum domini, etiam eo vivo *l. In suis sup. de liber. & posth.* in quos potius dicitur continuari hæreditas paterna, quàm de novo acquiri: ipso enim jure lex filiumfam. hæredem patri facit. Unde est, quòd non possit videri non adita patris hæreditas, aut patet intestatus, cùm non sit sine hærede, cui est suus hæres, *l. cùm quasi 30. inf. de fideicom. lib.* Si itaque hæreditas est adita, quidni transmittatur à filio moriente ad hæredes, sive ab intestato, sive ex testamento? cum videatur legi se conformasse, nisi de contraria voluntate pateat.

27 In emancipato non habet locum hæc transmissio: præsupponit enim suitas potestatem, quàm removet emancipatio, ut sublatâ caussâ transmissionis cesset ejus effectus. Nec est, quòd quis obtrudat inter suos & emancipatos sublatam esse differentiam; nam quomodo hoc procedat, patet ex dictis suprà *ad t. de lib. & post. haered. inst.* Gomez. 1. *Var. c. 9 n. 24.* ex eadem ratione non obtinet hæc transmissio in successione materna.

28 Quæritur hic, An transmissioni huic obiecem ponat abstentio à Prætore concessa? Dicendum est minimè ponere, quòd caussa ejus concessa non sit alia, quam ut tolleretur necessitas per quam filius cogebatur suscipere paternam hæreditatem, ejusque onera subire. Unde non debet operari remotionem suitatis, ne inventa in compendium, operentur dispendium. Facit pro hac parte textus in *l. Si filius 12. sup. de vulg. & pupil.* ubi ait J. C. *etenim jus dicenti propositum est liberos oneribus hæreditariis non sponte susceptis liberare, non invitos ab hæreditate removere.* Expressus pro ea parte est textus in *l. 1. §. qui sunt mf. Si quis omissa causs. test.* ubi nihil facit abstinendi licentia, quò minus liberi statim sint hæredes, Gomez *d. c. 9. n. 2. 3.* Dicitur, licentia; nam si de facto suus se abstinuerit, nihil est, quod transmittat, qui omni jure, quod habuit, se abdicavit.

29 Transmissio ex jure sanguinis habet locum in liberis, sive masculis sive fœminis, sive suis sive non suis, nam & hi de sanguine sunt, *l. unica Cod. De his qui ante apertas tabb.* ubi non distinguitur, an, qui ante aditionem est mortuus, sciverit se vocatum, an ignoraverit, modò hæreditatem non repudiaverit, *d. l. unica*; quia repudiatio liberos removeret. Voluit enim Imp. consulere descendentibus, ut haberent aliquod suæ tristitiæ solatium. Quomodo & noluit obesse, si fortè extranea persona simul cum liberis scripta fuerit: nec obstare etiam aliquem temporis cursum.

30 * Quod non tantùm obtinet in hæreditate necdum adita, verùm & in legatis ac fideicommissis, ut ea etiam transeant in liberos liberorum, quibus sunt relicta, sive habeant in potestate, sive non: nam favore liberorum, quibus legatum vel fideicommissum, Theodosius *in d. l. un.* derogavit legi Papiæ, ut iis mortuis, quibus relicta, ante apertas tabulas transeant ad liberos eorum.

31 Transmissio ex jure deliberandi locum habet in hæredibus decedentibus deliberationis tempore, cujus quod reliquum est transmittitur ad hæredem, qua de re actum suprà *tit. de jure deliber.* Inter has tres species transmissionis differentia est: nam ex jure suitatis tantum obtinet in liberis suis: ex jure sanguinis etiam in liberis non suis, ex jure deliberandi etiam in extraneis.

32 Ubi quæritur, An transmissionem impediat substitutio vulgaris? Dicendum, non impedire, saltem eam, quæ est ex jure deliberandi, & jure sanguinis. De illa patet, quia non antè est locus substitutioni, quàm planè vacet pars: non autem planè vacat ante lapsum deliberandi temp', intra

quod hæres hæredis adeundo, quasi adita esset hæreditas ab hærede, excludit substitutum. De hac patet ex *d. l. unica*, quæ negat fortuitas ob caussas, vel casus humanos, privari avita vel privata successione decedentes. Patet etiam ex *l. unica § 3. C. de cad. tollen.* ubi dicitur non aditam hæreditatem non transmitti, nisi exceptis dictis personis, de quibus *l. un. Cod. de his qui ante apertas tabb. &c* post quas veniant substitutus, & alii ab intestato venientes, & demum fiscus. Ubi non rectè ordinem servaret Imp. nisi vellet substitutus potiores esse descendentes. Quæ res est sine magna controversia: est enim istorum locorum intentio, ut per sequentes aut descendentes adita hæreditas videatur adita per ipsum defunctum; ut sicut ipse exclusisset substitutum vel cohæredem, ita & descendentes ejus adeundo eos excludant. Facit *l. cùm antiquiorib. 19. Cod. de jure delib.* quæ demùm excludit hæredem defuncti, lapso tempore deliberationi præstituto, datque locum aliis; ut antè hæredi jus fuerit. Facit &, quòd secundum regulam simpliciter & in distinctè posita taliter sint intelligenda. Non rectè subintelleceris, *nisi vel subjectus substit. vel cohæres sit adjectus*, quia est adjectio ad textum minimè toleranda. Bart. *n. l. 1. n. 20. sup. de vulg. & pupil. substit.* Gomez. *1. cap. 2. n. 25.* Politus *in Tract. De vulgari n. 81. vers. 44. fol. 42.*

33 Major controversia est, An vulgariter substitutus tollat suitatis effectum, & proinde ex jure ejus promanantem transmissionem excludat? Non est improbabilis affirmantium opinio, quasi videatur substituens velle, ut agnoscat à filio hæreditas, & in ejus defectū veniat substitutus, propterea quòd aliàs videretur frustranea substitutio, cujus conditio numquam posset evenire, cum filius ipso jure sine immistione sit hæres, *§. sui autem inst. de hæred. qualit.* atque ita semper deficeret substitutionis conditio. Quomodo Goveanus *de substitutionib. in princ. n. 41.* existentiam sui hæredis, sive nudum nomen sui hæredis negat impedire substitutum vulgarem, eo quòd non tantùm de jure testator voluerit sibi esse hæredem, verùm etiam de facto. Ita Bart. & alii in *l. Si filius hæres 16. sup. de lib. & post hæred. instit.* Gomez. *1. Var. cap. 9 n 34.* Fachin. *lib. 4. Contr. cap. 17.* Pro contraria tamen parte quæ penitùs inspecta apparet probabilior, citat & suos auctores, sequiturque per plurima argumenta Vasq. *de succ. & tomo 3. § 21. n. 186.* quam & probat Cujac. *ad l. 5. §. quarta sup. De inoff. test.* item *lib. 4. ad African. ad l. si filium, & 3. Obs. c. 11.* Quæ opinio non tantùm procedit quoad legitimam, quæ est extra gravamen, *l. Quoniam 32. C. de inoffic. testam* verum etiam quoad alia bona. Pro qua parte facit quod ut suprà dixi, per substitutum vulgarem non impediatur effectus transmissionis ex jure sanguinis, & ex jure deliberandi: ut idem dicendum sit de suitate, quæ illis est potentior, cum ipso jure hæredes faciat suos. Facit *l. si filius 80 h. t.* ubi hæres institutus, & ex parte habens substitutum, adiens unam partem, habeat hæres ex tota hæreditate. Nihil faciente eo, quòd habeat substitutum ex parte; nam si substitutus in parte non facit pro parte omitti posse, ita nec faciet substitutio hæc, quo minus hæres ipso jure, maneat hæres, & transmittat Jus suum. Facit, quòd conditio quæ subest substitutioni, scilicet, *si hæres non erit*, intelligatur, si hæres ipse non erit, aut non fecerit alium hæredem per transmissionem, secundùm *l. unic. §. cum autem C. de cad. tollen.* ubi transmissio in quibusdam personis est potior substituto, & huic demum locus est, quando transmissio cessat. * Nec potest videri inutilis illa substitutio, cum sit facta in casum, quo filius vocatus se abstinet. Non potest autem dici se abstinere ex eo solo, quòd moriatur, non agnitâ patris hæreditate, modò relinquat suum hæredem, ad quem jus ejus transit, secundùm *l. un Cod. de his qui ante apert. tab. hær. transf* quæ demum admittit substitutum, si transmissio non habeat effectum, atque ita non obstat, quòd dictum suprà de vulgari substitutione, existentiam sui hæredis, ut loquuntur, sive nudum nomen sui hæredis non impedire vulgarem substitutum: erit enim ei locus, si declaraverit se deserere paternam hæreditatem, non etiam si citra abstentionem decedat, relicto suo hærede, cui integrum est avitam hæreditatem agnoscere ei, se immiscendo, secundum juris dispositionem, quæ facit videri eam agnitam à patre. Et ita contra Bart. tenet Ant. Faber. *De erroribus Pragmatic. decade 32. cap. 6.* 34

35 Quæri etiam hic solet, An conditio, *si voluerit*, adjecta suo hæredi, tollat suitati effectum, & impediat transmissionem? Videtur non impedire, ne quod in filii commodum adjectum est, operetur ejus dispendium. Facit, quòd expressio conditionis, quæ inest à lege, nihil operetur, *l. 3. inf. de legatis 1 l. Non recte 2. Cod. de fidejussoribus.* Et ita responsum in *l. Verba hæc 12. sup. De condition. instit.* hujusmodi conditionem hæredi voluntario additam nihil operari, quia nemo fit hæres nisi volens, hoc autem in casu additur voluntario, cum necessitas in suis sublata, per Prætorem,

con-

concessa abstentione. Faciunt præterea dicta superius, per substitutionem vulgarem non tolli suitatem, nec impediri transmissionem ex virtute suitatis. Quæ opinio ut sit probabilis & eam teneat Vasq. *d.§.21.n 209.* post Bald. Angel. & Alber *ad l. Cornelius 69. sup. de hæred. institut.* urget tamen in contrariam partem *l. 4. in fine l. 5. in pr d. l. Cornel. in fine l. Iam dubitari 86. sup. de hæred. instit.* ubi non inutiliter hujusmodi conditio adjicitur necessariis, &, si non paruerit filius conditioni, quæ facilis est, qualis est hæc, *si voluerit*, habetur pro exhæredato. Ut non sit necesse sub contraria conditione eum exhæredare, ut proinde admittatur substitutus, nec possit habere locum transmissio. Et videtur hæc posterior pars verior, quam multis probat Gomez. *1. Var. c. 9. n. 2. Faber. d. c. 6 & decade 31. cap. 8.* ubi tradit suum hæredem scriptum sub conditione, quæ ejus est in potestate, fieri voluntarium, & non implentem haberi alienum ab hæreditate, secundum *d. l. 86. in fine.*

36 Quæsitum & illud, An tollatur suitas datione cohæredis? Cum adjectio cohæredis sit infirmior substitutione, quæ venit ex verbis testatoris, illa autem ex tacita & subintellecta mente per legem, consequitur non debere illi attribui: quod substitutioni est negatum, uti jam dictum. Pro quò facit *l. 3. C de jure delib* ubi nepos sive ex asse, sive ex parte hæres institutus, nihilominus statim est suus hæres Vasq. *d. §. 21. n. 86.*

37 Dubitari quoque contingit, An transmissio ex jure sanguinis fiat ad eum, qui necdum natus aut conceptus tempore mortis ejus, de cujus agitur hæreditate? Quod rectè dicitur, cum sit de sanguine. Nec obstat, quòd necdum conceptus non possit dici avo cognatus, qui eo vivo non fuit animal, *l. Quidam §. proximior inf. Unde cognati* ut possit videri illi non succedere, hoc enim verum est, si ex sua persona daretur successio: nostro autem in casu agitur de jure patris per cujus personam rectè fit transmissio, & cujus jus rectè sibi adrogat nepos per repræsentationem. Gomez *d. loco n. 44.*

38 Hæc ita de hæreditate, quæ non adita non transmittitur. Quod attinet ad legata & fideicommissa, certum est de ea cedere legatariis & fideicommissariis, saltem particularibus, à morte testatoris, *l. un. §. in noviss. C. de cad. tollen.* ut tum temporis quæratur iis jus in rem, uti dicetur *ad Tit. Quando dies legat. eod.* Unde consequitur, iis præmortuis ad hæredes eorum ea transmitti.

39 Quantum ad universale fideicommissum, res est controversa; & placet aliquibus negativa, ex eo, quòd hæreditas non adita non transmittatur, *l. 1. C. de jure deliber.* simile autem hæreditati sit fideicommissum universale, *l. si filius §. 1. sup. Quod cum eo qui in al. potest.* Quam sententiam amplectitur Azo *in summa C. Ad S C Trebell n. 1.* Verum contraria, quæ & vera est, scilicet transmitti ad hæredem, præ mortuo fideicommissario, nixa est expresso textu in *l. 3. C. de fideicom.* & communiter recepta, ut videre est apud Covarr. *in c. Raynaldus § 2. n. 3. de testam.* Facit eodem *Postulante 44. in pr. inf. Ad S. C. Trebell.* Ratio est, quòd quasi tum sit jus fideicomissario viventi, & quidem firmatum. Castr. *ad d. l. 3 n. 3* jus autem acquisitum est transmissibile. Quomodo in *l. Quidam ita 15. in pr. inf. ad S. C. Trebel.* distinguitur, an fideicommissarius decesserit post diem cessũ, an antè; ut illo casu transmittat, non etiam hoc.

40 * Nihil obstat, quòd hæreditas non adita nõ transmittatur nam hoc ideo, quia ante aditionẽ nihil est juris quæsitum hæredi: quod autem necdum quæsitum transmitti non potest. Quæ opinio ut sit vera & communis, multum tamen ei obstare videtur *l. mulier 50. § ex asse sup. de jur. dot.* ubi fideicommissum mulieri relictum non rectè ab ea ceditur marito, eo quòd actio fideicommissi personæ cohæreat fideicomissarii, ut videatur transmitti non posse. Quò facit *l. ex plur. 42. sup. de adminis. tutor.* ubi dicitur non rectè cedi quod hæredi non datur.

41 * Verùm dicendum *d. l.* nihil aliud velle, quàm id, quod transmitti non potest, cedi non posse, non è contrà, cùm transmissio sit potentior cessione, nec in transmissione sit idem vitium, faciatque fideicommissum in persona fideicommissarii habere locum, cùm hæres sit eadem cum eo persona, non etiam cessionarius cum cedente, ut actio ei non rectè cedatur, quia in aliũ, quam cui relictum fideicommissum, actio transferretur. Et sic non obstat *d. § ex asse.* Jas. *ad d. l. 3. C. De fideicom.* Gomez *1. Var. c. 5. n. 9.* qui volunt etiam ante aditam hæreditatem transmitti jus fideicomissi; ex ratione, quòd post mortem testatoris quæratur fideicomissario jus formatũ & in esse productum.

42 * Probatur hoc ex eo, quòd etiã ante aditã hæreditatem sit fideicomissario jus cogẽdi hæredẽ adire & restituere, *l. nã quod 14. & 15. inf. ad S. C. Trebell.* est autẽ hoc jus transmissibile.

43 Hinc dependet alterius quæstionis resolutio, An fideicommissum, quod ex directa institutione codicillis facta venit præstandum, transmittatur? Nam licet hoc neget Bart. *in l. 1 n. 5. de jure codicillor. & cons. 12* aliique eum sequantur, verius tamen est transmitti, per *l. 2. § fin. inf. d. tit.* ubi

 hæredi-

hæreditas inutiliter testamento data, dicitur ut talis non confirmari codicillis, sed ut fideicommissum peti posse. Unde etiam ut tale transmittetur, quòd ponat jam jus formatum. Quo facit textus in *l. Quærebatur 9. in pr. inf. de testam. milit.* quæ dicit tale testamentum isto casu transfundi in caussam fideicommissi, & codicillorum: ut non debeat attendi natura transfusi, sed ejus tantùm, in quod transfusio facta, *l. Aliam 29. inf. de novationib.*

44 Hactenus de priori Rubricæ parte, quæ est de acquirenda hæreditate: posterior pars est de omittenda sive amittenda, idque vel abstinendo, quod est suorum, vel repudiando, quod est extraneorum, *l. Is qui 13. §. 1. & l. In repudianda h. t.* quæ loca dicunt debere hæredem esse certum de jure suo hoc in casu, cum eadem debeat esse contrariorum ratio. Ut autem verbo vel facto acquiritur hæreditas, ita & contrariâ destinatione statim ab hæreditate hæres repellitur, *§. fin. Inst. de hæred. qualit. & differ.*

45 Repudiat vel abstinet quilibet sui juris: non tamen pupillus sine tutore, ne sibi damnum det, *l. Si ad pupillum 11. sup. de auctor. tutor.* licet possit impedire aditionem, non parendo conditioni, sub qua est relicta hæreditas, & qua non impleta minimè acquiritur. Possumus enim quædam omittendo, quæ non possumus remittendo, præcipuè quando agitur de mero facto, ad quod nemo præcisè cogitur: quo modo & servus potest nolle adire. Tutor solus hæreditatem pupillo relictam non repudiat, *l. Tutor. de bon. possess.* Consentiente pupillo repudiat, aut potius tutoris auctoritate repudiat pupillus, *d. l. 11. §. 1. l. Tutor. inf. de success. edicto*: qui si malè auctoritatem præstiterit, tenebitur actione tutelæ, *d. l. 11.*

46 Quæritur de Prælato, An repudiet hæreditatem sibi delatam? Dicendum, cum non tantùm repudiare relictam sibi suo nomine, sed etiam respectu Ecclesiæ, nullâ adhibita solemnitate, quam alienatio & species ei similes desiderant, ut traditur 3. *De reb. Eccles. non alien.* cùm repudiare non sit alienare, & repudians non tam damno afficiatur, quàm lucrum non capiat, ex ratione *l. qui autem inf. Quæ in fraud. credit. & l. si sponsus in fine sup. de donat. inter vir. & uxor.* Videtur tamen Prælatus in casu posteriori, ad instar tutoris, si temere repudiavit, teneri Ecclesiæ ad refusionem damni ex propriis bonis, eo quòd ex officio, & consequenter ex lege justitiæ, teneatur benè administrare. Dico, posteriori, quia priori casu non agitur res Ecclesiæ, sed tantùm Prælati, qui sibi præjudicare potest. Videatur Baldus *in l. 5. C. de repud. hæred.* Jas. *in l. Legatum n. 13. & seq. inf. de leg. 1.* Peckius *in c. quod ob gratiam 61. n. ult. de R. I. in 6.*

47 Servum posse nolle adire, rescriptum est in *l. 3. versic. potest. enim C. hæred. b. instit.* atque ita dominus non fiet hæres. Quomodo in *l. 6. § fin. alias l. 7. h. t.* coactus metu verborum, vel potius verberum, ut ibi legit Cujac. vel alio timore dominum non facit hæredem. Cui non obstat, quòd servus velle & nolle non habeat; hoc enim verum est quoad ea, quæ ad juris effectum sunt comparata, non item quoad ea, quæ in faciendo consistunt, cujus ordinis est aditio, & ad naturalem libertatem spectat quæ non est sublata in servis.

48 Idem in filiosfam. obtinuisse volunt jure Digestorum. Codicis vero jure certum est, filio repudiante hæreditatem, sive adventitiam sive profectitiam, patrem posse adire, seque implicare negotiis hæreditariis, nihil juris filio habente, sed omni ejus commodo & incommodo ad patrem translato, & è contra posse filium, nolente patre,

49 adeundo relictam sibi hæreditatem quærere, *l. fin. in pr. C. de bonis quæ liber.* Quo casu, si pater, quo invito fili' duxit, agnoscendam esse hæreditatem sibi relictam, recusaverit gubernare res filii, judex competens filio petenti dabit curatorem, *d. l. fin. §. 1.* Si pater recusaverit, filio invito aut inscio, aut eo adhuc infante, liberum erit sui juris facto, aut tutoribus ejus restitutionem petere contra paternam repudiationem, *d. l. fin. in fine.* Contra quam tamen iteratò restitutionem petens filius non auditur, ne videatur temerè irritasse judicium patris, *d. l. fin. in fine.*

50 Quæri hic posset, An repudiante filio, cui aliquis est substitutus, liceat patri adire remoto substituto? quod videtur dicendum, cum conditio, *si hæres non erit*, quam comprehendit substitutio, intelligatur, si hæres non erit, vel alium hæredem non fecerit: uti hoc in casu facit patrem adeuntem ex legis permissu, quæ non vult præjudicium fieri patri per filium, fieret autem, si substitutus non excluderetur. Quo facit, quòd habet *d. l. fin § similique modo* perinde esse, ac si pater ab initio esset substitutus. Bart. *ad d. l. fin. n. 2. & ad l. 1. n. 22. sup. De vulg. & pupill. substitut.* Duarenus *de substit. cap. 0.*

51 De Monacho, cui delata hæreditas, etiam dubitatur an ab eo repudiatam adire Monasterio liceat? Videri posset, non licere, *arg. d. l. 3.* quòd aditio sit facti, & facienda per personam vocatã: non est autem vocatum Monasteriũ. Contrà tamẽ rectè quis dixerit, licere Monasterio agnoscere hæ-

te hæreditatem; quam sententiam asserit Covar. *in c.* 1. *n.* 18. *& De testam.* quod juxta *c. si religiosus De elect. in* 6. velle aut nolle Religiosus non habeat. Quæ tamen ratio non admodum urget, cum & servus velle & nolle non habeat, quo tamen nolente adire non acquiritur domino hæreditas. * Unde dicendum, Religiosum hac in parte potius comparari filio, uti & in plerisque aliis, quam servo, Bart. *ad l.* 1. *n.* 21. *sup. de vulg. substit.* Maranta *in repet. l. Is potest n.* 130. *h. t.* quod subjectio monachalis magis sit filialis, quam servilis; aut in genere filio vel servo comparari, quatenus utilius est Monasterio. Vasq. *De success. tomo* 1. §. 21. *n.* 249. *& seq.* Vide Politum *tract. De vulgari n.* 54. *& seq.* Fabrum *Decade* 26. *Errore* 7. Fachin. 6. *contr. c.* 16. 17. *&* 18.

52

Cæterum privatus possessione bonorum per lapsum præstituti temporis, minime dicendus privatus remedio juris civilis, *l. Suum* 13. *C. de jure deliber.* cum sint diversa remedia, quorum si unũ cesset, aliud nihilominus competet, si nihil obstet. Sic & expressa renuntiatio successionis prætoriæ non inducet renuntiationem juris civilis, cum is, cui sunt plures viæ, unã repudiatã, alteram nihilominus salvam habeat, *l. Nec is* 17. *h. tit.* nisi fortè subjecta repudiatio generalis spectans ad utramq; successionem aliud post ulet. * Quo modo & simpliciter renuncians successioni, utrâq; privatus dicendus, per *l.* 3. *C. De contrat.* ubi ex testamento omittens dicitur, utrâq; privatus, *Gl. in l.* §. 1. *sed videndum inf. de success. edicto*: indefinita enim oratio æquipollet universali, *arg. l. Si sine* §. *qui interrogatus sup. de interrog. in jure facien.*

53

54

Scriptus autem hæres, cui ab intestato licet adire, repudiando ab intestato, censetur & se privasse ex testamento per *d. l.* 17. §. *fin. & l. illud* 77. *h. t.* nam in omni actu censetur habita ratio ordinis. Unde cum prior sit caussa testamenti, posterior intestati, hanc repudians censetur illam prius repudiasse. Si tamen sciverit ex testamento delatam sibi hæreditatem; nam ignorans non posset videri eam repudiasse: imo neutram; non testamentariam, quia ignorat sibi debitam; non legitimam, quia necdum erat delata, ob necdum exclusam testamentariam, *d. l.* 17. §. 1. *in fine*, antea enim non est locus legitimæ; nondum autem delata repudiari nequit, *l. Is qui* 13. *h. t.* * E contrà testamenti caussam repudians non censetur repudiasse caussam intestati, quia posterior est, *d. l.* 1. §. 1. quoties enim duplici jure defertur successio, repudiato novo jure, quod antè defertur, superest

55

56

vetus, *l. Quoties* 91. *inf. De R. I.* ubi Decius, Donel 7. *Comment. c.* 7.

57

Non potest etiam ex diversis partibus scriptus unam adire, & alteram repudiare; agnitâ enim parte, tota hæreditas agnita aditaque videtur, *l. Si tamen* 76. *h. t.* cum non sit scienda voluntas, *l. Quidam* 20. *C. De jure deliber.* Aliud juris est in repudiatione unius partis, quæ non facit alteram repudiatam videri, Gloss. Bart. Jason. *ad l.* 2. *h. tit.* Ratio est, quòd aditio hæreditatis aliquid ponat, cum sit habitus, qui recipit incrementum; repudiatio verò sit privatio, quæ nihil ponit, & sic incrementum non habet, cum non-entis nulla fiunt accidentia. Præterea illa favorabilis est, atque ita adjuvanda, non etiam hæc.

58

Quòd si vocatus quis fuerit in trientem & quadrantem, dato cohærede in reliquam partem, aditâ hæreditate pro triente, cedet eidem & totus quadrans, non etiam dividetur cum hærede. Nihil facit, quod tertii deficientis pars utrique accrescat; neque enim hoc obtinet nostro in casu, quod diversæ partes uni in testamento relictæ habentur pro una, *l. Si solus* 80. §. 1. *h. t.* ut unâ agnitâ non possit videri altera repudiata.

59

Ex re singulari institutus reliquam hæreditatem rectè repudiat, per *l.* 4. *&* 6. *inf. De leg.* 2. ubi non cogitur legatarius onus aliquod agnoscere, & ex pluribus legatis relictis unum tantum acceptare potest. Quod ipsum nihil spectat ad caussam hæreditatis, cum legata repudiata cedant hæredi, & vocatus ex re singulari sit loco legatarii, quatenus tamen habet cohæredem universalem, quia alias erit loco hæredis, *l.* 1. §. *si ex fundo sup. de hered. inst.* Atque ita agnitâ re certa, ex qua institutus, reliqua hæreditas ei accrescit.

60

Quæritur, An censeatur impedita abstentio per hoc, quòd quis possidet rem hæreditatis? Dicendum, suum hæredem, quem constat antè se abstinuisse, per hoc, quòd possideat rem hæreditariam bonâ fide, non censeri revocasse abstentionem *l.* 1. *&* 2. *Cod. De repud. hered. l. Si servum* 71. §. *Si quis suus h. t.* Dico, bonâ fide; nam malâ fide possidentem nõ juvabit præcedens abstentio, quò minus habeatur pro hærede, & respondere creditoribus hæreditariis teneatur. Ratio est, quia mala fides facit præsumi simulatam esse abstentionem. * Quo modo amovens aliquid ex hæreditate non habet abstinendi beneficium, *d.* §. *Si quis suus.* Et hoc, si antè amoverit, quam abstineret; nam si postquã abstinuit, amovet, furti poti, creditoribus tenetur, ex Sabini sententia, *d. l.* 71.

§. *fin.*

62 § 10. Quod ita procedit in suo hærede. * Aliter se res habet in extraneo, *l. Si si quis* 21. *in princ. h.t.* Ratio discriminis est, quia beneficium abstinendi, est concessum suis à Prætore contra jus commune, quod proinde facilè amittitur. Extraneo verò de jure communi repudiandi est licentia, quæ proinde non tam facilè evertitur.

63 Controversa est quæstio, An quis possit, legitimâ perceptâ, reliquam hæreditatem omittere? Verior est negantium opinio, quòd nemo hæreditatem scindere possit, eamque pro parte amplecti, & pro parte repudiare, *per l.* 1. *&* 2. *hoc tit.* Ut frustra tentaturus sit filius legitimam retinere, hæreditate repudiatâ, quia pars hæreditatis est legitima, secundùm jus & vetus & novum. Prius patet, quia & olim liberi erant instituendi aut exhæredandi, ad valorem testamenti, *l. Inter cætera* 30. *sup. De liber. & posthum. hæred. instit.* Alio quàm institutionis titulo relictum non excludebat ab hæreditate, nisi fortè exhæredatos, quibus denegabatur querela, si alio quolibet titulo haberent sibi quid relictum, *Instit. De inoff. testam. in fine*, eo quòd non possent videri injuriâ affecti, quibus pater aliquid reliquisset. Posterius patet ex *Nov. Ut cum de appellationibus* 115. §. *aliud quoque*, quæ vult liberos aut institui hæredes aut exhæredari ex caussa testamento adscripta & probata; neutiquam autem sufficere ad exclusionem querelæ, quid relinquere alio titulo, quàm institutionis. Non obstat, quòd ante deducatur æs alienum, & funeris impensa, quàm habeatur ratio legitimæ, *l.* 8. §. *quarta* 9. *sup. De inoff. test.* ut ita videatur deduci ex bonis, quæ supersunt deducto ære alieno, & proinde posset videri non esse quarta hæreditatis: nam ea deductio eo nomine fit, quòd legitima cedat æri alieno & funeris impensis, quæ ponunt verum debitum, legitima verò quasi debitum. Unde ante illorum deductionem frustra haberetur ratio legitimæ, cùm possit tota hæreditas legatis absumi, aut potissima ejus pars. Ut nihil faciat argumentum, quòd hæreditas, ut talis contineat onera, legitima autem veniat deductis oneribus: nam non necessariò onera continet, sed per accidens ea sunt, cum possit hæreditas esse sine oneribus, quam nemo sanus dixerit ideo non esse hæreditatem, quæ definitur à J. C. *in l. Hæreditas* 26. *inf. De R. I.* esse successio in universum jus, quod habuit defunctus; potest enim jus illud esse sine oneribus. Deinde legata non detrahuntur, nisi deducto ære alieno, & tamen dicuntur deliberatio hæreditatis, *l. Legatum* 116.

64 *inf. De leg.* 1. * Nihil facit *l.* 6. *C. De inoff. testam.* ubi vocatur quarta bonorum; nam bonorum appellatio hac in materia etiam hæreditatem continet: & veteres promiscuè bonorum possessionem & hæreditatis possessionem dixerunt. Cuj. *in Recitat. ad l.* 23. *inf. De bon. poss. per text. ibi d. l. Nam quod* 1. *in fine cum duab. seq. inf. Ad S. C. Trebell.* Nihil etiam movet, quòd à legitima omne onus abesse debeat, ut non videatur legitimam petens debere sentire onus hæreditatis: nam hoc verum est, quantum ad onus, quod non fert rei natura, de quo in *l. Quoniam* 32. *C. De inoff. testa.* hoc autem in casu natura rei onus fert, secundùm prædicta. * Non obstat denique *l.* 3.

65 *Cod. De impub. & al substit.* nam quod ibi dicitur filius omittens hæreditatem ex testamento facere locum substituto, salvis nihilominus actionib. competentibus ad ea, quæ à matre debebantur, non est trahendum ad legitimam, quâ se privavit renuntiando, sed ad aliud debitum. Castr. *ad d. l.* 3. *n.* 3. Vasq. *De success. tomo* 1. §. *requisito* 42. *n.* 231. *ubi citat auctores in utramque partem*, Covarr *ad c. Raynutius* §. 11. *in fine* ※ *De testam.* Fachin. 4. *contr. cap.* 65. *& l.* 6. *c.* 75.

66 Controvertitur etiam, an quis possit retinere feudum, repudiatâ hæreditate proximi possessoris defuncti? Distinguitur inter filium & agnatum; 2. *Feudor. t.* 45. *&* 51. §. *filius.* scilicet quod agnatus, repudiatâ hæreditate, feudum retineat, filius verò aut utrumque suscipere debeat, aut utroque carere. Super diversitatis ratione disputatur, quam quidam in eo ponunt, quòd filius videatur patri hæres non etiam agnatus. Quæ ratio non est sufficiens, cum non magis ille quàm hic quoad feudum intelligatur hæres, quod acceptum ferendum primo acquirenti, non etiam postremo possessori. Accomodatior videtur ratio, quam tradit Hotom. *tract. De feud. cap.* 19. scil. quòd filius beneficio patris proximi possessoris, si non principaliter, saltem secundariò feudum adipiscatur, quatenus ab eo accipit, ut familiæ agnosceretur. Ut non sit æquum, eum, per quem beneficio affectus est, lædat, deferendo ejus hæreditatem, & permittendo bona distrahi per creditores, non citra ejus ignominiam, *l.* 6 *sup. De interrog. action.* Quæ ratio in agnato non obtinet, quippe qui nec esse accepit à defuncto, nec ut ab eo descendens feudum agnoscit: ita ut nihil obstet, quò minùs separet feudum ab ejus hæreditate, cum qua numquam fuit conjunctum.

67 Quæ opinio ita procedit in feudo antiquo, quod vocant de pacto & providentia, non etiam in novo, quod neutiquâ agnoscitur, sive a filio sive ab agna-

agnato, repudiata hæreditate, cum sit acquisitum à defuncto. Non videtur etiam procedere in feudo antiquo, quod hæreditarium vocant, cui adest qualitas hæreditaria, quale est, quod alicui pro se & hæredibus quibuscumque concessum est, & est pars hæreditatis defuncti, cui succeditur, non etiam primo acquirenti. Covar. 2. *Var. Resol. c.* 18. *n.* 4. Gail. 2. *Obs. c.* 154. *n.* 18.

68 Effectus repudiationis est, quòd onera hæreditaria repudiantem vel abstinentem non teneant, *l.* 1. *Cod. De repud. hær.* cum eum commoda non sequantur, & fiat planè alienus ab hæreditate non admissâ pœnitentia, *l.* 4. *C. d. t.* nam continuò fit locus substituto vel cohæredi, vel proximo ab intestato. Exceptionem ponit ætas, quæ dat læso restitutionem *d. l.* 4. *& §. in extraneis Inst. de hæred.*

69 *qualit. & differ.* * Est & exceptio in suo non tantùm minore, sed & majore, qui olim admittebatur, donec res esset integra, *l. si quis, sup. De jure delib.* Si integra non esset, continuò excludebatur, cessante restitutione, *l. Quod si minor.* 24. *§. Scævola sup. De minor.* Hodie donec res paternæ in eodē statu permanent, datur trieñium ad revocandam abstentionem; quod incipit currere post quadriennium, quod loco utilis anni datur minoribus. Ubi major factus repudians non admittitur, si res non sit integra propter factam alienationem, nisi eo tempore quo minor fuit, alienatio sit facta; est enim ei salva restitutio, *l. fin. C. d. t.* Quia autem hoc ita concessum ratione suitatis, patet non obtinere in hæreditatis maternæ repudiatione, in qua tamen ita idem ex benignitate admittendum, saltem usque ad annum, *l. 6. in fine inf. Ad S. C. Trebell.* quæ facit & ad emancipatos idem

70 trahi. * Quod autem abstentio potius revocari possit quàm immistio facta per liberos, est, quia post abstentionem durant reliquiæ suitatis; unde dicitur non esse sine hærede, qui habet suum hæredem, licet abstinentem. Quæ ratio in immistione est inutilis, cum ei, qui se immiscuit, nihil sit, quod suffragetur ad abstentionem.

TITVLVS III.

Quemadmodum testamenta aperiantur, inspiciantur, & describantur.

SVMMARIVM.

1. *Apertio tabularum cur necessaria, & ad quos spectet.*
2. *Apertis tabulis inspectio earum quibus detur.*
3. *Tabula per quem & coram quibus aperiri debeant.*
4. *Testibus mortuis tempore apertura, testamentum nihilominus subsistit.*
5. *Testamentum nuncupatiuum morte testis unius deficit.*

Ante apertas tabulas olim extraneis non erat jus adeundæ hæreditatis, nisi scriptis ex asse. Hodie etiam clausis tabulis ex parte scripti id juris habent continuo à morte testatoris, *l. unica §. in novissimo C. De cad. tollen.* * Est tamen necessa-1 rium, ut exitum suum testamenta sortiantur, & ut controversiarum, quæ super iis oriuntur, habeatur finis, aperiantur, eaque inspiciendi & describendi copia detur. Apertio propriè & potissimè ad hæredem spectat, a cujus voluntate tota dependet testamenti caussa. Ad legatarium non ita spectat, cùm destituto testamento ex eo nihil debeatur, nisi quod per clausulā codicillarem ab intestato relictum patet, *arg. l. fin. C. h. t.* Fideicommissario universali petitio aperiendi testamenti est permissa, ut hæres aditam hæreditatem ex Trebelliano restituere cogatur, *Inst. De fideicom. hæred.* qua de re infrà *t. Ad S. C. Trebell.*

Post apertas tabulas inspectionem & descriptio-2 nem quilibet rectè desiderat, qui sua interesse dicit, *l.* 1. *h. t.* præstito tamen juramento de calumnia, *l.* 3. *C. h. t.* Interest autem hæredis, non quovis modo aperiri tabulas, sed per Magistratū, ut fides earum confirmetur, si quando opus contra legitimos hæredes controversiam moventes. * Com-3 petens judex hic est Magistratus, qui tabulas aperiet, secundum loci mores citatis iis, quorum interesse potest; vel specialiter, si sint noti, vel generaliter publico edicto evocatis, ad locum, ubi apertura desideratur. Quò etiam vocandi testes, ut sua recognoscant sigilla; quæ si sua esse negēt, vel etiam unus eorum, redduntur tabulæ suspectæ, *l.* 1. *§. fin. h. t.* Si absint, non cogentur comparere, sed mittetur ad eos, ut recognoscant, *l.* 7. *h. t.* Si omnes nō compareant, sufficiet majorem eorum partē adesse, *l.* 6. *h. t.* Imò etiā nullo comparente, si urgeat necessitas, tabulæ aperiuntur & recitantur coram viris honestis, *d. l.* 7. *& l.* 2. *C. h. t.* Postea iterum obsignantur & mittūtur ad testes, ad inspicienda sua signa. Quia autem intercidere testamenū potest, tutius est, ut actis insinuetur: facit enim insinuatio publicam fidem, etiam sine testibus, *l. In donationib.* 31. *C. De donat.* Judicabit au-

autem Judex de valore testamenti, non secundum mores loci, ubi aperitur, sed ejus, ubi factum, cujus requisita adesse sufficit, uti dictum suprà de testamentis.

4 Quid si testes sint mortui tempore aperturæ? Videtur nihilominus testamentum subsistere, quia durius foret, unius mortalitate illud concidere, atque ita inventa ad sustinendum voluntatem operari ejus contrarium. Facit, quòd subsignationes, sigilla scriptura, etiam post mortem probent. Vigl. *Inst. de testam. §. sed cum aliquis n.* 8. *& seq.* Duaren. *hic cap.* 4. quorum opinio certiùs procedet, si manu publicâ testamentum scriptum fuerit. Castren. *ad l.* 2. *n.* 3. *Cod. de testam.* Jason. *ad l.* 7. *n.* 3. *Cod. de bon. poss. secun. tabulas.*

5 Nuncupativum unius morte deficit, quia non potest solemniter constare, uno teste deficiente, de voluntate testatoris, nec eam adjurat scriptura vel adsignatio, quæ nulla est. Volunt tamen, si à Notario exceptum sit elogium, idque coram tribus testibus in scripturam redactum, illud sustineri, propter Notarii fidem. Vigl. *d. loco §. fin. n.* 4. Quæ duæ opiniones licet æquitate nitantur, & consuetudine sint receptæ, minùs tamen consonant juri scripto, quod, in scripto desiderat testamento, ut testes sua signa approbent, in nuncupativo nuncupatam voluntatem declarent.

TITVLVS IV.

Si quis omissâ caussâ testamenti ab intestato vel alio modo possideat hæreditatem.

SUMMARIUM.

1. *Omissâ caussâ testamenti fit locus ab intestato.*
2. *Omissio in fraudem facta vindicatur edicto Prætoris.*
3. *Qui edicto illo teneantur?*
3. *Instituto legatis gravato repudiante an teneatur substitutus?*

1 PRætermitti vel omitti hæreditatem posse ab hærede scripto, patet ex dictis suprà *Tit.* 2. Quo casu nec ad onera tenebitur omittens, quæ tamquam ab hærede sunt relictâ, & deferetur hæreditas ab intestato. * Nisi callide omissa fuerit, ut ab intestato possideatur, in fraudem relictorum, testamento per omissionem irrito facto. Cui ut occurreretur, Prætor utilem concessit actionē contra hæredem omittentem hæreditatem ex testamento, in fraudem relictorum, adeuntem autem ab intestato. In fraudem facit non tantùm qui omittit sibi relictam, verùm & qui servo vel filio non jubet, ut adeant, *l.* 1. *§.* 1. *&* 2. *h. t.* * Tene-3 tur & edicto Prætoris repudians, se abstinens, tempus acquirendæ hæreditatis præter labi permittens, si postea possideat tamquam hæres ab intestato. Nam si possideat rem hæreditariam titulo singulari, non tenetur edicto, cum non possideat titulo intestati, *l.* 1. *§. quærimus h. t.* Tenetur & sententiâ edicti, qui postquam possedit, possidere desiit per dolum, *d. l.* 1. *§ penult.* Uti & illi qui egit, ne possideat, sed legitimo aut substituto cessit dolosè: qui si non gratis id egit, tenebitur legatariis & aliis, juxta *l.* 1. *in fine l.* 3 4. *h. t.* Si gratis, non tenebitur ipse sed possessor, *d. l.* 4. *§* 1. Si cesset fraus, non tenebitur omittens, cùm omissio ex justa caussa non incidat in edictum. Hinc patronus, dato hærede à liberto instituto, exhaustâ suâ legitimâ portione legatis, si omittat caussam testamenti, non tenetur ad legata cohærede relicta, si & hic omiserit, nisi subsit fraus, *l. Qui autem* 6. *§. si patronus l. Excusatus h. t.* Vide Cujac. 18. *Obs. c.* 6

Quæri posset, An repudiante instituto legatis 4 gravato, ad ea teneatur substitutus? Quod videtur dicendum, cùm post rescriptum divi Severi relicta ab instituto censeantur relicta à substituto, *l. Licet* 74. *inf. de legat.* 1. *l. Cum pater* 77. *§. ab instituto De leg.* 2. *l.* 4 *C. Ad l. Falcid.* quibus locis hoc ipsum exprimitur. Nisi alia appareat voluntas ex adjunctis, veluti si nominatim ab uno hærede sit relictum, *l. Si plures* 98. *inf. De leg.* 3. vel à substituto res alia sit relicta, *d. l.* 74. Quòd si ab instituto aliqua sint relicta sub conditione, sub eadem etiam debentur à substituto, si alia non possit capi conjectura, *d. §. ab instituto.* Videatur Gomez. 1. *Var. Resol. c.* 12. *n.* 39. Alciat. 2. *Præsumpt. c.* 35.

TI-

TITVLVS V.

De Senatusconsulto Silaniano & Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur.

SVMMARIVM.

1 *Ratio introducti S C. Silaniani.*
2. *Actioni super nece domini praescriptum quinquennium*
3 *Domini appellatione quis hic veniat.*
4 *Servi rei non vindicata necis qui habeantur.*
5 *Qui excusentur.*

1 Cum alteri, inquit Ulpianus *hic in l.*1. nulla domus tuta esse possit, nisi periculo capitis sui custodiam dominis, tam à domesticis quam ab extraneis praestare servi cogantur, ideo Senatusconsulta funt introducta de publica quaestione à familia necatorum habenda, quae nolunt à lui [illegible] editatem, aut bonorum possessionem peti, aut etiam aperiri tabulas ejus, qui necatus dicitur, antequam fit habita quaestio de servis, sumptumque de noxiis supplicium. Secus factum si fuerit, aufertur id quod relictum tanquam ab indigno & in fiscum redigitur, *l.*5.*§.*1 *h t.* Ratio est, ne haeres, propter compendium familiae, facinus occultet. Quod ita introductum S.C. Silaniano, temporibus Augusti, Dolabella & Silano Consulibus, & postea confirmatum tempore Neronis S. C. Claudiano, quod & Neronianum dictum. Cujac. 1. *Obs c* 18. & ad Paulum. *lib* 3 *Sent t.* 5. *De S C. Silaniano.*

2 Cognitioni aperiti contra Senatusconsultum Testamenti praescriptum est tempus quinquennii, *l. In cognitione* 13. *hoc tit.* & hoc in extraneo. Nam cognatis, qui possunt parricidii argui, non currit tempus nisi viginti annorum, quo omnibus criminibus praescribitur. Et ita non obstat *l. Cajus* 22. *hoc tit.* quae loquitur de sorore non vindicante mortem fratris sui, permittitque etiam ultra decennium moveri accusationem, & post ejus mortem auferri haereditatem per fiscum. Cujac. 4 *Obs. c.* 14.

3 Domini appellatione hic venit etiam is, ad quem jam um spectat proprietas servi, *l.* 1 *§.*1. *hoc tit.* nec tantum paterfam. sed & filius, *d l* 1. *§. dominum & seq.* De modo caedis non quaeritur, modò constet Testatorem occisum esse *d. l.* 1 *§ occisum.* Haeredis nomine venit non tantùm vir, sed & mulier, *d. l.* 22.

4 Noxii habentur servi non tantùm ipsius occisi, sed & filii ipsius etiam nō existentis in potestate, *d.l.*1.*§ si pater*, eo quod filio servientes censeantur & patri servire quatenus ipsi occidisse, aut non subvenisse, cùm possent, convincuntur. Subvenire potuisse praesumuntur, qui una cùm domino, eùm occideretur, fuerunt, sive in itinere, *d. l* 1. *§. cum dominus*, sive domi sub eodem tecto, aut loco propinquo, ut exaudire clamantem potuerint. Si longius abfuerint, non aliàs tenebuntur, quàm si conscii fuisse probentur. Sexum non excusare patet ex *d. l.* 1. *§ juxta* 28. *h. t.* ubi ancilla, quae ne quidem voce auxilium dominae tulit, non est extra noxam.

5 Excusat autem aetas impuberem, *d.l.*1.*§. impubes* 32. nisi ea ssa faciat & eum puniri, uti in *l. Excipiuntur* 4. *hoc tit.* Excusantur etiam qui propter imbecillitatem non potuerunt defendere, aut qui per alios sunt impediti, *leg.* 2 *hoc tit.* uti & si, quantū in se fuerit dominum defenderint. *d.l.*1.*§. excusantur* 34. Excusatio eo nomine sumetur, quòd vitâ sua salvâ nō potuerint dominum defendere, quia non debent salutem suam anteponere saluti domini, *d. l* 1. *§. juxta hoc* Excusat etiam servos, quòd dominus superveniens purgaverit eorum officium, *l.* 2. *hoc tit.* quamvis è contra non credatur servos oneranti, *l.* 3. *§.* 1 *eodem* nisi possit etiam probari, quia contra se quidem cuivis creditur, non etiam pro se.

TITVLVS VI.

Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit.

SVMMARIVM.

1 *Impediens aliquem testari reddit se indignum relicto.*
2 *Tenetur talis & is, quorum interest.*
3 *Blanditiis aliquem invitans non incidit in poenam.*

1 Testamenti factio requirit libertatem, quam impediens haeres indignum se facit relicto. Impedit, prohibendo fieri testamentum ab intestato haereditatem quaerat; vel compellē lo ut testamentū fiat, eoque scribatur haeres; vel cùm scriptum se sciret haeresē, subdolè efficiendo, ne mu-

retur voluntas, *l.* 1. & 2. *hoc tit.* item efficiendo, quò minùs testes vocati veniant, aut Testamentarius, id est, Testamenti scriptor, ejusmodi hæredi denegatur actio, & fiscus partem ejus vendicat, *d. l.* 1. & 2. Salvo tamen onere, *d. l.* 2. *in fine.* * Quo casu talis heres etiam tenebitur iis, quorum interest, & quos scriptutus erat defunctus, si pro lubitu Testamentum ordinare potuisset, uti indicatur in *l. in verbis, civili disceptationi, Cod. hoc tit.* Cujac. in *parat. Cod. eodem tit.* Quòd si non sit solvendo heres, contra fiscum agi posse volunt Doctores *hic*, ne illi damno alieno lucrum accedat. Nocet autem hæc res tantum ei, qui peccavit, non etiam cohæredi innocenti, ne quidem fratri, *d. l.* 1. & 2. *in fine hoc tit.* * Loquitur autem lex de eo, qui dolo impedit Testamentum fieri aut mutari; unde ægræ mulieris animū maritali sermone placando, aut blanditiis aliquem invitando ad suum commodum, non potest videri incidisse in hanc pœnam. *leg.* 3. *hoc tit.* neque enim blanditiis prohibemur allicere alicujus voluntatem aut benignitatem. Vide D. Peck. *De testam. conjug. lib.* 1. *cap.* 9.

TITVLVS VII.

De jure Codicillorum.

SVMMARIVM.

1. *Codicilli quid?*
2. *Eorum origo, usus & necessitas.*
3. *Præcedunt Testamentum, vel sequuntur, vel ab intestato fiunt.*
4. *Mulierem in codicillis testem habilem non esse.*
5. *Codicilli plures, etiam validi, fiunt.*
6. *Codicillis non instituitur aut substituitur hæres directò.*
7. *Voluntas directa in codicillis facta obliquatur.*
8. *Clausula codicillaris vis & potestas.*
9. *Clausula illa quid operetur si Testamentum laboret vitio substantiali præteritionis aut exhæredationis.*
10. *Hæredi in ejusmodi Testamento instituto datur optio an jure directo succedat, an jure fideicommissi.*

Appendices Testamentorum & quasi supplementum sunt Codicilli: quod nomen Jurisconsultis significat ultimam voluntatem minùs solemnem. Ut describi possint, esse voluntas non solemnis, de eo, quod quis post mortem suam fieri vult vel scripta vel nuncupata; licet nuncupatio nomini non respondeat, *l. fin.* § *fin. C. h. t.*

Origo codicillorum à Lentulo cœpit. *Inst. h. t.* & approbatus eorum usus, propter necessitatem & utilitatem, quam præstant tum peregrinantibus, tum etiam aliis, qui propter varios casus testari de facto solemniter impediuntur, *l.* 8 *§. codicilli h. t.* Dico, de facto, quia de jure impediti testari codicillos facere nequeunt. *l.* 2 *§. furiosus h. t.*

Præcedunt Testamentum, vel sequuntur. Præcedentes olim erant confirmandi testamento: hodie valent etiam non confirmati quatenus cum testamento non pugnant, *instit. eod.* Relinquuntur etiam ab intestato, *l.* 2. *h. inst. eod. §.* 1. Faciliores sunt Testamentis, cùm solemnitatem non desiderent quinque testibus, etiam non rogatis, sunt contenti, quorum requiritur sub notario, quando fiunt in scriptis, *l. fin. in fine C. hoc t.*

Disputatur, An inter testes rectè adhibeatur mulier. Quod plerique volunt, eò quòd sit de solemnitate Testamenti, ut adhibeantur masculi testes; solemnitas autem remissa sit in codicillis. Verius tamen alicui posset videri, nec hoc in genere mulierem habilem esse testem, quòd licet solemnitatem non desiderent codicilli, ad Testamenta tamen accedant, sintque eorum appēdices & supplementum, ut à regulis Testamentorum, quatenus non sunt remissæ, non sit recedendum. Quò facit, quod Justinianus in *l. Hac consultissima* 8. *ver. at cū humana C. Qui test. fac. poss.* velit eumdem tenorem & quoad testes & quoad Testamentarium servari in codicillis. Et quamvis ibi agat de Testamentis cæci, tamen cùm eumdem tenorem præscribat quoad testes, & nullibi habilitas quoad hanc materiam mulieribus sit concessa, non recedendum à regulis Testamentariis.

Relinquuntur codicillis legata & fideicommissa, fiuntque etiam plures, qui validi sunt nisi sint cōtrarii, tunc enim posteriores prævalent contrariis prioribus, *l.* 3. *C. h. t.* Ratio, cur plures relinqui possint, quia codicilli tantū cōtinent res singulares nō etiā caussā hæreditatis; * quæ directò iis nec datur nec adimitur, *l.* 2 *in fine h. t. §. codicil. Inst. eod.* ita ut ne quidem conditio adjiciatur hæredi scripto, quia in ejus defectum adimeretur hereditas. Non substituitur etiam iis directò, *l.* 6. *in pr. hoc tit.* Ratio est, ne confundatur jus Testamentorum & codicillorum. * Quod si tamen hæreditas codicillis directò relicta fuerit, flectetur directa voluntas in fideicommissariam, quasi ab intestato succedens.

cedens rogatus esset restituere hæreditatem, *l. 3. in pr. h. t.* Et hoc ut sustineatur voluntas eo modo, quo potest.

Non obtinebit idem in eo, qui Testamentum facere volens illud non complevit: neque ejus voluntas obliquabitur, cùm quòd voluit non potuerit, & quod potuit, non voluerit, *l. 1. h. t.* quod sibi imputet. * Poterit tamen talis clausula codicillari sibi providere, ne fortè Testamentum, solemnibus destitutum corruat, sed ut voluntas sustineatur jure codicillorum, sive eam specialem testator adjecerit, sive (quod hodie frequentissimum) generalem, veluti, *Valeat ut valere potest: Omni meliori modo hoc Testamentum volo esse ratum &c l. Ex ea scriptura 29. in fine sup. Qui test. fac. poss.* Adjici tales clausulas per Notarios moris est, etiam citra jussum testatoris. Ubi præsumetur quidem jussio, Mantica *De conject. ult. volunt. lib. 1. t. 10.* si tamen constet, testatorem non jussisse, non potest de jure habere exitum voluntas; quia nihil potest valere, quod non procedit de testatoris voluntate. Tacitè hanc clausulam interdum intelligi tradit Grammaticus *dec. 62. nu. 26. & seq.* ex caussa effectus, ut in *leg. Ex testamento 78 inf. De fideicom. lib.* qua de re latiùs Mantica, *d. loco t. 9.*

Clausulæ istius vim procedere, quatenus testamento suo deest solemnitas quidem, non tamen continet vitium in substantia, extra dubium est. * Quæstionis autem est, an si contineat vitium substantiale; ratione præteritionis aut exhæredationis injustæ, clausula ista quid operetur? Negat Glossa *fin in Auth Ex caussa C. De liber. præter. per l. Titia 13. sup. De inoff. test.* ubi Paulus, notans Scævolam, ex Testamento materno per præteritam filiam impugnato negat deberi fideicōmissa, ratione istius clausulæ, quasi à demente essent relicta. Contrà tamen vult Bart. in *l. 1 qu. 5. h. t.* Jason *ad d. Auth. Ex caussa nu. 22.* Castren. *ibid. nu. 14* & alii, scilicet, etiam eo in casu clausulam istam operari vim fideicommissi. Quæ opinio est communis, eamque tenet D. præses Everardi *Conf. 113. n. 14.* & probatur per textum in *l Ex ea scriptura 29 sup. qui test fac. poss.* quæ ait, ex his verbis, quæ scripturæ imperfectæ paterfam. addidit, *Hoc testamentum volo esse ratum, quacumque ratione poterit,* videri eum voluisse, omnino valere id, quod relictum est & per *l. Generaliter 24 §. ex testamento inf. De fideicom. lib.* quæ habet, postumi agnatione ruptum Testamentum sustineri per clausulam codicillarem in vim fideicommissi. Non obstat *d. l. Titia.* quia loquitur de Testamento inofficioso, quod per querelam eversum tamquam factum ab eo, qui demens erat, cui ut non est Testamenti factio, ita nec fideicommissa dare licet, *l. Nec fideicom. 36. inf. De leg. 3.* Et hoc jure veteri: nam novissimo præter institutionem, cætera omnia sustinentur, ut etiam talis clausula operetur vim suam subjecta Testamento inofficioso, Castren. *d. loco.*

Simile vitium non est, si Testamentum nullum sit ratione præteriti, sive nati sive postumi, ut etiā jure veteri subjecta clausula operetur suam vim. Nihil obstante *l. 1. inf. De leg. 3* quæ negat à filio præterito posse relinqui fideicommissum: nam agit de fideicommisso relicto tanquam ex Testamento, quod quia nullum, nihil ex eo debetur; non etiam de hærede ab intestato rogato per clausulā istam subjectam, ut rectè sentit Bart. *d. qu. 5.*

Facit itaque clausula codicillaris, ut voluntas, quæ non valet ut Testamentum, valeat ut codicillus, debeaturque hæreditas designato hæredi tamquam fideicommissum, quæ aliàs non deberetur. Neque enim directa voluntas Testamentū facere volentis flectitur, nisi hoc complexus sit testator, *l. fin. §. 1. h. t.*

10 Est autem in arbitrio hæredis instituti in testamento, quod clausulam codicillarem subjunctā habet, utrùm jure directo ex Testamento totā hæreditatem petat, an verò virtute clausulæ codicillaris jure fideicommissi tantum ejus dodrantem. Hac tamen conditione, ut si jure directo egerit, licet non obtinuerit, nō possit tamen variare & migrare ad causā codicillorū, unius enim electione alteri' sibi aditum præclusit, *l. fin. C h. t.* Quod etiā procedit, si bonorum possessionem secundum tabulas petierit, quia videtur elegisse caussam testamenti, et mutare illi semetiam non liceat; quod & in aliis simil. b' obtinet, ut in *l. Statu ex liber. in fine inf. De leg. 2.* Et hoc ita in extraneo vocato: nam parentibus & liberis testatoris usq; ad quartum magnationis gradū permissa est mutatio *d. l. fin. §. si verò.* Ratio diversitatis est, quòd extranei versātur ad aliena bona, parentes verò & liberi quasi ad debita sibi jure sanguinis aut necessitudinis, ut non sint arctandi aut constringendi nimis, *l. 1. § largius inf. De success. edicto*; atque ita non invidenda mutatio.

FINIS LIBRI XXIX.

HENRICI ZOESII J. C.

IN LIBRUM XXX.I.&II.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De Legatis & Fidicommissis.

SUMMARIUM.

1 *Legatorum olim genera quatuor, hodie una omnium natura.*
2 *Differentia inter legata & fideicommissa. Verba directa & obliqua qua?*
3 *Verbum* Jubeo *esse directum.*
4 *Differentia illa sublata à Iustiniano.*
5 *Intellectus* l. 1. D. De legatis 1.
6 *Exaquatio legatorum & fideicommissorum quatenus procedat.*
7 *Liberorum de legatis ac fideicom. dispositio.*
8 *Legati definitio expenditur.*
9 *Verba ab hær-de præstanda, videri suppositia.*
10 *Legare qui possint.*
11 *Quibus relinquuntur legata.*
12 *Servo quando rectè legetur.*
13 *Ecclesiis piisque locis rectè legatur.*
14 *A quibus, quantum legari possit.*
15 *Legari res qualibet potest, etiam aliena.*
16 *Etiam alteri obligata.*
17 *Modò in rerum natura sit, aut esse possit.*
18 *Et illius sit commercium.*
19 *Sit & res, qua Legatario quid commodi adferat.*
20 *Creditori debitum quando rectè legetur.*
21 *Debito in diem vel sub conditione legato, an per lapsum dies aut eventum conditionis, vivo testatore extinguatur legatum?*
22 *Legatum rei alienæ factum piá causâ ab ignorante an valeat.*
23 *Legatum rei alienæ sustineri etiam jure Canonico.*
24 *Intellectus c. [illegible]* De Testamentis
25 *Rei non sacræ ad Ecclesiam spectantis legata debere æstimationem.*
26 *An & rei immobilis legata Monasterio, immobilium incapaci?*
27 *Statutis ac legibus multorum locorum bona immobilia Ecclesiis aliisque piis locis relinqui prohibentur.*
28 *An tunc præstanda æstimatio?*
29 *An præstanda, bonis divenditis, ex voluntate testatoris.*
30 *Ordo scripturæ designat ordinem intellectus*
31 *Legato rei communis tantum partem contineri.*
32 *Legatâ re, cujus usufructus erat testatoris, quid contineatur.*
33 *Legatum in arbitrium alterius an rectè conferatur?*
34 *In extranei voluntate tanquam conditione rectè ponitur,*
35 *Ius adcrescendi alluvioni adsimilatur.*
36 *Locum habet inter cohæredes Testamento scriptos.*
37 *Etiam invito & nolente hærede.*
38 *Imò & invito ac prohibente testatore.*
39 *Secus moribus nostris.*
40 *Conjunctio inter cohæredes quid operetur.*
41 *Hæredi gravato restituere accrescit portio postea deficiens, non fideicommissario.*
42 *Nisi indignum se reddiderit [illegible] quia compulsus adire*
43 *Vel quia tacitè caverit se incapaci restituturum.*

44 *Neque*

44 *Neque tunc opus est novâ institutione, seu restitutione.*
45 *Harede jusso restituere pluribus portio deficiens cui cedat.*
46 *Iuri accrescendi locus est in fideicommisso universali.*
47 *Habet & locum inter successores legitimos,*
48 *Inter bonorum possessores.*
49 *Inter legatarios conjunctos; & qui conjuncti dicantur.*
50 *Ius adcrescendi non est inter conjunctos verbis tantùm.*
51 *Inter conjunctos re & verbis qualiter sit jus adcrescendi.*
52 *Item inter conjunctos re tantùm.*
53 *Quid juris in hereditate disjunctim relicta.*
54 *Pluribus diversimodè conjunctis in eamdem rem concurrentibus uter uter praferatur.*
55 *Reconjuncto concurrente cum conjuncto verbis tantùm videri hunc potiorem.*
56 *Unitas sermonis caussat pralationem.*
57 *Intellectus* l. Mævia 41. De leg. 2. & l. Si ita quis 66. De hæred. instituen.
58 *Legatum servo communi relictum non caussat jus adcrescendi.*
59 *Ius accrescendi an sequatur emptorem hareditatis.*
60 *Sententia negans asseritur.*
61 *Satisfit argumentis contrariis.*
62 *Intellectus* L. Si Titio 33. in fine D. De usufructu.
64 *Intellectus* l. 1. §. non tantùm D. De hæred. vel act. vend.
65 *Idem juris est in re legata vendita.*
66 *Ius hoc an prohiberi possit?*
67 *Habet & locum in usufructu pluribus relicto.*
68 *Item donationibus mortis caussâ.*
69 *Non etiam in contractibus.*
70 *Verborum explicatio sequenda, ubi aliter dementa non constat.*
71 *Conjunctio disjunctiva quando habeat vim copulativa.*
72 *Pro legatis consequendis qua actiones dentur*

Post explicatos universales modos, quibus hæreditates acquiruntur, ordo postulat, [illegible] singulari acquiruntur, legato scilicet vel fideicommisso.

Legatorum olim quatuor genera fuere, differentiis suis distincta I. Per vendicationem, idque in rebus propriis, his verbis *Do, Lego Sumito, capito, Habeto*. II. per damnationem, etiam in rebus alienis, veluti, *Hæres meus damnatus esto dare. Hæres meus dato*. III. per sinendi modum, veluti *Hæres meus sinito Titium illam rem sumere*; qui modus obtinebat in rebus testatoris, & hæredis. IV. per præceptionē, quo uni ex hæredibus relinquebatur, his verbis, *Illam rem pracipito.* Obtinebat tantum in rebus testatoris & dicitur Prælegatum, Præcipuum Et modis his etiam diversæ actiones dabantur. Ex primo in rem, ex secundo in personam, Erat & in rem missio, uti & ex tertio & quarto familiæ erciscundæ. Ulpian. in *fragm. t. 24. De leg.* Has differentias sublatas dein Justinianus, §. 1. *Inst. h. t.* unâ datâ omnibus generibus legatorū naturâ, & concessâ ad eorum exactionem actione triplici, scilicet in rem, in personam & hypothecaria, *d. §. 1.* qua de re infra.

Inter legata autem & fideicōmissa olim variæ quoque fuerunt differentiæ. Prima est, quòd legata directis verbis, fideicōmissa obliquis relinquātur. Verba directa, quæ & dicuntur civilia & legis verba, sunt hæc, *Hares esto; Dominus esto; Dato, Facito, Pracipito, Sumito, Habeto*, quæ & imperativa dicuntur, quo spectant modi legandi per dānationem, sinendi modum, & per præceptionem Obliqua verba, sive precaria & inflexa sunt hæc, *Rogo, Volo Mando, Fideicommitto.* * Verbum *Iubeo* ad directa verba pertinere videtur, ut colligere est ex Ulpiani *frag. tit.* 11. ubi liber esse jussus directam libertatem consequitur adità hæreditate. Aptatur tamen etiam ad fideicommissa, *l. Aurelius. § pen. inf. De liber. leg.* Ut videatur verbum esse commune, & rectè Justinianus. 2. *C. Communia de leg. & fideicom. in pr.* verbum *Lego* fortè esse directum Secunda, Quod legata tantùm Testamento, non etiam codicillis nisi ad Testamenta pertinentibus darentur Ratio dependet ex L. XII. Tabb. quæ aliud nihil ratum habet, nisi quod relinquitur solēniter; nihil autem relinquitur solemniter nisi Testamento. Tertia, quod non nisi ab hærede legata relinquerentur, cum nemo imputet nisi suo hæredi, qui eandem cum defuncto personam sustinet. Ut ab eo relinquens, à se videatur relinquere, n[illegible] tam alienum quàm suum; à legatario verò te[illegible] [illegible]tum, quasi ab alio & alienum re[illegible]tum videtur. Quæ duæ differentiæ posteriores non obtinent in fideicommissis, [illegible] in subtilitate juris quam benignitate cōstituta. IV Quod lega-

ta post mortem hęredis non rectè relinquerentur, rectè tamen fideicommissa, quia illorum relinquendorum potestas est a lege, cujus proinde servanda regula, cùm ab hæredibus & in hæredes non inchoantur actione; cui non est locus in fideicommissis. V. Quod legatur ante hæredis institutionem, quæ est caput, & fundamentum testamenti, §. *ante hæredis Instit. hoc t.* cujus etiam non habetur ratio in fideicommissis. VI Quod legata peterentur actione reali, quòd à morte testatoris ipsorum dominium transiret in legatarium, personali etiam & hypothecariâ, §. 1. *inst. hoc tit.* fideicommissa verò ab initio infirmi fuerint postea consecuta actionem personalem; non etiã realem, cum non capiantur directò à testatore, sed interpositâ personâ hæredis, cujus traditione est opus ad acquirendum dominium. Præterea legata strictiùs accipiebantur, quoniam ex lege erant: fideicommissa pleniùs, quia eorum vis ex moribus & benigna interpretatione introducta. Denique legata non nisi verbis Latinis relinquebantur, fideicommissa etiam Græcis. Ulpian. *in frag. d. t. De leg.*

4 Sustulit has differentias Justinianus Imp. *l.* 1. *&* 2, *C. Communia de legat.* ubi quod legatorum præcipuum erat, transfert ad fideicommissa, & contra, ut non tam habeatur ratio formulæ verborum aut rigoris juris, qui obtinet in legatis, quàm benignitatis, secundùm mentem testatoris, quæ in fideicommissis militat. Ut hodie legata relinquãtur codicilis etiam Testamento non confirmatis, imò etiam ab intestato, & non tantùm ab hærede, verùm & ab hærede hæredis, à legatario, post mortem hæredis, ante institutionem. E contra fideicommissa non tantùm petuntur actione personali, verùm & hypothecaria & reali.

5 Expressè quidem hoc adserit Imp. scil. adæquationem hanc à se inductam, *Inst eod. in pr. & d. l.* 1. *&* 2. Movet tamen dubitationem aliquam *l.* 1. *de leg.* 1. ubi per omnia legata dicuntur exæquata fideicommissis, ut adæquatio ista possit videri etiam ante Justinianum obtinuisse. Quo non obstante, rectiùs ea Justiniano attribuitur, cùm ista lex tantùm loquatur de adæquatione, quantum ad deductionem quartæ Falcidiæ, quæ obtinet in legatis ex lege Falcidia, & extensa est ad fideicommissa per S. C. Pegasianum; & quantum ad interdictum quod legatorum, quod etiam datum nomine fideicommissi ad retinendam quartam, de quo Ulpianum eodem libro tractasse patet ex inscriptione *l.* 1. *inf. Quod legator*, quæ est eadem cùm inscriptione *d. l.* 1, *De leg.* 1. ut nequeat lex ista accipi generaliter, sed debeat restringi ad materiam subjectam. Quò facit, quòd non malè aliqui judicent in *d. l.* 1. verba, *per omnia*, esse adjecta per Tribonianum ex jure posteriori. Vid. Fach. 5. *Contr. c.* 30. *&* 31.

6 Dicta de sublatis differentiis legatorũ & fideicommissorum, eorumque adæquatione accipienda sunt; Primò, ut tantùm procedant quoad effectum, non etiam quoad modum & formam, nam eatenus etiam hodie manet diversitas; cùm aliâ verborum formâ relinquatur legatum, aliâ fideicommissum, secũdùm jam dicta. Secundò, quoad legata & fideicommissa particularia, *Glos. in d. l.* 1. *de leg.* 1. nam quoad universalia differentia etiã hodie manet, cùm universalis fideicommissarius possit cogere hæredem adire & restituere, non etiã particularis. Deinde singulare fideicommissum non tenet, si hæreditas non sit solvendo, quia non est unde fiat solutio, cum non debeatur nisi deducto ære alieno: universale contra tenet, non existente hereditate solvendo, *l. Si heres.* 8 *in princ inf Ad S. C. Trebel.* Potest enim esse hæres hæreditatis obæratæ, cum per hoc fiat melior conditio defuncti. Tertiò, non procedit in relicta libertate, quæ legata competit ab adita hæreditate, relicta verò fideicommisso non antequam præstita sit ab hærede: ea enim videtur defuncti mens, ut sit ille orcinus libertus, hic verò hæredis, §. *quia autem Inst De reb sing. per fideicom. relict.*

7 Cæterum, ãplissima est legatorũ & fideicõmissorum materia, quam in genere tribus libris sequentibus explicatam habemus, postea etiã subjũctos Titulos de specialibus legatis & fideicommissis. Diversum singulis libris subjectũ attribuunt. Primò quidem tractari volunt de reb⁹, quæ relinqui possunt; secundo de personis, quæ legant, tertiò de verborum significatione. Et licet possit videri præcipuum subjectũ istud esse singulorum librorũ, promiscuè tamen de his in omnibus tribus libris tractatur, ideoque totam istam materiam facilioris explicationis gratia, aliquod Capitibus concludere, præmissâ legati definitione, non erit abs re.

8 Legatum à Florẽtino dicitur esse delibatio hæreditatis, in *l Legatũ* 116. *De leg.* 1. respectu habito ad legem Falcidiam, cũ antea tota hęreditas potuerit exhauriri legatis. Modestinus, in *l. Legatũ* 36. *de leg.* 2. describit esse donationem Testamento relictam. Quod minus respondet juri hodierno, quo legata & codicillis & ab intestato relinquuntur. Ut meriùs *Inst eod. in pr.* legatum definiatur donatio à defuncto relicta, verbis scilicet directis: donatio enim jus directum significat. Rectè dicitur, donatio,

rio, quod legatū nō habaet adjūctū onus, ut rectè conjunguntur dare, legare in Leg XII. Tab *l.1. inf. ad l. Falcid.* Excluduntur hæreditas, quia habet onera adjuncta: fideicommissum, quia non fit directò, donatio inter vivos, quia non relinquiturà defunctò. Eadem quoque ex caussa excluditur donatio mortis caussa, cùm à vivente transeat in donatarium. Relinqui autem propriè dicuntur, quæ ultima voluntate post mortem testatoris in aliquem transeunt. * Definitioni quidam addunt, *ab hærede præstanda*. Quæ verba non malè aliquibus videntur supp[...]sitia, tum quod Theophilus, *Inst eod.* ea non agnoscat, tum quod pristino magis, quam hodierno juri conveniant, quo non tantùm hæres ea præstat, sed & legatarius, & hæredis hæres. Videatur Caldas *ad l.3. V. fine curatorem* n 18 *& seq* C. *De in integ. restit. minor.* Gœddæus *ad l. Verbis* 10 *num.* 2. *inf. De V. S.*

9

CAPUT I.

De personis, quæ, quibus, & à quibus legent.

10 Legandi licentiam habet quilibet activam Testamenti factionem habens, *leg.* 2. *De legat.* 2. *l.* 1. *De leg.* 3. Nam cui permissum est principale, eidem accessorium non est denegandum, & contra, cui non est Testamenti factio activa, eidem non est legandi licentia: ut filiusfamilias, captivus, servus, de statu suo dubitans, impubes, furiosus, prodigus, & similes, qui non testantur, nec possint etiam legare, *d.l.1, in pr. & d. l.2.*

11 Relinquuntur iis legata, cum quib⁹ testamenti factio est saltem passiva, *§ legari* 24 *ubi Gloss. Inst. eod.* idque duobus temporibus, scilicet & relicti legati & mortis testatoris, ex ratione allata in *l. Si extraneū* 49 *§.1. sup. De hæred. Inst.* Plura tempora non inspiciuntur, cùm à morte testatoris dominium rei legatæ rectà via trāseat in legatarium. Certus tamen sit, quia certum debet esse testatoris judicium. Quo modo posthumo alieno olim nō legabatur; secus hodie, nisi sit in utero ejus quę uxor esse non potest, *§ posthumo Inst. eod.* * Servo rectè legatur, quia licet ex sua persona non sit capax juris civilis, ad quod spectat Testamenti factio, est tamen capax ex persona domini: unde in eo omnino requiritur capacitas, *l. Si mihi* 12. *§. regula De leg.* 1. Aliàs inutiliter servo legaretur, cum nec ex persona sua, nec ex persona domini sit legati capax.

12 Obstat huic textus in *l. Si servus* 18. *sup. De acq. hæred* ubi servus ejus, qui capere non potest, instituitur tamen hæres; & in *l. Debitor* 8. *§. servo De leg.* 2. ubi servo alieno legatur res domini sui, quæ domino non rectè legatur, *Inst eod. § sed si rem* 10. Verùm dicta loca non loquuntur de domino, cui nō est Testamenti factio, sed qui capere nō potest vel totū, vel partem, quia celebs est, ut orbus, ob legē Juliam Papiam, quàm interpretatur J.C. *in d.l. Si servus* ut pa et ex ej⁹ inscriptione, aut quia res est sua, cùm quo ideo non potest negari esse Testamēti factio. Ut proinde videatur utroque loco agi nō de legato puro, sed sub conditione, quasi servo legatum intelligatur, quando capere potest, manumissus scilicet aut alienatus, *d.l Si servus*, ubi textus hoc indicat. Atque ita cessabit regula Catoniana, de qua in *l.1. inf. De reg. Caton.* cui non est loc⁹ nisi in legatis puris. Cujac. & Duar *ad l si mihi § regula De leg.* 1. Vigl. *in §. servus autem Inst. De hære inst & in §. extraneis* n. 4. *De hær. qualit.*

13 Ecclesiis, piisque locis quin rectè legetur, extra dubium est, si jus commune respicias, *l.1. C. De sacros. Eccles.* per quam Constantinus permittit cuilibet licentiam Monasteriis, Collegiis, aliisque piis locis, bonorum quod optat relinquere, non distinguendo, mobilia sint, an immobilia, revocatâ lege priori per quam ista licentia erat sublata. An autem in casu, quo loca ista sunt incapacia immobilium, debeatur eorum æstimatio, dicetur inferius *cap.* 2.

14 Legatur non tantùm ab hærede, sive instituto sive substituto, etiam pupillari, non tamen pupilli exhæredati, quia ut talis pupillus non potest gravari, ita nec ejus substitutus, *l. Cum quidam* 13. *C. De legat* sed à legatario, non tamen in ampli⁹, quàm ei relictum, *l. Imperator* 70. *in pr. De leg.* 2. cùm nemo sit gravandus ultra quàm honoratus *l.* 1. *§. si is qui inf. Ad S. C. Trebel.* Quod verum est, quatenus quantitas cum quantitate confertur: nā si rogatus restituere aliquid, legatâ certa quantitate, etiam minore, quam res est, quam rogatur restituere, accepto legato cogitur legatarius rem suā præstare, quod videatur approbasse voluntatem, & rem suam pluris non æstimasse, *d.l.70. §.1.*

CAPUT II.

Quæ res legari possint.

15 Legatur res quælibet, corporalis sive incorporalis, præsens sive futura, nostra sive aliena, & sive ipsa

ve ipsius legatarii sive extranei, *§. non solum 4 Inst. eod.* Quæ præstanda in specie, si à domino redimi possit, aliàs in æstimatione communi, nisi testator ignoraverit alienam esse, qui non videtur velle gravare hæredem redemptione, *l. Cum alienam 10 h. t.* nisi sit res hæredis aut legatarii, cùm nullum subsit gravamen redimendi rem, *l. Unum 67. § si rem De l. 1.*

16 Idem juris est in re obligata, quàm luerit hæres, si testator sciverit obligatam; aliàs onus luendi incumbit legatario, *§ & si rem Inst. eod. l. Si res 57. De l. 1.* Ratio est, quia caussa ea falsa opinio facit deesse voluntatem. Præsumitur autem in dubio testator ignorasse, rem esse alienam aut gravatam; ut probatio scientiæ incumbat legatario, secundùm regulam, quæ allegantem gravat onore probandi; nisi aliud suadeat conjectura, ut quia res aliena legata propinquo, uxori, affini, *l. Cum alien. C. hoc. tit.* Facit enim affectus, ut testator præsumatur legaturus fuisse talibus personis, etiam sciens rem alienam esse.

17 Oportet autem inprimis res sit talis, quæ existat in rerum natura, aut existere possit, nam aliàs legatum non tenetet, veluti si legetur homo mortuus, aut hypocentaurus, aut simile quid, quia res sic haberi non potest, vel habita non est utilis, ut ne quidem æstimatio debeatur: nam ubi non debetur res, non debetur ejus æstimatio.

18 II. Res sit, cujus est commercium: ut res sacra religiosa, sancta, liber homo inutiliter legentur, *d. §. non solùm inst. eod.* quia haberi non possunt, ut cessset legat[illegible] finis. Item jud eandum de re, cujus quidem est commercium, sed quæ prohibita legari, cujus ordinis sunt juncta, fixa ædibus *l. Cætera 41. De leg. 1.* ita ut ne quidem convalescat legatum, si postea separata fuerint, ob regulam Catonianam, quæ non vult ex post facto ea convalescere, quæ ab initio non constiterint; nisi relicta fuerint sub conditione, & tempore conditionis existentis sint separata, *d. l. 41. §. tract.* Non tenebit tamen relictum sub conditione, quæ contineat aliquam turpitudinem. Quomodo non rectè legatur res sacra, aut liber homo, in in casum, quo illa profanerit, hic servituti subjiciatur, quia inhumanū est ejusmodi conditionem sperare.

19 III. Sit & res, ex qua aliquid commodi ad legatarium possit pervenire, ex natura donationis, cujus species est legatum. Hinc sua res nemini legatur, cùm quod nostrum est, amplius nostrum fieri nequeat, *§. sed si rem 10 Instit. eod.* Ut ne quidem valeat legatum, si tempore mortis res sua esse desierit, ob dictam regulam Catonianam. Ejus tamen, quæ legatarii esse putabatur, cùm sit alienæ legatum tenet, eo quòd voluntas possit habere exitum, *§ si quis rem suam 12 Inst eod.* Quòd multo magis dicendum, si suam tanquam alienam quis leget, *d § si quis rem.* Nihil faciente errore & falsa opinione, quæ hîc non obstat agenti, quò minus quod velit obtineat, qui quam putat alienam, cum sua sit, relinquens, multo magis fuit relicturus, si suam scivisset. Secus est, si opinio intentioni obstaret, quia vitiaret actum, ut in *l. Is qui putat 15. sup De acquir. hæred.*

Quod de re propria legata dictum, idem de debita judicandum: cum enim unâ viâ sufficienter à creditori peti possit, non utiliter altera adjicitur e quæ nihil adfert legatario commodi, *§. Ex contrario 14. Instit. eod.* Nisi plus fuerit in legato, quàm debito, ex potestate novæ actionis, quæ vel efficacior, quia prior per exceptionem removeri poterat, quæ censetur remissa per legatum, *l. Creditor 28. De leg. 1.* vel plenior, ut quia diuturnior, veluti si quod debetur actione honorariâ, legetur; tunc enim debetur ex Testamento, & sic civiliter, quæ actio diuturnior, *d. l. 28.* aut propter repræsentationem, id est, præsentem solutionem. Quomodo debitum sub cōditione vel in diem rectè legatur, quòd fiat purum, *d. §. ex contrario.*

20

Controversum autem olim fuit in specie, quâ contingit debitum in diem vel sub conditione legatum fieri purum, per lapsum diei aut eventum cōditionis, vivo testatore, an extinguetur legatū? Et hoc voluisse Paulum, docet, *l. Debitor. 82. de leg. 2.* ex ratione, quod in eatum deveniret, unde non potest inchoari. Contra respondit Papinianus in *l. 5. inf. Ad L. Falcid.* nihilominus valere legatum. Quem sententiam sequitur Imp. in *d §. ex contrario. instit. hoc tit.* Neque facit *l. Existimo, 8 inf. De V O* ubi traditur, quod quæ ceciderunt in casum, a quo non possunt inchoari, resolvantur; nam talis, cum casus superveniens tendit ad eundem finem, quem non tam impedit aut destruit quàm promovet.

21

Quæritur hîc quibusdam, I An legatum rei alienæ factum ab ignorante piæ caussæ teneat? R. Hoc videri dicendum, cum præsumatur testator, si scivisset alienam nihilominus relicturus *arg. l. Cum alienā 10. C. h. tit.* ubi relicta res aliena personæ conjunctæ debetur, licet alienam ignoret testator: bravium & affectum, quæ militat etiā in pia caussa. Facit *l. Paulus 39. inf. D. fideicommiss. libert.* ubi libertas relicta servo alieno ignorātei debetur, idque favore libertatis, quo non est minor favor piæ caussæ. Tiraq. *De priv. pia caussa cap. 6.*

22

Grat-

Grassus §. *Legatum q.* 14. *n.* 5. Vasq. *De success. tomo.* 1. *lib.* 3. §. 17. *n.* 41.

23 Q. II. An & secundum Canones rei alienæ legatum teneat? Aliqui volunt indistinctè non tenere sive res sit Ecclesiæ, sive alterius privati, quod lex civilis tale legatum permittens foveat lucrum odiosum hæredi, atque ita non esse servandam ab Episcopo. Alii restringunt ad rem Ecclesiæ, quasi ea legata non debeatur; ex ratione, quod non sit in commercio. Fundant se in textu *cap.* 5. ⁑ *De testam.* in quo agitur de legata re Ecclesiæ, & resolvitur, esse contra legem Dei legare rem alienam. Verùm cùm statutum juris civilis permittens legari rem alienam, nihil peccati includat (nam si quid includeret, esset ratione detrimenti domini, cujus res legata, quod nullum est, cum eo invito non auferatur res, sed vendere volenti detur æstimatio quæ aliàs offerenda legatario, *inst. h. t.* §. *nõ solum*) verius est, hac in parte Canones a legibus non recedere, & permittere legatum rei alienæ.

24 Nihil obstante *d. c.* 5. in quo Pontifex tantùm reprehendit apprehensionem & detentionem rei alienæ legatę per legatarium, domino invito, ut patet ex finalib⁹ verbis istius textus, qui non cogitur rem suam invitus alienare, cùm in rem alienam alteri nihil sit juris, ne quidem per ultimam voluntatem. Ita rectè Covarr. *ad d. cap.* 5. Nec debet quemquam movere, quod ibidem Pont. post verba, *si auctor ejus rem legaverit alienum*, subjiciat, *Sed quia lege Dei vivimus*: quia ista verba non referenda ad illa priora, sed ad subjectam decisionem, scilicet, *Valde mihi videtur injustum, ut res tibi legata, quæ cujusdam Ecclesiæ esse perhibentur, à te teneantur, qui aliena restituere debuisses*: quibus non reprehendit leges seculi, quę uti dictum, hac in parte nihil mali involvunt, quàm iniquum detentorem, leges seculi perperam in sui defensionem allegantur, quasi sicut legate rem alienam licet, ita etiam auferre invito domino & detinere licet Vasq. *De success. p.* 1 §. 21. *n* 4.

25 Q. III An rei non sacræ ad Ecclesiam pertinentis legatæ debeatur æstimatio. R. Deberi, cùm res aliena non secus ac propria legetur à sciente. Nihil facit, quod sit Ecclesiæ; nam & hanc legari posse citra Ecclesiæ injuriam, patet ex eo, quod res aliena legata domino suo invito non auferatur, sed illo vendere nolente æstimatio præstetur legatario. Nihil etiam facit, quòd res Ecclesiæ sint prohibitæ alienari, nisi certis casibus & modis; cùm & res minorum & pupillorum sint prohibitæ alienari, nisi certo modo, quæ tamen non ideo minùs rectè legantur. Neque quidquam facit difficultas rem legatam consequendi, *l. Cum servum* 39. §. *constat. De leg.* 1. tantùm enim inspicitur, an sit in commercio. Nihil obstat, habet *d. l.* 39 §. *si verò*, & §. *fin.* quia ibi agitur de re, cujus non est commercium nisi jussu Principis; ut commercium non censeatur esse, cùm inhonestum sit Principi, res istas alienare. Vnde eas legans dicitur esse instar furiosi, *d.* §. *si verò* Covarr. *ad c.* 5. *num.* 3. ⁑ *De testam.* Jason. *ad d.* §. *constat. n.* 44. Vasq. *De success.* 1. § 27. *n.* 7.

26 Q. IV. An in casu, quo Monasterio immobilium incapaci relinquitur res immobilis, debeatur ejus æstimatio? Eam deberi facit argumentum *l. Mortuo* 49. §. 1. *De leg.* 2. ubi militiæ servo legatæ, licet ejus sit incapex, debetur nihilominus æstimatio, quatenus legata à sciente servum esse, *l. Eidcicommissa* 11. §. *si servo De leg.* 3. Latè hanc opinionem defendit Jason. *ad d.* § *constat. nu.* 20. 41. & 42. ubi in specie tradit selictum Fratribus Mendicantibus legatum rei immobilis non esse omnino inutile, quamvis ejus sint incapaces, sed deberi æstimationē. Quod ipsum expressè habet *Clement. Exivi De V. S.* ut res ea non habeat difficultatem quod jus commune.

27 Verum statutis variorum locorum ei licentiæ est derogatum, uti & in his Provinciis per Carolū V. gloriosę memoriæ Imp. anno 1520 quibus prohibitū in Ecclesias, aliaque pia loca transferri quocumque modo immobilia bona, sive per speciem ultimæ voluntatis relinqui. Ejusmodi statuta sustineri facit ratio, ne Principes sæculares suæ jurisdictionis patiantur diminutionem, & laici in publicis oneribus prægraventur, translatis successu temporis immobilibus plerisque in pia loca, ut in manum mortuam. Gail. 2 *Obser. c.* 32 Bellus in *c. Cler cin.* 2. ⁑ *De judiciis.*

28 Quæ statuta si habeant clausulam irritantem acta in contrarium, non tantum ipsæ res non debuntur, sed ne quidem earum pretium videtur debitum, cùm clausulæ irritantis ea sit vis, ut faciat ex actu irritato nihil deberi, *l Non dubium C. De legib.* imò quasi non exutisse voluntatem. *l.* 3. *ubi Bart. De his quæ pro nõ scripto hab.* Tradit tamen D. Peckius in *Tract. De Amortizationi* *t.* 9. *in fine* si de voluntate testatoris certo hæredi constet, mitiorem viam esse eligendam viro bono, & præstandam æstimationem, ad eximendum omnem scrupulum, juxta *c. Conjugium* ⁑ *De observat. jejunior.*

29 Quòd si tamen testator reliquerit Monasterio immobilia, eum clausula ut si ea obtinere nequeat, pretium ex iis divenditis cedat loco pio, nihil causæ dari potest, quare non sit præstandum pretium, cum per ista

clausulam non contraveniatur statutis, quandoquidem bona immobilia non valeant in manum mortuam, nec possit dici testator fraudem commisisse, qui se legi conformavit, & ne in illam impingeret, ita fecit, quòd lex permittit, uti eleganter respondit, D. Joann. Wamesius *Consil.* 479. Quod si loco pio sit privilegium acquirendi bona immobilia ad certam quantitatem, per Principem loci concessum, quin secundùm formulam Testamenti. *Bona mea immobilia relinquo isti monasterio, aut si ea haberi non possint, eorum pretium*, etiam ipsas res sibi tradi debere jure postulet Monasterium, non est dubitandum, cum primaria intentio testatoris sit relinquere pio loco res immobiles, secundariò autem & in eatum eatum pretiũ, ut si res ipsę haberi possint, sint prętandę.* Quod facit,

30 quòd ex ordine scripturæ plerumque colligatur prima voluntas; designat enim ordo scripturę ordinem intellectus, & prius in voce præsumitur, principalius intellectu. Mantica *De conjectur. ultim. volunt. lib. 6. c. 13 nu.* 11. ubi varia loca allegat, in quibus primò scriptus in legato aut hæreditate est potior. Quod præcipuè facit *l. Cum pater* 77. *§. pen. De legat.* 2. Ubi in simili casu *si quid liberorũ habueris, illis prædia relinquas, vel si non habueris, tuis sive meis propinquis aut etiam libertis nostris*, respondet J. C. non esse datam electionem, sed ordinem scripturæ factum substitutioni.

31 Q. V. An in legato rei communis tota res veniat? Veriùs est tantùm partem venire, quæ est legantis, *l. Rectè* 25 *inf. De V. S.* quòd censeatur legans tantùm id juris legasse, quod in rem habebat, non autem æstimationem partis alteri*. Nec facit, quòd, ut dictum, rei alienæ debeatur æstimatio; hoc enim ideo, quia aliàs non foret salva volũtas testatoris, quæ in dicto casu est salva, *l.* 5. *§.* 1. *De leg.* 8. Hinc servum apud hostes existentẽ legans, censetur id juris legasse, quòd habet ratione postliminii, *l. Servus ab hostibus* 98. *d. t.* Et legato rei oppignoratæ testatori venit tantùm commodũm oppignorationis, non autem res ipsa, *l. Si demus* 71. *§.* 1. *d. t.* eo quòd utilitatem aliquam habeat legatum, ut amplior ejus interpretatio nõ fit facienda in gravamen hæredis, nisi aliud habeat conjunctura. Videatur Gomez 1. *Variar. cap.* 12. *num.* 15. Grassus *d. quæst.* 14. *n.* 9. *& seq.*

32 Q. VI. Quid juris in re legata, cujus ususfructus erat testatoris? Videtur res ipsa legata, aut ejus æstimatio ab hærede præstanda, ne aliàs legatum sit inutile, cum ususfructus pereat morte ejus, cui relictus. Nisi tamen testantis obstet ignorantia, putantis rem propriam esse, non alienam; faceret enim nihil deberi, secundum dicta, eo quòd tunc censeatur testator legasse quod habet, *l. Sticho* 36. *in fine inf. De usufr. leg.* Contra vult Covarr. *ad c.* 5. *n.* 1. *De testam.*

33 Postremò quæri hic potest, An possit legatum conferri in arbitrium alterius? In hæredis liberam voluntatem non rectè confertur, *Fideicõmissa* 11. *§. quãquam De leg.* 3. ne ab eo dependeat, utrum debeat, vel non. Rectè tamen in ejus arbitrium tãquam boni viri confertur, *l. Fideicommissa* 46. *De fideicomm. lib.* uti & electio illi committitur, cui ex multis distribuat, *l. Utrum §.* 1. *inf. De reb. dub.* Relinqui etiam potest ejus arbitrio, quando debeat, *d. l.* 11. *§. hoc autẽ.* * In extranei voluntate tã

34 quam conditione rectè ponitur, uti *Decem lego, si in Capitolium ascenderit Titius*, non et ã hoc modo, *si Titius voluerit*, *l. Nonnũquam* 52. *inf. De condit. & demõst.* Ratio diversitatis est, quò i illo casu habeatur potiùs ratio assens* per medũ conditionis adjectę quàm arbitrii; hoc verò tã ũm spectetur alienum arbitrium, cuj* finis est volũtas; quod leges non ferunt, quæ volunt judicia testatorum per se firma esse. Verum huic obstat textus in *l. Senatu* 43 *§ legatum De legat.* 1. ubi dicitur legatum in aliena voluntate poni posse, non in hæredis potestate. Sed dicendum, textum ibi accipiendum esse de legato, si Titius voluerit, quod in extraneo accipitur pro conditione, non autem pro libero arbitrio, quod non valet; & sic accipiendo *d. §. legatum* non male distinguitur inter hęredem & extraneum. At alia hic subest quæstio, quare habeatur loco conditionis in extraneo, non autem in hærede? Resp. quia hoc sonat meram voluntatem, cùm ad præstandum obligetur, non etiam in illo obligatur. Quæ tamen ratio posset videri minùs sufficiens, ex eo, quòd in *d. l.* 52. *De cond. & demon.* dicatur in extranei voluntate posse conferri legatum hâc formâ, *si Mævius voluerit*. Unde dicendum istam legem loqui in casu, quo confertur legatum in merum alterius arbitrium, non autẽ quasi boni viri, *d. l.* 46. *§.* 1. Cujac *ad d. l.* 43 *&* 2. *Obs. cap.* 3. Vid. Covarr. *ad c. Cum tibi* ꝟ *De test.* & Sarment. 2. *Select. Interp. c.* 6.

Caput III.

De jure adcrescendi.

Agitur his liberis aliquot locis de legatis conjunctis, uti & in Cod. Tit. *De caducis tollendis*, in quibus conjunctis pars accedit alteri per jus adcrescendi,

35 crescendi, ut vocant. * Quod alluvioni cõparatur in *l. Si Titio 33. in fine sup. De usufr.* non abs re, nam ut alluvio tacitum latensque inducit incrementum, ita id, quod adcrescit, tacitè latenterque ipso jure adcrescit, id est, sine ullo prorsus facto pars vacans cedit occupatæ. Habet locum hoc jus in iis, quæ ultimâ voluntate relinquuntur, sive titulo universali, sive singulari, non tamen passim eadem ratione: quod paucis ostendere non erit inutile.

36 Et primò quidem locum habet inter cohæredes Testamento scriptos, non tam ex vi cõjunctionis, quàm ex regula juris, quæ absurdum judicat, hæreditatis partes agnoscere, partem repudiare, defunctumque facere partim testatum, partim intestatum, *l. Jus nostrum 7. inf. De R. I.* Quo modo & inter hæredes, qui separatim vocantur, habet locum, uti etiã in casu, quò unus tantùm ex parte vocatus, vel ex re certa: trahitur enim institutio ex parte vel re certa ad totum defuncti jus, ex jam dicta regula, quasi universaliter facta esset sine mentione partis, aut rei certæ. Quod procedit primò in casu, quo non est hæres universalis; nam aliàs nihil adcresceret vocato ex re singulari, quia est loco legatarii, *l. Quoties pen. C. De hær. instit.* Secundò, si institutio facta sit ex re testatoris; nam institutio ex re aliena non tenet, *l. ult. in fin. C. De hæred. inst.* nec operabitur hoc incrementum, Gomez. 1 *Var. resol. cap. 10 nu. 16.*

37 Habet & hoc jus locum, invito quoque & nolente hærede, secundùm dictam regulam, *l. Si quis hæres 35 l. Qui ex duab.* § 5. § 1. 3 sup. De acq. hæred.* & *l. unic. §. his ita C. De caduc. tollen.* nisi in casu, quo minor post aditionem restituitur; neque enim tũ cogitur cohæres partem ejus agnoscere. *l. Si minor 61. sup. De acquir hæred.* Nihil obstante superiori regulâ, cùm non fiat partim testatus, partim intestatus defunctus, propterea quòd restitutus hæres maneat etiam post restitutionem, *l. 7 §. sed quod Papinianus in fine sup. De minorib.*

38 Procedit etiam dicta regula, invito & prohibẽte testatore, cùm nemo possit facere, quo minùs leges habeant locum in suo Testamento, *l. Nemo 55 De legat. 1.* & est textus in *l. Si quis hæres 74. sup. De hæred. institũ.* ubi institutus* hæres ex certo fundo, habetur hæres simpliciter, quòd jus civile non ferat, aliquem pro parte esse intestatum: exceptio militie, qui est solutus legum solemnibus, *l. Si miles mreum 6. sup. De test. milit.* Et hanc opinionem testatur communem Alex. in *l. Si quis priore 29. nu. 6 inf. Ad S. C. Trebell.* Clar §. *Testamentum qu. 74.* Gutterez *ad d. l. Nemo nu 102.* & tuetur eamdem Ant. Faber *Decade 15. Errore 7.* Bartolus tamen in *l. Quoties 9. §. si duo sint de hæredib. instit. num. 1.* per eum textum vult in re certa institutum non habere jus adcrescendi, contra testatoris voluntatem. Bartolum sequitur Gomez 1. *Var cap 10.* & alii ab eo citati. Cujus opinio potest procedere, ut institutio nihil valeat, & ne quidem pro parte sit hæres, refragante voluntate, ut enim pro parte tantùm hæreditatem capiat, fieri nequit. Et hoc ita de jure civili: * nam de consuetudine 39 non passim ita obtinet, cum permittat de parte bonorum testari, reliquam autem partem deferat hæredibus ab intestato. Gudel. *De jure novis. lib. 2. cap. 5. in pr.*

40 Licet autem non attendatur quoad hanc rem conjunctio, cum etiam sine ea hoc jus procedat, non est tamen ea supervacua, cum inducat prælationem in parte conjuncti vacante, respectu eorum, qui non sunt conjuncti. Nam si ex conjunctis quis defecerit, ad conjunctum tantum ejus pars veniet, non etiam ad eum, qui separatâ oratione est vocatus, *l. Hæredes 63. sup. De hæred. Instit.* & *l. fin. in fine C. De impub. & aliis subst.* Idque ex vi unitatis sermonis, quæ facit eos in unum quasi corpus redactos, ut quasi suam partẽ præoccupent d. §. *his ita in fine* Secundò quis ex separatis deficiat, ejus pars simul & aliis adcrescit, *l. Item Sabinus 17. §. 1. sup. De hæred instit.* Nam cum per testatorem fiunt disjecti, non tam suum quam alienum appetunt, ideòque non admittuntur soli separatim vocati, sed & conjuncti, *d. l. un. §. his autem in fine.* Sunt & aliæ differentiæ inter conjunctos & disjunctos, de quibus infra.

41 Quæritur, Quid si juris in gravato restituere, an illi adcrescat portio postea deficiens, an verò fideicommissario? Tantum abest, ut huic adcrescat, ut ne quidem debeatur vel competat ex caussa fideicommissi, cum illi tantùm sit relictum fideicommissum certæ partis pro tempore mortis: unde ille contentus esse debet, & quod accedit, id hæredi cedit. Si tamen hæres suâ sponte adjecerit, ne plus habeat fideicommissarius, quã eum habere testator voluit: sunt enim hæredi sponte adeunti Falcidia & cætera omnia salva, 42 * non etiam compulso adire, qui quantum in se fuit, irritam fecit voluntatem defuncti, & indignum se reddidit, qui ex voluntate defuncti, vel ejus occasione quippiam ut hæres cõsequeretur, ideòque omne relictum perdit, nec aliud habet, quàm habuisset, si hæreditatem non adiisset; ut portio deficiens sequatur ipsum fideicommissarium, *l. Papinianus 41. inf. Ad S. C. Trebell.* * Est 43 & indignus hæreditate, qui taci â fidem interpo-

 suit

fuit se incapaci hæreditatem restituturum, ut nec illi pars vacans adcrescat, quia rem seu portionem habere non videatur, *l. Si totam* 83. *sup. De acquir. hered.* cum in ejus locum fiscus succedat.

44 * Ubi non est opus novâ aditione; cum qui semel adiit ex institutione, videatur etiam adiisse ex caussa quæ accidit jure adcrescendi. Quo modo dicitur in *l. Papinianus* 43. *Ad S.C. Trebell.* secutus esse fideicommissarius, etiamsi non postulaverit decretum aliud, ut hæres adeat novam portionem. De eo magis dubites, an sit opus eo casu novâ restitutione? Quòd quidem dubium ibi non resolvitur per Jurisconsultum; sed negat Glossa *ibid.* quam probat Bart. & Cujac. 12. *Obser.* c. 12. ex eo, quòd hæres, qui compulsus adit, omnia perdiderit, quæ ita totum jus hæreditatis accesserit fideicommissario.

Dicta de portione manente apud hæredem procedunt in casu, quo testator dixit, *Hereditatem meam restituas*, cum intelligatur de parte relicta ipsi hæredi; non etiam de parte alterius, ne gravamen extendatur ultra intentionem gravantis; nisi & alter sit gravatus, vel habeat substitutum. Accedit enim portio vacans portioni, quæ etiam apud hæredem censetur manere post restitutionem, nisi alia fuerit defuncti mens.

45 Si fuerit quis jussus restituere hæreditatem pluribus, an deficientis pars cedat hæredi, an aliis fideicommissariis, quæritur? Posset videri hæredi cedere, ex ratione, quòd non adcrescat portio nisi vacans, hæc autem non vacet, cum apud hæredem sit, à quo, ut non gravato, frustra videtur eam exacturus fideicommissarius. Dant rationem differentiæ inter hæreditatem & fideicommissum, quòd ibi ideo admittatur jus crescendi, ne contra regulam juris aliquis decedat partim testatus, partim intestatus; quod non contingit in fideicommisso, in quo penes hæredem manet pars deficientis. Ita Vasq. & ab eo citati, *De success. tom.* 2. *l.* 3. *§.* 23. *n.* 103. Verior tamen est contraria sententia, scilicet aliis fideicommissariis partem vacantem cedere, per *l. filius f.* 114. *§. divi De leg.* 1. ubi gravatus restituere liberis sui fratris sub conditione, non rectè restituit ante diem: Quod ex repræsentatione iis incommodum foret, quia vel parti eorum cederet, contra voluntatem defuncti, vel quia in eorum repræsentationis non adcresceret pars ejus, qui fortè ante diem decederet, ut patet ex verbis finalibus, *non omnibus*: quæ non possunt videri referenda ad ipsum hæredem, cum ideo negat J. C. repræsentationem valere, quia foret in commoda fideicommissariis; ad quos proinde spectat ratio ibi subjuncta. * Hinc patet esse jus adcrescendi 46 etiam in fideicommisso universali, de quo ibi agitur, ex §. §. præcedentibus. Facit eodem *l. unica §. pen* C. *De caduc. tollen.* ubi quæ de jure adcrescendi dispoſita ante in eadem lege fuerunt, dicuntur debere obtinere in omni ultimo elogio, etiam in mortis caussâ donationibus, ut non dabeant excludi fideicommissa. Nec facit prima ratio, quia ex ea sequeretur, nec in legatis, donationibusve mortis caussâ locum habere jus accrescendi, cum portio nulla vacet, quæ apud hæredem manet, quod absurdum dictu, ut repugnans variis textibus; nam ut in his tantum inspicitur voluntas testatoris præferentis conjunctos hæredi, uti mox dicitur, ita & hîc ex eadem ratione dicendus fideicommissarius conjunctus hæredi prælatus. Ex eadem solutione facilè tollitur ratio allata ex differentia fideicommissi & hæreditatis. Ita Jason *ad l. Re conjuncti num.* 206. *De leg.* 3. Partem semel acquisitam postea amissam non rectè dixeris deficere, cum hoc ipso, quo pars agnita, peteat jus adcrescendi, sicut aditá hæreditate exspirat substitutio, cui simile est jus adcrescendi. Quæ res aliter se habet in usufructu pluribus legato, uti infrâ monebimus.

47 Secundò habet locum jus adcrescendi inter hæredes legatimos, *l. Si Titio* 61. *§. Iulianus De leg.* 1. eo quòd hæreditas, quæ una est, non sit scindenda, & pars ejus amplectenda, pars repudianda, uti dictum supra *ad tit. De acquir. hered.*

48 III. Invenitur etiam inter bonorum possessores, *l.* 1. *Cod. Quando non petent. partes pet. adcresc.* si ex pluribus aliqui non admiserint possessionem aut spernentes suum jus, aut moriur antequam petiverint, aut tempore exclusi à bonorum possessione petenda, *l* 4. *inf. De bon. possess* nisi iis salvum sit jus adeundi jure civili, ut salvum esse posse dictum supra, *ad d. t. D acq. hered.* neque enim alia pars adcrescit, quàm quæ omninò deficit; hæc autem omninò non deficit, *l. Quoties* 91. *De R. I. l. Suum* C. *De jure delibe.*

IV. Inter legatarios obtinet; non aliter tamen, quàm ratione conjunctionis, de qua ideo paulò latiùs tractandum. Et sciendum primò, conjunctionem esse triplicem secundùm *leg. Re conjuncti* 89. *De legat.* 3 *& l. Triplici* 142. *De V. S.* * ut alii 49 sint conjuncti re & verbis, alii re tantum, alii denique verbis tantum. Conjuncti re & verbis sunt, quibus eodem orationis nexu res eadem relinquitur, ut *primo & secundo fundum Tusculanum do lego*, Re tantum, quibus separatâ oratione

oratione res eadem, idem jus relinquitur, veluti, *Primo fundum Sejanum, do, lego Secundo eundem fundum do, lego.* Verbis tantum quando eadem orationis figurâ res eadem expressis partibus relinquitur, veluti, *Primo & secundo fundum meum æquis partibus do lego.*

50 Quantum ad tertium hoc genus, non est in eo jus accrescendi, quod non reperitur alibi, quam ubi ab initio non habentur constitutæ partes à testatore, *l. 1. & §. in princ. l. penult. sup De usuf. adcresc.* Quam sententiam adjuvat Justinianus *Inst. De lega § si eadem res, & l. un. §. ubi autem Cod. De caduc. tollen* ubi tantum facit mentionem conjunctorum, quales passim habentur conjuncti re & verbis, & disjunctorum, quo nomine veniunt conjuncti re tantùm. Nec facit, quòd *d l. unica §. his ita.* dicat Imp. verbis conjunctos ob unitatem sermonis in unum quasi corpus videri redactos; nam hoc accipiendum, quando conjunctio verbi accedit ad rei conjunctionem, de qua in *d. §. his ita.* Non obstare dictam *l. 89.* patebit ex iis, quæ dicentur infra hac materia Atque ita Govean. *De jure adcresc. nu. 26. & lib 1. Animadvers. ad d. l. Re conjuncti,* Cujac. *15. Obs c. 4. & 24. Obser. c. 34.* Ant. Faber 6 *Conject. c. 1. & Decade 49. Errore 4. quamvis plures quoque in contrarium sententiam iverint, teste* Mich. Graffo §. *Ius adcrescendi quæst 8 n. 4.* Donel. 7 *Comment. cap. 18* Costal. *ad l. 1. sup De usufr. adcresc.* Multò minùs inter conjunctos sunt censendi ad effectum juris adcrescendi, quibus diversæ res eadem scripturâ leguntur, *l. Hujusmodi 84. §. pen. De leg. 1.*

Itaque tantùm crescendi sunt conjuncti hac in materia, qui partes concursu faciunt, expressè autem ab initio à testatore constitutas non habent: quò spectant conjuncti duobus prioribus modis, inter quos tamen est quædam diversitas. • Nam

51 conjuncto re & verbis pars vacans non nisi volenti adcrescit & quidem cum onere, *d l. un. § ubi autē.* Ratio prioris est; quòd conjunctis propalam res in solidum non legetur, sed conjunctim, ut pars vacans tanquam aliena adcrescat, ideòque omitti possit; quia non est absurdum, partem legati relictam agnoscere, partem autem non relictam rejicere: quæ vacans penes hæredem maneat *l. Cùm*

52 *fundus 36. inf. De cond. & demonst.* • Ratio posterioris est, quòd cùm sit quasi aliena, non sit respuendum onus adjunctum, cepto legati commodo, *d. §. ubi autem.* Disjunctis verò invitis adcrescit pars vacans, & sine onere. Ratio est, quia res solida primâ facie adsignata est à testatore, quæ & concurrenti utriq; olim debebatur, legata scilicet per modum damnationis; ita tamen, ut præoccupans rem auferret alteri, aut esset actio ad æstimationem. Hodie, sublatâ differentiâ inter modos legandi, partes concursu fiunt, *l. §. ubi autem* Vacans autem pars non tam dicitur alteri adcrescere quàm non auferri, non vacuari, non imminui ullius concursu, *d. §. ubi autem*: quod alii vocant, non discedere, & inde derivant jus non decrescendi. Quo modo & invito pars cedit, cùm legatum unum uni relictum ab eo scindi nequeat, sed vel totum sit agnoscendum, vel totum repudiandum *leg. Lagatarius 38. De leg. 1. l. 4. & 6. De leg. 2* Dico, unum legatum; quia ex pluribus relictis potest una seligi, *l. 5. De leg. 2.* quasi separatim relicta; tot enim sunt legata, quot res *arg. l. 1. §. sed si mihi De V. O.* Ex eo autem, quòd non tam adcrescat, quàm non minuatur, fit quod sine onere deficienti injuncto habeatur: nam cùm alienum non accipiatur, sed tantùm suum retineatur, non debet alieno onere alter prægravari, nisi aliter testator disposuerit, *d. §. ubi autem.* Ut autem sit sublata differentia inter modos legandi, manserunt tamen in Digestis non pauca responsa, quæ non rectè conciliantur, nisi per distinctionem modorum: nam quibus per modum damnationis erat quid relictum, isti non censebantur conjuncti. Videatur Goveanus *ad d. l 9 sup. De vulg. substit.* & Cujac. *ad l. Si duobus 16. De leg. 2.*

53 Quæritur hic, An idem obtineat in iis, quibus disjunctim relicta hæreditas? Fuit disjunctorum olim illa conditio, quòd non tenerentur ad onus alterius: sed post rescriptum Divi Severi, ut relicta ab instituta debentur à substituto, nisi de contraria voluntate pateat, *l. Licet. 74 De l. 1.* ita & cohæres quasi cohæredi substitutus consequitur adcrescentem partem cum onere, & ita accipienda *l. Pater 29. in fine* secundùm *l. Si Titio 61. in fine De l. 2.* Neque sane modica est inter substitutum & cohæredem affinitas, cum uterque vocetur ad partem vacantem eodem casu, quo scilicet institutus vel cohæres non adit: quod confirmatum *l. un. §. his ita definitis C. De cad tollen.*

54 Est itaque affectus cōjunctionis, quod pars deficiens alteri adcrescat. Ubi dubitatur, in eamdem rē simul vocatis, aliquibus conjunctim, aliquib' disjunctim, quis in parte deficiente sit præferendus? Species quæstionis hæc est. *Primo & secundo fundum Tusculanum do lego: tertio eumdem fundum do, lego.* Contingit deficere primum. Dicendum, secundū esse potiorem; eumq; partem primi capere. Ratio est, quòd re & verbis eidem sit conjunctus, cum tertiū rei tantùm nexus conjunxerit,

d. l. Re conjuncti 89. Major enim est cõjunctio rei simul & verborum, cùm faciat in eamdem partem eos venire, quàm rei tantùm. Facit namque unitas sermonis conjunctos quasi in unum corpus redactos, & pro eadẽ persona haberi: quo modo alter deficiens non faciet alterum minus habere. Si aliquis ex conjunctis re tantùm deficiat, non erit in ejus parte re conjunct' potior, veluti in hac specie *Primo & secundo fundum Tusculanũ do, lego. tertio eumdem do, lego: quarto eumdem do, lego*; deficiente tertio, non tantum primus ad ejus portionẽ admittetur, verùm & alii conjuncti inter se re & verbis, quòd omniũ sit par caussa, id est, quòd omnes sint re conjuncti respectu deficientis. Ubi re & verbis conjuncti non concurrent singuli æqualiter cum conjunctis re, sed tantam partem accipient simul, quantam singuli disjuncti capiunt. *l. Si pater 9. sup. De vulg. substit.* Ratio est, quòd habeantur pro una persona, & unius potestate fungantur, *l. Planè 34. in pr. De leg. 1. l. fin. C. De impuber. substit.* Cajac. *ad l. Si duobus vers. Secunda quæstio. De legat. 1.*

55 Major quæstio est, in casu quo concurrunt re conjuncti cum conjunctis verbis tantùm, in hac specie, *Primo fundum Tusculanum do, lego: secundo & tertio eumdem fundum æquis partibus do, lego.* Defecit secundus, an & primus ad ejus partem admittetur, an vero tertius tantùm? Posset videri primus potior esse, ob arctiorem conjunctionem realem, quæ facit ab initio totam rem deberi, & quòd verborum conjunctio speciem tãtum conjunctionis habeat, non etiam effectum, ut dictũ paulò superiùs, ex eo, quod partes ab initio sint datæ. Verùm à Paulo J. C. in *d. l. 89.* responsum est, haberi potiorem conjunctum verbis, scilicet tertium, ut patet ex versiculo, *Et magis est, ut & ipse præferatur*, scilicet verbis cõjunctus, cujus immediatè ibi fit mentio, & de ejus prælatione quæritur. Antè enim J.C. prætulerat conjunctum re & verbis conjuncto re tantùm: posteà quæstionẽ movet inter conjunctũ re tantùm & conjunctum verbis tantùm, & subjungit, *magis est, ut & ipse præferatur*, scilicet conjunctus verbis tantum: eodem scilicet modo, quo re conjuncto erat prælatus conjunctus re & verbis. Et hoc vult vis particulæ *Et* inclusivæ, quæ aliàs frustrà esset apposita. 56 * Ratio est in unitate sermonis, quæ caussat prælationem, quando ei accedit conjunctio rei, *d. l. un. § his ita definitis.* Uti hoc in casu, in quo verbis tantùm conjuncti fiunt conjuncti re & verbis, per adjectionem & concursum conjuncti re tantùm: qui concurrendo facit, ut conjuncti re tantùm redigantur ad unam partem, scilicet unum semissem, qui, aliàs habuissent singuli separatim semissem. Quo modo ex mente testatoris non debeat habere minus semisse, sive uterque concurrat, sive alter tantum, quem capiendo non potest videri alter amplius suâ parte accepisse.

57 Non obstat *l. Mævia 41. De legat. 2.* ubi in hac specie, *Mævio dimidiam fundi partem, Sejo dimidiam lego, eumdem fundum Titio do, lego*, deficiente Mævio, ejus partem non solum capit Sejus, sed & Titius: nam ibi non sunt conjuncti verbis duo primi, sed omnes æqualiter conjuncti, scilicet re tantum, quòd separatim partes sint legatæ. Non etiã *l. Si ita quis 66. sup. De hæredib. inst.* ubi in hac specie, *Titius hæres esto. Cajus Sejus hæredes sunto ex æquis partibus*, deficiente Seio, etiam admittitur Titius; quod non foret, si conjunctus verbis esset potior; nam ibi omnes esse disjunctos, & nullum esse conjunctum, patet ex verbis, *æquis partibus*, quæ ad omnes spectant, & faciunt singulis videri relictum trientem, cum testator ibi potius usus sit compendio verborum, non etiam conjunctionẽ inducere voluerit. Vid. Duar. *lib. 2. De jure adcresc. cap. 7.* Cujac. *24 Obser. c. 34.* Ant. Fab. *Decade 49. Errore 7. &* Fachin. *4. Contr. c. 99.*

58 Quantum ad legatum relictum servo communi, non habet in eo locum jus adcrescendi, cum singulis dominis separatim pars sit relicta, cum non videatur conjunctim legatum servi communis dominis, sed separatim pro partibus dominicis, secundum sententiam Celsi & proculi in *l. & proculo 20. De legat. 2.* Ubi non rectè aliqui objiciunt *l. 1. §. 1. De usufr. adcresc.* ubi J. C. vult etiã alteri domino partem deficientem adcrescere; nã textus ille loquitur de usufructu legato, in quo plus est, uti infrà dicetur.

59 Non minus agitata est quæstio, An emptorem hæreditatis sequatur pars alterius cohæredis deficientis, quasi ex jure adcrescendi? Quidam hoc volunt. Primò, quia hæreditas sit jus universum, ut illâ venditâ hoc venditum intelligatur, quod penes hæredem futurum erat caussâ hæreditatis; erat autem futura pars illa cohæredis deficiens. Secundo per *l. Si Titio 33. in fine sup. De usufr.* ubi portio dicitur adcrescere portioni. Videtur autem portio esse penes emptorem, illique adcrescere, *arg. l. Si totam 83. sup. De acquir. hær.* ubi rogato restituere ideo non adcrescit pars vacans, quia rem non habet; uti nec hoc casu habet hæreditatem venditor, sed emptor. Ad idem facit *l. Papinianus 43. inf. Ad S. C. Trebell.* ubi fideicommissarium sequitur portio adcrescens, nõ etiã hæredem. Tertio, per *l. 2. §. non tantum sup. De hæred. vel act. vend.*

ubi

ubi non tantū restituendum emptori, quod pervenit ad venditorem hæreditatis, sed & quodcūque perventurum ex ea. Quarto quia emptor vicem hæredis sustineat, d l 2. § cum quis Ita Bart. ad d l Re conjuncti 89. nu. 15 De leg. 3. quem sequūtur alii relati per Gomez. Variar lib. 1. c. 10. n. 44. Sentit idem Duar. De jure adcresc. lib. 2. c. 6. dicens istam sententiam esse apertam, Joan. Robert. 3. Animadvers. cap. 11. & 3. Notar. ad Mercat. c. 13.

60 Verum non obstantibus allegatis, contraria opinio vera est, & iuris rationi consona, scilicet adcrescentem portionem deberi hæredi venditori, ex mente testatoris, conformi iuris dispositioni, cum per venditionem hæreditatis non desierit esse hæres; tenetur enim creditoribus hæreditariis, l. 1. C. De hæred. vel act. vend. & legatariis, quibuscum quasi contraxit adeundo hæreditatem nec ab iis facto se suo potest liberare non solvendo, l. 4 C. De repudian. hæredit. Ut penes eum portio hæreditaria, licet vendita, virtualiter remanserit, quam tantum materialiter censetur trāstulisse ad emptorem; ut proinde & quod adcrescit, illi, non huic debeatur. Quo facit l. 4. § fin. sup. Si quis amissa causa testam. ubi venditor hæreditates dicitur eam venditam possidere; ut nihil obstet d. lex. 33. Facit, quod jus adcrescendi illum debeat sequi, qui à testatore est honoratus, l. 3. § 2. inf. De legatis præstan. is autem est hæres, non emptor l. Si quis hæres 35. in pr. sup. De acquir. hær. Facit etiam quod hæres vendendo portionem suam, tantùm censeatur vendidisse talem, qualis jam penes eum est, d l 2. § 1. & § pervenisse. ubi dicitur hoc plerumque videri agi, ut quod ex hæreditate pervenit in id tempus, quo venditio fit, id videatur venisse, actu scilicet aut potentiâ propinquâ. Necdum autem pervenerat eo tempore altera portio vi juris adcrescendi, quia adhuc incertum, an ea deficeret, ut non possit videri venisse aut de ea fuisse cogitatum, uti rectè tradit Cujac. 12. Obser. c. 13. Præterea hanc partem juvat l. Si solus 80. §. item si servus De acquir. hær. ubi servus pro parte institutus hæres purè, pro parte sub conditione, dato scilicet cohærede, si jussu domini adierit partem, illi quidem eam quærit: si tamen postea, eo manumisso, conditio alterius portionis extiterit, ea non cedet domino, sed ipsi manumisso tamquam hæredi, cui & prior portio erat acquisita. Quod & hoc in casu dicendum, cum non minùs portio penes venditorem esset dicenda, quàm ibi dicitur eoram servo esse. Facit denique d. lex. 2. §. 2. ubi institutus hæres, & substitutus impuberi, si hæreditatem paternam aditam vendiderit, postea existente conditione substitutionis hæreditatem impuberis non potest videri vendidisse, nec tenetur eam cedere emptori, quòd alia sit hæreditas impuberis à paterna: uti & hic alia est hæreditatis pars, quæ accedit jure adcrescendi, ab ea, quæ vendita necdum debita venditori tempore venditæ hæreditatis, ut de ea non possit videri actum aut cogitatum. Et hanc posteriorem sententiam latè probat Jason ad d. l. Re conjuncti num. 123. & 141. dicens eam esse communem, & pluribus auctoritatibus firmatam, in consulendo & judicando sequendam. Quamvis in eo mihi errare videatur, quòd dicat casum hunc, si in facto esset quæstio, fore pro amico, cùm ratio juris eamdem sententiam firmet, Gomez. d c. 10. num. 44 Fachin. 5. Contr. c. 101. & A. Fab. Decade. 50. Err. 5.

61 Nec obstat primum pro priori sententia allatum argumentum, cùm non possit videri aliud venditum, quàm quod de facto erat penes hæredem, nisi aliud sit actum, d l. 2. §. 1. h. t.

62 Non obstat etiam secundum, nec d. l. Si Titio quicquam facit contra posteriorem sententiam, cum sensus ejus sit. Qui fundum petiit vel fundi partem, nec obtinuit, deficiens postea collegatarii pars eidem non adcrescet, quia nō habuit, nec habet portionem, cui pars vacans accedit. Aliud est usufructu, cujus si partem quis petierit, nec obtinuerit, debitā tamen postea nihilominus partem collegatarii vacuam petere potest, atque ita illi, qui amisit partem, adcrescit portio vacans. Ratio differentiæ est, quòd fundi portio adcrescat fundo, eumque sequatur, sicut alluvio: ususfructus autem personæ adcrescat, etiā si amiserit partem, quia personalis est, non etiam fundi pars, l. Interdum sup. De usufr. accresc. Cujac. ad d. l 33. § 1. Unde cum hic agatur de parte fundi quæsita, rectè dicitur pars vacans accedere portioni, quæ virtualiter est penes hæredem; qui, ut dictum, semel hæres, nequit desinere esse hæres, nec à creditoribus hæreditariis se liberat facto suo. Ut non obstet d. l. 85 De acq pos. nam loquitur de eo, qui portionem suam planè amisit, & hæres esse desiit, accepto successore, quod illi ut indigno (quia tacitè caverat se restituturum incapaci hæreditatem) auferatur hęreditas, & fisco tamquā hæredi deferatur. Ut eidem rectè adcrescat portio, nō etiā hæredi nominato, penes quem ne quidem virtualiter permāsit portio.* Eadem ratione non obstat d. l. 42. inf. Ad

63 Senatuscons. Treb. nam & ibi qui compulsus adiit hæredi-

hæreditatem, eamque restituit, portionem habere non videtur, sed ea est penes fideicommissarium, qui habetur pro hærede universali, omnibus juribus hæreditatis ad eum translatis; adeò ut ne quidem quartam Trebellianicam retineat, nec fideicommissum relictum obtineat hæres, *l. 4. inf. Ad S. C. Trebell.* quòd omni commodo indignus habeatur, qui supremas defuncti preces destituit, *l. Si patroni 55. §. quis ergò inf. d. t.*

64 Non obstat tertium argumentum, quia *d. §. nō tantùm*, dum ibi dicitur, *non solùm quod jam pervenit, sed & quod quandoque pervenerit restituendum esse*, accipiendus de eo, ad quod jam actu est jus quæsitum hæredi, aut potentiâ propinquâ, ut patet ex textu, non etiam remotâ. Aliàs fieret injuria venditori, qui non nisi de portione hæreditatis, quam de præsenti habet, potest videri cogitasse, non etiam de ea, quæ postea accedere per repudiationē cohæredis; neque enim totā hæreditatē eodem pretio erat venditurus, quo partem vendidit, nisi aliud sit actum. Vide Gutierrez *ad l. 1 C. Quando non peten. partes pet. accres. n. 55. & seqq.*

Eadem ratione non obstat quartum argumentum; nam emptor vicem quidem hæredis sustinet, quoad commoda fructuum perceptorum & actiones; quæ tunc temporis sunt, quo venditur hæreditas, non etiam jura & actiones, quæ postea accedunt jure adcrescendi.

65 Et ita in hæreditate vendita obtinet. Aliud juris ponunt in legato vendito Bart. *in d. l. Re conjuncti n. 26.* Gomez. *d. loco*, sentientes quoad partem adcrescentem potiorem esse emptorem. Verius tamen & hoc casu potiorem esse venditorem per *d. l. 2. §. 1. & §. pervenisse*, quia nihil videatur venditum, quàm quod pervenerit, facilè enim aliàs esset venditorem damnum pati, qui modico fortè partem suam distraxit. Facit, quòd non possit dari ratio diversitatis inter venditorem legati & hæreditatis quoad jus adcrescendi. Vasq. *De success. tomo 1. & 21. num. 61.*

66 Hæc quoad jus accrescendi in relictis ultimâ voluntate, quod dictum prohiberi non posse per testatorem, qui non potest facere, quò minùs leges locum habeant in suo Testamento, *l. Nemo potest 55. De leg. 1.* Et hoc quoad hæreditatem, ob sæpè dictam regulam, quæ non patitur aliquem pro parte tantùm testatum decedere. Aliter se res habet in legatis, in quibus prohibitio juris adcrescendi nihil continet inconveniens contra regulas juris, cùm portio deficiens adcrescat hæredi. Ubi etiam nihil continet inconveniens contra regulas juris dispositio in hæreditatibus, ut uni potius adcrescat quàm alteri, neque enim per hoc peccatur contra dictam regulam.

67 Quinto, locum habet jus adcrescendi in usufructu pluribus relicto: hâc tamen differentia, quòd ususfructus constitutus, & postea amissus, nihilominus conjuncto adcrescat, *leg. 1 §. Interdum sup. De usufructu adcresc.* Quod aliter se habet in proprietate relicta, ut ex superioribus colligere est. Rationem in eo ponunt, quòd proprietas in momento constituatur, eo scilicet tempore, quo venditur, quo solo qui non concurrit, non facit partem alteri, qui verò concurrit, partem facit, etiam si postea eam deserat: ususfructus autem quotidie constituatur & legetur, ex eo, quòd in quotidiana perceptione consistat, & in facto fruendi. Unde quandocumque non invenio, qui mecum utatur fruatur, sive conjunctim sive separatim sit relictus, solus utar fruar in solidum, *d. §. interdum in fine* Præterea est differentia in eo, quòd proprietas adcrescat rei, id est, portioni, non etiam personæ si portionem amiserit, *l. Si Titio 33 sup. De usufr.* ususfructus verò non rei sed personæ, etiam non habenti partem, modo habuerit, *l. Interdum 10. in fine. De usufr. adcresc.* nam personam respicit, estque individuus. Quo modo si servo communi sit relictus, inter duos dominos erit jus adcrescendi, *d. l. 1. §. 1.* quia persona servi inspicitur, quæ utitur fruitur: etsi aliud sit in proprietate legata, quæ servo communi relicta censetur, datis partibus, secundùm ea, quæ dicta sunt superiùs.

68 Videtur & donationibus causâ mortis concedendum jus adcrescendi, cum legatorum naturam sequantur, secundùm ea, quæ dicentur suo loco de mortis causa donationibus. Aliud juris est in donationibus inter vivos, nisi quatenus à Principe sunt factæ simul duobus, in quibus socium potiùs præferri, quàm fiscum, responsum est *in l 1. C. Si Imperialis liberalitatis socius lib. 10.* Bart. *ad d. l. Re conjuncti numer 69.* Grassus *V. Donatio mortis caussâ qu 16.* Gomez. *1. Var. c. 10. n. 7.* & alii communiter, solo Ant. Fab. dissentiente, *Decade 48. c. 10.*

69 Non habet etiam locum in contractibus, quia judicantur secundùm formam, quâ initi. Facit elegans textus in *l. Si mihi & Titio 110. De V. O.* ubi stipulatio quoad extraneum adjectum non valet, nec auget portionem stipulantis; ut pars nulla vacet, quæ alteri cedat. Si tamen res divisionem non patiatur, uni tota cedet, *l. Proprium sup. Communia prædior.* Sic & in *l. Fundum 64 sup. De contrahen. empt.* empto fundo sibi & Titio, tantùm

tam emptori emptus, non ex vi juris adcrescendi, sed ob interesse venditoris, ne in communionem incidat. Gomez *d. cap. 10. n. 1.* Mudaeus *ad d. l. Fundus n. 12. & ibid.* Cujac. Duar. *De jure adcrescendi lib. 1. cap. 15.*

Caput IV.

De rerum, quae relinquuntur, & verborum, quibus legantur, significatione.

De hac potissimùm tractatur *De leg. 3.* & in Cod. elegans est Tit. & succinctus *De verbor. & rer. significatione*, explicans ea, quae in testamentis ponebant voluntatis obscuritatem, propter ambiguitatem, quam caussabant, praecipue circa legata & fideicommissa. 70 Ista explicatio verborum tam certa est, ut ab ea non sit recedendum, nisi aliter de mente pateat *l. Non aliter 69. De leg. 3.* Neque enim curandum de verbis, quando mens est certa, quae praecipuè inspicienda, *l. pen. De leg. 1.* Unde rejicitur Labeonis sententia, figuram verborum sequentis; probatur verò Proculi, figurae verborum mentem praeferentis, *l. Quisquis 118. inf. De V. S.* Sic J. C. *in l. Fideicommissa 11. §. si servo De legat. 3.* servo alieno legatâ militâ, interpretatur non alias deberi ex mente legantis aestimationem, quàm si sciverit servum esse, quasi ignorans legare noluisset. *Et in l. Pamphil. 36 eod. tit.* verbis, quae aliud velle videbantur, omissis, sententiam defuncti sequitur Scaevola. Verbum, *Meum*, si fundus vel homo fuerit communis, tantùm de parte accipiendum esse, non de toto, responsum est *in l. 5. §. 1. De leg. 1.* Rogatum restituere, cum volet, post mortem rogatum esse, habet *l. uxorem 41. §. Scaevola De leg. 3.* Inter *emptum & paratum* hoc interesse, quòd in empto paratum insit, non etiam continuò parato emptum contineri, traditur *l. Si quid 47. §. 11. eod.* ut paratum latiùs pateat, quàm emptum, *l. Item legato 49. §. 3. eod.* Nomine *fundi instructi* illa instrumenta, mancipia, res venire dicuntur, quae in perpetuum fundi usum sunt comparata, non etiam quae ad tempus tantùm illata *l. 1. C. De V. O* Nomine *Cautionis* sive *Cautela* à testatore praeceptae nudâ promissionem venire, non autem fidejussoris aut pignoris dationem, traditum est *l. 3. C. d. tit*

71 Conjunctionem disjunctivam habere vim copulativae traditur *l. 4. C. d. tit.* idque ne voluntas pereat. Et hoc, quando ponitur inter personas vocatas ad haereditatem vel legatum, ut uterque censeatur honoratus, dividaturque inter eos relictum. Quod & in contractibus idem volunt, servatis tamen iisdem terminis, in quibus loquitur *d. l. 4.* scilicet quando quis promittit duob⁹, non interpositâ sua persona. Alias si quis stipuletur, personâ suâ interpositâ, observanda erit decisio, *l. si quis alii, & §. plane instit. De inutil. stipulat.* Interdum & contra copulativa vertitur in disjunctivam, ita exigente materia, *l. Conjunctionem 29 & l. Saepè 53. inf. de V. S* In rebus disjunctivè relictis copulae sua vis manet ut in contractibus ita & in testamentis, quòd scilicet altera tantùm debeatur, *d. l. 4. in fine.*

Familiae nomine interdum libertos & servos venire, interdum eos, qui sunt ejusdem nominis, patet ex *l. fin. Cod. d. tit.* Verùm fusior haec est materia, quàm ut certis regulis concludi possit: unde dicendum in genera servandam in ambiguis normam, quam Ulpianus praescripsit in *l. Si servus 50. § si numerus De leg. 1.* ubi dicit inspiciendam esse consuetudinem regionis & patrisfam. ejusque mentem, & benignitatem erga legatarium, amicitiam, & charitatem, aliaque similia.

72 Ad effectum legatorum quod attinet, ea necessariò sunt praestanda ab haerede; eoque nomine triplex est actio legatario, realis scilicet, personalis & hypothecaria, per quas legatum sibi relictum persequatur, *§. nostra autem inst. de legat. l. 3. Cod. Com. De legat.* Quo modo non tantùm agit in personam haeredis quasi ex contractu (adeundo enim quasi contrahit cum legatariis) verum & reali, cum rem legatam vendicare possit, si fortè in alium sit alienata per haeredem: non tantũ si purè sit legata, verùm etiam si sub conditione, cum conditio eveniens retrotrahatur ad tempus mortis, faciatq; quasi cõtinuò à morte testatoris legatum fuisse debitum, atque ita legatario competiisse jus reale, licet fictũ, potentius tamen, vera traditione interea per haeredem alteri factâ, cujus caussa per conditionis eventum annullatur, *d. l. 1. §. fin autẽ sub conditione.* Est & hypothecaria, quae videtur esse circa rem legatam, *per l. 1. C. d. t. in verbis, & insuper utilem, & verbis final. & hypothecam esse &c.* Non obstante, quòd res sua nemini, rectè obligetur, nam, uti dictum, legatarius tantùm est dominus civiliter & jure speciali, non etiam verè & naturaliter: & regula juris, quae habet, rem suam nemini obligari, in iis tantùm obtinet, quae perfectè sunt nostra. Non rectè quis dixerit, personalem & realem non posse uni competere ad idem, quòd una praesupponat dominum, non etiam altera; nam ea regula tantùm obtinet in rebus, quae omnino nostrae sunt, non etiam in iis, quae tantùm civiliter habentur. Ut nihil contra-

dicat, si, cum sit dominus civiliter, agat personali ad consequendum verum dominium per traditionem, hypothecaria autem agat in res à testatore relictas, etiam ipsi legatario. Non potest autem simul agi his actionibus, sed una eligenda commodior, *l. Cùm Titius 76. §. pen. de leg. 2.* Hæc de legatis. In fideicommissis idem juris obtinet, cum eumdem effectum habeant cum legatis, & actiones easdem: nisi quòd verbis obliquis relinquantur, legata autem directis, uti dictum supra, & quoad fideicommissa particularia, nam universalia sunt alterius ordinis, ut dicetur inferiùs.

FINIS LIBRI XXX. I. & II.

HENRICI ZOESII I. C IN LIBRUM XXXIII. DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De annuis & menstruis legatis.

SUMMARIUM.

1. *Legatum hujusmodi non unum, sed plura, & primi anni purum, sequentium conditionale.*
2. *In contractibus etiam hæredi consulitur.*
3. *Legatum annuum in perpetuum deberi potest.*
4. *Corpori certo relictum perpetuum est.*
5. *Annuo relicto, non adjectâ summâ, quid juris?*

De legatis in genere actum libris superioribus: in sequentibus subjiciuntur quædam species, quæ separatos Titulos desiderabant, quòd in iis propria quædam essent. Et primò quidem agitur de legatis annuis & menstruis, quibus in singulos annos aut menses testator certis personis quid præstari mandavit ab hærede.[1] In quibus hoc singulare est, quòd censeantur plura, non unum legatum, *l. 4. & l. Cùm in annos 11. h. t.* & quidem primi anni purum, quia continuò peti potest, & in principio cujusque anni debetur, *d. l. 4. & l. 8. h. t.* Ut ad hæredē ejus petitio transmittatur, etiamsi legatarius toto anno non vixerit, *d. l. 8. & l. Filia mea 12. h. t.* sequentium autem annorum sit conditionale, quòd ei intelligatur hæc inesse conditio, *si vivat*, ideoque legatarii morte legatum extinguatur *d. l. 4.* Cujus ratio est, quòd legatum hujusmodi ferè alimentorum, disciplinæ, vestiarii aut simili caussâ relinquantur, quò legatario sit consultum, ut eo mortuo ad hæredem legatum non transeat, qui a post mortem ampliùs illi consuli nequit.

[2] Aliter se res habet in contractibus, quibus etiam hæredi consulitur, *l. Veteres C. de contrah. stipul.* Quo modo in stipulatione, *Annua decem dabo quoad vives*, dicitur contracta purè obligatio, id est, continuò ex ea agi potest, *l. Eum qui ita 55. §. qui ita inf. De V. O.* & perpetua, *Inst. De V. O. §. at si ita*, quòd in ea non spectetur persona stipulatoris, ut ei sit consultum, sed potius promissoris, qui sibi consultum vult divisis pensionibus. Hoc tamen

men in casu etsi hæres non repellatur ipso jure, petens annua decem, quia tempus non est modus tollendæ obligationis, post mortem tamen stipulatoris petens rectè rejicitur exceptione, *d. §. at si ita.*

3 Potest & legatum annuum in perpetuum deberi, si testator non tantùm certæ personæ, sed & hæredibus in infinitum præstare voluerit, *l. In annalibus 22. C. De leg.* uti & potest restringi ad brevius tempus vel conditionem, veluti, quòad nupserit, quòad in potestate patris est, *l. Legatum 17. l. fin. hoc tit.*

4 Corpori certò relictum, veluti Reip. Ecclesiæ, aliive loco pio, perpetuum censetur, *l. 6. l. Cùm quidam 23. h. t.* Vide dicta supra, *tit. Quib mod. ususf. amit. n. 6.* Certæ itaque personæ legata talia relicta morte finiuntur, etiamsi hoc adjectum non sit, propterea quòd alimentorum vicem videantur subire, licet alimenta non sint. Qua in re sunt similla usufructui, qui etiam finitur morte, *d. l. 8.* In eo tamen dissimilia, quòd capitis diminutione non pereant, *d. l. 8.* utpote consistentia potiùs in facto quàm in jure, *l pen sup. de capit. minut.*

Quòd si annuum quid relictum fuerit, non adjectâ summa, nihil videri adscriptum Mela putat: Nerva è contra, id præstandum esse vult, quod testator præstare solitus, aliàs ex dignitate personæ statui oportere, *l. Si cui 14. h. t.*

TITVLVS II.
De usu & usufructu legato.

SVMMARIVM.

1. *Pinguius legatum ususfructus, quàm usus:*
2. *Legatum ususfructus quando utile.*
3. *Reditus legatus in certum usum, in alium usum quando verti possit.*
4. *Vsusfructus an per ingressum Religionis extinguatur?*
5. *Habitatio non extinguitur capitis diminutione aut non utendo.*

VT utile est legatum annuum, ita & ususfructus, usus, reditus habitationis, operarum, 1 servi, de quibus hoc Tit. Sunt ea ab hærede præstanda iis, quibus relicta, mansura penes eos, donec vixerint, nisi ad tempus sint restricta, *l. Vxori mea 27. h. t.* Ubi sciendum, pinguius esse legatum ususfructus, quàm usus, secundùm ea, quæ superiùs tradita sunt de usu & habitatione, ubi dictum, habitationem dare commoditatem habitandi & elocandi.

Est autem ususfructus legatum utile, si fuerit 2 rei propriæ: nam usumfructum, quem habeo circa rem alienam, non lego utiliter, cùm is mortuo me extinguatur, *l. quod in rerum 24. §. 1. de legat. 1.* Quamvis legatum rei alienæ, cujus ususfructus est testatoris, teneat, quia res aliena legari potest. Nisi testator, credens suam esse, eam legaverit, quia cùm ignoraverit alienam, non potest dici voluisse legare, cùm gravamine sui hæredis *l. Sticho 36. §. 1. h. t.* secundum quam interpretationem accipienda *l. Vxori C. de legatis.*

Reditum si quis legaverit in certum usum, in 3 quem impendi potest, in alium usum non rectè vertes sine auctoritate Principis quòad usus publicos, *l. Legatum inf. De administ. rer. civit.* aut Pontificis, si agatur caussa pia, *Clem. 2. in princ. de relig domib.* Everardus *Conf. 94* Guido Papæ *qu. 556.* ne sit liberum alicui fraudare ultimas voluntates temerè. Quòd si in usum destinatum res legata converti nequeat, in alium usum similem licitum convertetur, ut quatenus fieri potest satisfiat voluntati defuncti, *l. Legatum 16. h. t.* Jason. *in l. Apud Iulianum, alias l Cum servus 39. § constat. n. 19. De leg. 1.* Extinguuntur hæc legata pleraque morte legatarii, ut ususfructus, usus, habitatio ac reditus, quia usufructui vel potiùs annuo legato est similis, *l. Patrimonii 22. h. t.*

Quæret hic aliquis, An fructuario ingrediente 4 Religionem ususfructus extinguatur? Quod videri posset, ex eo, quòd censeatur quodammodò mortuus, qui Religionem ingreditur, *l. Deo nobis 56. C. De Episcop. & Cleric.* ubi pactum lucrandæ dotis conceptum in casum mortis purificatur per ingressum Religionis, ut videatur idem operari ingressus, quod mors naturalis. Contra tamen dicendum; cùm non per omnia ingressus morti compatetur, sed tantùm quòad civiles actus, de quibus loquitur in *d. l. 56.* Imp. non etiam quòad naturales: quo modo ususfructus non potest dici extinctus, Papon. *14. Arrest. tit. 2. cap. 4.* Guido Papæ *qu. 595.* Jason. in *Auth. Ingressi n. 48. Cod. de sacros. Eccles.* qui tamen malè hoc limitat in usufructu, qui competit patri in bonis adventitiis liberorum, & in usufructu dimidiæ partis bonorum, ratione emancipationis competente; ex ratione, quòd acquisitus sit ratione patriæ potestatis, ut eâ extinctâ tamquam caussâ debeat cessare ususfructus, ut ejus effectus. Sequitur eum Covar. *ad c. 2. n. 14. De testam.* ex eadem ratione, quæ militat quidem in quærendo usufructu, in quo requiritur principiū utile, non etiam in jā

perfectè acquisito, qui non potest eripi per casum supervenientem. Pro qua parte facit *l. fin. C. de usufr.* ubi usufructus patri quæsitus per filium, aut servum non amittitur ideo, quia potestate liberatur filius vel servus. Ratio est, quòd pater verè in vivis maneat, nec per ingressum cogatur bona alii cedere, etiam ad vitam tantum competentia; cum Monasterio ea cedant pro isto tempore, *d. Auth. Ingressi.* Non obstat etiam, quod per emancipationem patri tantùm manet dimidia pars usufructus adventitiorum, *§. hoc quoque Inst. Per quas pers. nob. acquir.* nam hoc verum est in emancipatione, per quam filius consequitur liberationem à patria potestate, facto ipsius patris, qui tunc auctoritate legis retinet partem usufructus, quasi in beneficii remunerationem. Quod idem non est hoc in casu, cū filius tantū ex consequenti liberetur patriâ potestate, quòd scil. pater existens in aliena potestate, in sua habere aliquē non possit. Quo modo & filio sui juris effecto per aliquam specialem qualitatem supervenientem, uti Episcopatum, particiatum, non privabitur pater usufructu adventitiorum filii. Et hoc, si Monasterium fuerit bonorum capax; quia aliàs non invenitur persona, in qua usufructus subsistat, qui ideo continuò redit ad proprietatem. Ita tenet Glossa *in Auth. Idem est C. de bonis quæ lib. in potest. constit.* quam sequitur Pinel. *in l. 1 p. 1. n. 42. Cod. De bonis matern.* Gomez. *ad L. Tauri 48. n. 8.* Fachin. *6. Contr. cap. 12.* Caldas *ad l. 3. V. lasis n. 141. & 142. C. de in integ. restit. minor.* Pari ratione filio ingrediente Religionem, & monachismum profitente, usufructus adventitiorum penes patrem remanebit. Gomez. *n. 7.* Pinel. *n. 45.* Caldas *n. 143 locis citatis.*

5 Habitationem non extingui diminutione capitis, nec non utendo, responsum est in *l. Si habitatio 10. sup. De usu & habitat.* quòd potiùs in facto consistat, & aliàs non intelligatur esse quam quatenus habitatur.

6 Legatum operarum hoc singulare habet, quòd non tantùm non utendo, aut capitis diminutione non pereat, sed ne quidem morte ejus cui sunt relictæ operæ, sed demum morte ej⁹, qui eas debet, aut præscriptione, *l. 2. h. t.* Cujus ratio est, quòd opera magis spectentur ex re, quæ eas debet, quàm persona, cui debentur, & in facto actioneque servi consistant, ac proinde in rerum natura esse non intelligantur nisi actu præstentur per servum: quo non præstante, non rectè dixeris operas amitti, non magis quàm fundo non ferente fructus amitti usumfructum, *l. 1. inf. de operis servor.* Habent itaque hoc singulare operæ, quod ad hæredem transeant, pro vita servi, qui eas debet, quòd spectetur servus earum debitor; congruum autem sit rationi, unumquodque ex ejus persona, in qua consistit, stare aut interire.

TITULUS III.

De Servitute legata.

SUMMARIUM.

1. *Servitus cui rectè legetur.*
2. *Legatum servitutis realis in quo differat à legato servitutis personalis.*
3. *Servitutis usus aut usufructus non rectè legatur.*

UT personalis servitus rectè legatur, ita & realis, ex eadem ratione; *toto h. t.* ita tamen, ut non alii legetur quàm cui utilis est, vel esse possit, ut qui habet prædium vicinum, cui acquiri possit, secundùm ea, quæ tradita ad tit. *De Servit.* Est autem servitus individua, ut pro parte non legetur, quia foret inutilis, & relictam à pluribus hæredibus singulis in solidum ea debeant, *l. fin. h. t.* 1

Distinguitur autem in eo legatum servitutis realis à legato personalis, quod hæc morte finiatur, illa autem sit perpetua, & ad hæredes transeat; neque enim personæ, sed rei, quæ non perit, debetur. Hinc neque ad tempus relinqui potest, neque ad certam conditionem. Si tamen ita relicta fuerit, contra placitum servitutem vindicanti doli exceptione occurretur, *l. 4. sup. de servit.* Non obstat, *l. penult. h. t.* nam in ea non tam servitus legatur realis, quàm jus aliquod personale transeundi, non etiam jus plenum servitutis, ut ad hæredem non transeat. 2

Ut autem servitus, sive personalis sive realis, rectè legetur, non tamen servitutis usus aut usufructus; eò quòd servitutis servitus dari nequeat, ut ait J. C. in *l. 1. sup. de usu & usufr. leg.* qui tamen dat actionem incerti contra hæredem, ut legatario, quamdiu vixerit, præstet eundi, agendi, ducendi facultatem; idque sub cautione, ut si decesserit legatarius vel capite minuatur, restituatur servitus.

TITULUS IV.

De Dote prælegata.

SUMMARIUM.

1. *Dos prælegari aut relegari quando dicatur.*
2. *Dotis legatæ utilitas.*

3. Dos

3. *Dos quibus casibus non legatur utiliter.*
4. *Marito legante rem, quasi dotis nomine acceptam, utile est legatum.*

1 Dotes prælegari à marito uxori frequens est, *l. 1. §. 1. & 2. h. tit.* Prælegari dicitur, quasi præseus & ad manum dari. Dicitur & relegari, quòd reddi potiùs sua res uxori videatur, quàm dari. Pleniùs hoc legatum dotis dicitur esse, quàm de dote actio, *Inst. de legat. §. sed si uxoris.*

2 Ejusque rei duo commoda in *d. l. 1. §. 1. & 2.* exponit Ulpianus. Prius est repræsentationis, quia dos data præsenti die reddenda ex causâ legati, cujus actio est præsens; cum olim consistens in rebus pondere, numero, mensura constantibus, non nisi annuâ, bimâ, trimâ die dos reddenda esset, id est tribus pensionibus. Hodie ex Justiniani Constitutione, in *l. unica §. cum autem C. De re uxor. act.* intra annum res mobiles sunt reddendæ, immobiles continuò. Alterum est, quòd impensarum in dotem factarum deductio olim competens & rei donatæ exactio censeatur remissa, *d. §. 2.* cessentq; pacta, quæ fortè mulieri minùs commoda, *l. 6. h. t.*

3 * Quæ ita procedunt; primò, si dos constante matrimonio non sit reddita, quia cùm dotem habeat mulier, frustra eam iteratò petet, *d. l. 1. §. ideo.* Secundò si res data non perierit suo fato, & sic desierit esse in rerum natura, *d. l. 1. §. sed & si mancipia.* Tertiò, si nulla dos sit data, frustrà enim legatur dos, quæ nulla est: ut etiam frustrà legantur centum, quæ in arca sunt, si nulla ibi sint, *d. l. 1. §. pen.*

4 * Si tamen maritus certam rem aut quantitatem, quasi dotis nomine acceptam uxori dari voluerit, utile erit legatum, *l. 6. & l. fin. h. t.* etiamsi nullam acceperit aut non tantam; nam cum sit in bonis res, aut saltem hæreditas sit solvendo, legata summa danda est, *l. si pecunia 12. De leg. 2.* Quod & dicendum, si post dotem redditam maritus, prætextu ejus reddendæ, legaverit certam summam, eò quòd verbum, *reddendi*, licet significationem habeat retro dandi, recipiat tamen & per se dandi significationem, *l. cum quidam 21. d. t.* Nihil obstat, quod demonstratio sit falsa, nam ea non viriat legatum. *Inst. de legat. §. huic proxima.*

TITVLVS V.
De Optione legata.

SVMMARIVM.

1. *Optio legatario licentiam dat eligendi rem optimam.*
2. *Non etiam legatum generis.*
3. *In legato per damnationem electio est hæredis.*
4. *Conciliatur l. si cui 9. de servitutibus cum l. si via 26. De servit. rustic. præd.*
5. *Legatum optionis quatenus ad hæredem transmittatur.*
6. *Servorum electione elegatâ tres tantùm eligere licet.*
7. *Optionem iterare an & quatenus liceat.*

Optio inter actus legitimos ponitur, *l. Actus 77. inf. De R. I.* qui purè peraguntur, sine die & conditione, & ab electione hodie non differt. * 1 Fit his verbis, *Optato, Eligito*, datque legatario licentiam eligendi rem optimam, *l. 2. h. t.* ex rebus testatoris; neque enim res alterius rectè optatur. Non obstat *l. fin. §. sed si quis C. Com. de Leg.* nam quod ibi non eligatur res optima, est, quòd optio attributa sit non ipsi legatario sed tertio cuidam, quo optare impedito, ne pereat legatum, permittitur legatario eligere rem mediam. Cujac. in *Recitat. ad l. 2. h. t. & 23. Observ. c. 14.*

2 Legatum optionis propinquius est legato generis, quod dat quidem electionem legatario, *d. l. 2. §. 1.* contra regulam in contractibus usitatam, quâ competit electio debitori, non tamen rei optimæ, *l. Legato 27. de Legat. 1.* ubi is, cui homo generaliter legatus, dicitur non posse eligere meliorẽ.

3 Et hoc in legato relicto per vindicationem; nam si per damnationem relictum sit, hæredis est eligere, *l. si à substituto 45. de Legat. 1.* Ratio differentiæ est conjectura voluntatis testatoris, qui illo casu, referendo verba ad legatarium, illi electionem defert, hoc verò hæredi, qui non liberabitur rem pessimam dando, *l. si heres 100. de legat. 1.* Cujac. *ad d. l. 37.*

4 Et hac distinctione conciliari potest *l. si cui 9. sup. de servitut.* cum *l. si via 26. De servit. rust. prædior.* illam accipiendo de legato relicto per modum vindicationis, hanc de modo damnationis. Est & electio hæredis in casu quo certò quidem nomine quis legatus est, sed plures sunt ejusdem nominis, *l. si quis à filio 32. §. 2. de leg. 1.* Et hoc ad explicandam defuncti voluntatem, quam æquius est explicari per hæredem, quàm legatarium.

5 Est autem vicissim legatum generis in eo commodius legato optionis, quòd ad hæredem transmittatur, cum legatum optionis præmortuo legatario ante optionem olim extinctum fuerit, quòd personæ cohæreret, ob conditionem, quæ suberat, *si optaverit legatarius.* Quod postea emendatum, concessâ hæredi optione, non tamen rei optimæ, sed mediæ, *l. fin. §. sed si quis C. Commun. De leg.* Si hæredes fuerint plures, aut etiam plu-

pluribus relicta fuerit optio, si in optando dis-
6 sentiant, sorte res est dirimenda, *d. l. fin. in pr.* * Unum notandum ex *l. 1. h. t.* quòd is, cui servorum electio legata est, tres tantùm eligere possit. Ratio est, quòd hominem frugi deceat contentum esse tribus.

7 Facienda optio post aditam hæreditatem, non etiam ante. * Semelque factæ effectus est, quòd censeatur consumpta, ut iteratò fieri nequeat, nisi indebitè sit facta, veluti rei non relictæ, aut non existentis in bonis testatoris, aut non prolatis omnibus rebus, circa quas electio data, *l. 2. 3. 4. 5. hoc tit.*

TITVLVS VI.

De tritico, vino, & oleo legato.

SVMMARIVM.

1. *Vino legato quid veniat.*
2. *Vino legato sine quantitate, aut expressâ quantitate quantum debeatur*

Legatur & triticum, id est frumentum spicis
1 excussum, vinum, oleum. * Vino legato omne id venit, quod ex vinea natum vinum permansit: ut acetum non veniat, nisi & id loco vini habuerit paterfamilias, *l. 9. h. t.* Non venit autem Zythus, qui est potus ex aqua & hordeo confectus: uti nec Cytoneum, quo designatur liquor
2 ex malis coronicis expressus, *d. l. 9.* * Legato vino sine quantitate, id omne debetur, quod testator mortis tempore reliquit. Debebuntur & vasa non parata ad usum perpetuum. Quo modi cadi & amphoræ legatario cedunt, non etiam dolia, *l. 2. §. 1. l. 6. l. pen. h. t.* Certa quantitas si sit expressa. illa præstanda, nisi impossibilitatem contineat, Unde legans centum modios tritici, quorum singuli centum pondo ponderent, nihil agit, quòd ejusmodi triticum non sit in rerum natura, *d. §. 1.*

TITVLVS VII.

De fundo instructo vel instrumento legato.

SVMMARIVM.

1. *Instrumentum hoc loco quid significet.*
2. *Legato fundi instructi & instrumento legato quid veniat.*
3. *Fundo alienato instrumentum non debetur.*
4. *Conciliatur* l. Si cui 5. h. tit. cum §. idem est si fundus Inst. de legatis.

Habet & singulare quid explicandum legatũ fundi instructi, & cũ instrumento legati. * Instrumentum est apparatus rerum diutius 1 mansurarum, sine quibus exerceri nequit possessio, *l. Quæsitum 12. in princ. h. t.* varia instrumentorum genera passim h. t. recensentur, suis rebus aut artificiis competentia, scilicet, villis, agris, domibus, tabernis, &c. quæ longum esset referre.

Est autem plenius legatum fundi instructi, 2 quàm cum instrumento legari; quia hoc tantùm continetur instrumentum fundi ad culturam necessarium; illo verò etiam alia instrumenta, quæ paterfam. ibi habuit, ut fundus esset instructior, *d. l. 12. §. & si fundum & seqq.* * Instrumentum 3 verò est fundi accessio, ut hoc legato, & postea alienato, non possit peti instrumentum, eo quòd revocato principali censeatur & revocatum accessorium, quod non potest censeri legatum nisi occasione principalis. Et comprobat illud in terminis Jurisc. in *l. 1. h. t.* ubi ait, si fundus cum instrumento legatus fuerit, alienato fundo instrumentum non posse vindicari, quasi extinctum. Non obstante eo, quòd ante dixisset, tali formâ contineri duo legata, unum scilicet principale, alterum accessorium, ut ipse J.C. postea subjicit, & interpretatur ibi Bart. ne aliàs in eadem lege admittatur contradictio.

Sunt hac in materia duo loca, quæ videntur 4 sibi contrariari, scilicet, *l. si cui 5. h. t. & §. idem est si fundus inst. De legat.* Ille vult in casu, quo fundus instructus est legatus, posse deberi instrumentum fundo alienato; hic verò fundo sive instructo sive cum instrumento legato, alienato fundo non deberi instrumentum indistinctè. Verùm *d. 5.* loquitur de instrumento necessario ad fundum; quod fundum necessariò sequitur, ut licet legatum fundi instructi contineat duo legata, *d. l. 1.* non tamen principalia in casu, quo instrumentum est fundo necessariò cohærens, dicta autem *l. 5.* de instrumento, quod non est fundo necessarium, sed quod à patrefam. ibi habebatur. Ut conjectura ex voluntate sit sumenda, an in casu, quo fundũ instructum legavit, aut fundi instrumentũ, fundo alienato debeatur instrumentum. Quæ res in casu, quo fundus cum instrumento est legatus, certa est, quia venit instrumentum loco accessorii; in aliis verò casibus rectè dicit Paulus, posse deberi instrumentum quia res est incerta, ex caussa jam dicta.

TI-

TITVLVS VIII.
De Peculio legato.

SUMMARIUM.

1. *Peculio legato non venit servus.*
2. *Servo legato cum vicariis, veniunt hi etiam extincto legato servi.*
3. *Peculio legato non venit quod servus domino debet.*
4. *Peculii legati dies quando cedat.*

1 PEculium est pusillum patrimonium, quod servus domini permissu separatum à rationibus dominicis habet, *l. 5. in fine inf. de peculio.* Non est autem accessorium servi, ut eum legatum non sequatur, nisi & unà legatum fuerit, *Instit. De leg. §. peculium autem*, veluti, *Servum cum peculio lego:* tunc enim accessorii locum obtinet, & servo alienato, manumisso, aut extincto, censetur & e-

2 jus legatum extinctum, *l. 1. & 2. h. t.* * Aliud dicendum, si servus legatus sit cum vicariis; nam extincto legato servi, vicarii nihilominus debebuntur, *l. 4. h. t.* cujus respectu licet videantur accessorii, verè tamen duo sunt legata æquè principalia, *l. 6. §. si servus h. t.* non obstante verborum formâ. Cujus ratio est hæc, quòd non patiatur hominis dignitas, ut hominis homo sit accessio, *§. interdum Inst. De rer. divis.* Sic & ancillâ legatâ cum partu, debebitur partus, extincto legato ancillæ, *l. 3. h. t.* Si servus ordinarius cum peculio legetur, in quo sunt vicarii, extincto legato servi, dicendum etiam extinctum legatum peculii, atque ita & vicariorum, qui ei insunt: nam cum non expressè, sed tacitè tantùm legentur, potiùs est, ut jus peculii inspiciamus quam eorum conditionem, *l. pen. h. t.* Ut rectè Glossa in *§. si quis ancillas Instit. De leg.* dicat nocere expressionem peculii. Certum est, legato servo & peculio, extincto servo deberi peculium, quia legatum utrumque esse æquè principale facit conjunctio, *Et.* *

3 Non continetur autem peculio legato id, quod servus domino debet, nam hoc ex natura peculii restituendum est domino, *l. Dominus 22. in pr. h. t.* nisi dominus expressè remiserit, ut potest, *l. si peculium 6. §. 1. h. t.*

4 * Cedit peculii relicti dies non ante aditam hæreditatẽ, uti quod interea accessit vel decessit, peculio cedat. Et hoc, si ipsi servo legatũ sit; nam si extraneo cedit à morte testatoris, *§. si peculium Inst. De leg. l. Denique 8. in fine h. tit.* Cujus ratio est, quòd ante aditam hæreditatem non cedat dies libertatis, uti dicetur infra, *ad tit. Quando dies legat. vel fideicom. cedat.* Ut frustranea foret cessio diei, atque ita quod interea peculio accedit, illi cedit.

TITVLVS IX.
De penu legata.

SUMMARIUM.

1. *Penu legatâ quæ comprehendantur.*
2. *Penu legatâ, & in casum moræ quantitate, quid veniat.*

1 QUid penûs legatæ nomine comprehendatur, hic subjicitur. Quod nomen etsi spectare videatur ad ea, quæ intus & penitus reconduntur, in usum diuturniorem, omnia tamen, quæ esui potuique sunt, in eumque finem compara, uti ligna, carbones, penoris legato continentur, *l. 3. §. ligna h. t.* Vasa quoque, quibus penus continetur, ejus legato comprehendi tamquam accessiones penus responsum est; *l. 4. h. t.* Nisi consumpta sit penûs, quòd tantùm accessoriè veniant, *l. 2. h. t.* *

2 Si penum legaverit testator & in casum moræ quantitatem, penus tantùm est in præstatione, post moram autem in petitione ipsa quantitas, *l. 1. h. t.* quia principale legatum est penus, in subsidium autem relicta quantitas, ut hæres tamdiu habeat oblationem penûs, quamdiu contestati litem de quantitate cessat legatarius.

TITVLVS X.
De Suppellectile legata.

SUMMARIUM.

1. *Suppellectilis origo.*
2. *Suppellectilis nomine quæ veniant.*

1 SUppellectilis originem Labeo *l. 7. h. t.* fuisse ait, quòd olim his, qui in legationem proficiscerentur, locari solerent quæ sub pellibus usui forent. Idem Labeo *ibid. §. 1.* demonstrat esse instrumentum quoddam patrisfam. rerum ad quotidianum usum paratarum, quod in aliam speciem, veluti penum, argentum, vestem, ornamentum, instrumentum non caderet.

2 * Suppellectilis nomine venire subsellia, lectos, culcitras, redas, & similia, patet ex *l. 3. & seq. h. t.* etiam pelves argenteas, aquiminalia, unde aqua manat in pelves, lectos argenteos, inauratos, imò & vasa argentea, si suppellectilis loco paterfamil. imperitus, ut ait J. C. argenti pretium & usum æstimare ignarus habuerit, *d. l. 3. in fine.*

FINIS LIBRI XXXIII.

HENRICI ZOESII J.C. IN LIBRUM XXXIV. DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De alimentis & cibariis legatis.

SUMMARIUM.

1. *Alimentorum nomine qua veniant.*
2. *Diariis & cibariis legatis qua contineantur.*
3. *Alimentis simpliciter legatis qua & quanta prastanda.*
4. *Alimenta legata debentur etiam damnatis in metallum.*
5. *Super alimentis transigere quatenus liceat.*

Relinqvuntur etiam legato alimenta, & ab hærede & a legatario, suntque etiam præstanda ab ejus hærede, *l. 13. h. t* etiam fisco, *l. 1. §. 1. h. t.* 1 * Eo nomine venit omne id, sine quo corpus ali nequit; ut cibaria, vestitus, habitatio debeantur, *l. 6. hoc tit.* Aquam etiam deberi vult Ulp. in iis scilicet locis, ubi venum dari solet, nam & ea necessaria corpori, & utile est tale legatum, non etiam, si venum-2 dari non soleat. * Pinguius est hoc legatum legato diariorum ad victum quotidianum, & cibariorum, quo testator censetur tantùm legasse cibos, non etiam quæ ad vestitum & habitationem spectant, *l. Diariis 11. hoc tit.* An verò alimenta relinquat, an roget testator hæredem, ut aliquem educet, paria sunt, *l. fin. h. tit* cum educare rogatus, censeatur rogatus ea præstare, quibus 3 corpus ali debet. * Si non fuerit adjecta quantitas, respiciendum ante omnia quæ testator præstare sit solitus, deinde quid cæteris ejusdem ordinis relinquat. Si neutrum constet, tum ex facultatibus defuncti, & charitate & affectione erga legatarium modus est statuendus, *l pen. in prin. hoc tit.* qui cum declarari possit, incertitudo non vitiat tale legatum. Legatis autem alimentis, si postea testator in eorum securitatem prædia pignori obligaverit, non potest censeri legati caussam diminuisse, si forte reditus fundi sint minores, quàm ut alimentis sufficiant, *l. Lucius 21. hoc titl.* eò quòd caussa sequentis pignoris accessoria non mutet caussam principalis legati.

Habet autem legatum hoc singularia quædam. I. Quòd licet in metallum damnatus sit 4 incapax legatorum, cum sit servus pœnæ, ut dominium non habeat, ex cujus persona sit cum eo testamenti factio, alimenta tamen illi rectè relinquuntur, *Leg. 3. inf. de his qua pro non scriptis hab.* idque ex humanitatis ratione. Unde & per subsequentem damnationem in metallum non censentur adempta, *l. Is cui 11. hoc tit.* II. Quod relicta usque ad pubertatem masculis debeantur usque ad annum decimum octavum, fœminis usque ad annum XIV. idque intuitu pietatis, *l. Mela 14. in princ. & §. 1. hoc tit.* simpliciter relicta censeantur relicta per tempus vitæ, cùm indefinita oratio æquipolleat universali. III. * Quod super alimentis testamento reli-5 ctis non licet transigere, nisi ex Prætoris consensu caussâ cognitâ, *l. 8. in princ. sup. De transact.* ne forte adversi quid legatarius patiatur, interceptis per transactionem alimentis, contra mentem testatoris. Quod accipiendum de ali-

alimentis futuris, non etiam de præteritis, pro quibus nihil vitii habet transactio sine Prætoris consensu, cùm nemo in præteritum sit alendus, *l. De alimentis 8. C. De transact.* Et hoc ita quatenus caussam suam facit legatarius pejorem; nam si apertè meliorem fecerit, tenet transactio, *l. 8 §. tam sup d tit,* ne inventa in compendium operentur dispendium.

TITVLVS II.

De auro, & argento legato.

SUMMARIUM.

1 *Auri argentive legato quid contineatur.*
2 *Continentur & gemma auro inclusa.*
3 *Argento facto quid contineatur.*
4 *Quid mundo muliebri.*
5 *Quid ornamentis mulieribus.*
6 *Quid legato vestis seu vestimenti.*

1 Auri & argenti legato continetur quidquid auri vel argenti relictum est, sive factum id sit, sive infectum, exceptâ pecuniâ. Infectum dicitur, quod aliam speciem non suscepit, sed rude est in massa aut lamina; factum verò, quod certam speciem recepit, veluti annulus, vasa *l. cùm aurum 19. in pr. hoc tit.* ubi etiam responsum. 2 * Auro & argento legato deberi gemmas ei inclusas, ex eo; quòd rei ornandæ caussâ adnitum accessionis loco, sit loco accessorii, quod principali, cedit. *d. l. 19. §. perveniamus.* Quo modo legato argento emblemata aurea, quæ in eo sunt deberi, responsum *d. l. 19. §. simili modo.* Quod pecunia non veniat, est, quod cùm formâ publica sit percussa, in aliam speciem transierit, *d. l. 19. in princ.* 3 * Continetur autem argento facto ad tantùm, quod factum est, non etiam infectum, nisi cœptum sit fabricari: uti & cælati argenti nomine venit id quòd cæptum cælari *d. l. 12* eo quòd cœptum pro impleto habeatur, & sufficiat ei rei destinatum esse, *l. Legatis 65 §. ornatricibus sup. De leg. 3.* ubi ornatricibus legatis etiam veniunt illæ, quæ tirocinium facere cœperunt & eo nomine sunt apud Magistratum.

4 Mundo muliebri omne id venit, quo mulier fit mundior, uti specula, unguenta, vasa unguentaria, *l. Argumento 25 §. mundus h t.* Balneare quoque contineri mundo respondit Paulus, *l. Prædiis 32. §. Titia hoc tit.* Excipiuntur unguenta valetudinis caussâ parata, *d. l. 25, in fine.*

5 Ornamenta muliebria continent ea, quibus mulier ornatur, id est quæ ad nullam aliam rem quàm corporis ornandi caussâ sunt preparata, cujus generis sunt inaures, annuli non signatorii, armillæ, & alia, quæ & ornatus & venustatis caussâ parata sunt, *d. l. 25 § ornamenta.* etiamsi & alium usum habeant, *l. Quamvis 26. in fine h. t.*

6 Vestis sive vestimenti (nam utrum legatum sit, parum refert, *l. Vestis 25. h. t.*) legato ea veniunt, quæ corpus tegunt, lanea, linea, pellicea, & similia, induendi, præcingendi, amiciendi, insternendi, injiciendi, incubandi caussâ parata, & quæ his accessionis loco cedunt *d l. 23. § 1.* Si quædam sint; quæ ornatus magis gratiâ quam quod corpus tegant, comparata sint, numero tamen vestium potiùs habenda, quam ornamentorum, *d l 26. in pr.*

TITVLVS III.

De liberatione legata.

SVMMARIVM.

1 *Liberatio utiliter legatur.*
2 *Legatum hoc utile est hæredi legatarii.*
3 *Item fidejussori.*
4 *Rei pignori data legatum quid operetur.*

1 Liberationis legatum utile esse negari non potest *l. 1. h. t.* Nam licet res sua utiliter eidem non legetur, tamen id quod debetur, non videtur esse suum. Non consequitur autem legatarius liberationem ipso jure, sed per exceptionem, hæredi agenti opponendam. Ubi legatarius poterit etiam rogare hæredem, ut acceptilatione liberetur, *l. 3. §. nunc hoc tit.* Potest & implorare officium judicis.

2 Est & hoc legatum utile hæredi legatarii, nisi verba sint collata in personâ legatarii, tunc enim non tam liberatio legata, quàm concessa dilatio, *l. Non solum 8. §. 1. de l. Aurelio 10. h. t.*

3 Est & utile fidejussori, a quo si hæres petierit, quod à debitore petere est prohibitus, tenetur ex Testamento; quamvis è contra à fidejussore petere prohibitus, à reo petere possit. *l 2. hoc tit.* quia fidejussoris caussa est accessoria, ut jus liberatio non tangat caussam principalem.

4 Res pignori data testatori, & ab eodem debitori legata non habet conjunctam liberationem, sed tantum solutionem juris pignoris. *l. 1. hoc tit.*

Vuuu cum

cum istud legatum habeat conjunctam aliam utilitatem, ut non debeat trahi ad liberationem debiti; cùm testator id tantum legasse videatur, quod habet circa rem, si aliud non pateat.

TITULUS IV.

De adimendis & transferendis, Legatis.

SVMMARIVM.

1 *Legatum extinguitur, extinctâ re legatâ.*
2 *Si legatarius rem consequatur ex alia causa lucrativa.*
3 *Item legatario præmoriente.*
4 *Adimitur per super venientes inimicitias.*
5 *Deficiente conditione adjectâ.*
6 *Alienatio rei voluntariâ.*
7 *Re alienata à testatore redempta, non convalescit legatum.*
8 *Servo harede instituto, alienato, ac redempto convalescit libertas.*
9 *Intellectus* l. Servus legatus 27. h. t.
10 *Servi legati manumissione legatum quatenus extinguatur.*
11 *Legatum non adimitur necessaria rei alienatione.*
12 *Adimitur & destructione seu mutatione rei, ex voluntate testatoris.*
13 *Item destructione domus vel navis.*
14 *Scyphi facti ex massa legata ut legati debentur.*
15 *Intellectus* l. Servum 44. §. si poecula De leg. 1.
16 *Area legatum imperfectio adificio deberi.*
17 *Intellectus* l. Si chorus 79. §. penult. De leg. 3.
18 *Adimitur & legatum nominis ab ipso testatore exacti.*
19 *Non etiam si debitor obtulerit testatori debitum.*
20 *Legatum quibus modis transferatur.*

1 Effectus legatorum, de quo supra, procedit, nisi voluntas deficiat: quam contingit deficere primò, si extinguatur res legata, quia pervenerit in casum, à quo inchoari nequit, *§. si res legata Instit. De legat.* nisi culpa hæredis etiam levi, aut moræ possit imputari ejus interitus, quia eam hæres præstat, *l. Cum res 47. §. pen. & fin l. Si quis 112. §. 1. sup. De leg. 1.* ne facto alterius alteri inferatur injuria. Quod accipiendum primò, quatenus res in specie est legata; nam legatum generis interitu speciei non extinguitur, ut traditur *Instit De leg. tit. § si res legata.* Secundo, si res tota pereat; partis enim interitus non facit, quo minus reliqua pars debeatur, cum tota res sit legata, & sic quælibet pars superstes, *§. si grex Inst. eod.*

2 Extinguitur præterea legatum, si legatarius rem consequatur ex alia causa lucrativa, quia cùm rem habeat, frustrà eam petit; & præterea res devenit in casum, à quo inchoari nequit. *l. Existimo 98 inf. De V. O* qua de re latiùs *Instit. de tit. §. Si res aliena.* 3 Præmoriente quoque legatario extinguitur legatum, quia tantum legatario benè voluit testator, non etiam ejus hæredi, ad quem proinde nihil transivit, quia nihil cessit legatario ante cessum legati diem mortuo, *l. si legatum 10. hoc tit.* Idem est si repudiaverit, *l. Servum 44. §. 1. sup. De legat. 1.* ita ut postea frustra eum pœniteat, quia semel liberatus hæres non debet invitus trahi in obligationem.

4 Adimitur legatum, si testator postea id deberi noluerit, vel expresse revocando quibuscunque verbis, vel tacitè. Quod contingit primo per supervenientes inimicitias graves, *l. 3. in fine h. tit.* per quas aufertur benefaciendi voluntas, quæ causat legata; ut levis offensa idem non operetur. Si tamen in amicitiam redeant, & prioris offensæ pœniteat testatorem, redintegratur legatum.

5 Secundò, adimitur per defectum conditionis adjectæ, sub qua relictum, videtur enim defunctus in eum casum cogitasse de ademptione, *l. pen. in fine sup. De condit. instit.* cùm relicta sub conditione sub contraria videantur adempta. Modus adjectus si deficiat, facit quod præstitum est restitui debere, ut dicetur infrà, *ad tit. De condit. & demonstrat.*

6 Tertiò, per voluntariam rei alienationem, nam & huic subest animus adimendi id, quod legatum, veluti si relictum Mævio donaverit Titio, aut vendiderit, nulla pressus rei familiaris necessitate, *l Rem legatum 18. hoc tit.* Quod & procedet, si donatio non valuerit, *l. legatum 24. in fine hoc titulo.* quia sufficit subesse animum adeundi.

7 Quod si res redempta à testatore fuerit, nihilo magis convalescet legatum, per alienationem semel ademptum, *l. Cum Servus 15. hoc titulo* Sola enim redemptio ex se non ponit novam voluntatem, si aliud non appareat, ut ejus probandæ necessitas incumbat legatario tanquam alleganti.

Objicitur

8 Objicitur *l. Quoties* 9 §. *Servus & l. Servum* 50. *sup. De haeredib. Instit.* Ubi instituitur cum libertate, si alienetur, adempta quidem censetur libertas, sed ea convalescit per redemptionem, fitque necessarius testatori hæres servus institutus. Sed dicendum, dictas leges loqui in servo hærede instituto, quem satis est in testatoris esse potestate tempore & facti testamenti & mortis, ut relictum capiat: medio enim tempore quod accidit non inspicitur, *Instit. De hæred. qualit.* §. *in extraneis* Imò & servus liber esse jussus alienatus, si post mortem domini ante aditionem hæreditarius fiat ad libertatem perveniet. *l. Verum inf. De manumiss. testamen.* Quia defuncti videtur fuisse, cujus personam repræsentat jacens hæreditas. Idem obtinet in servo legatario, cui relictum cum libertate, debetur post redemptionem. Nos autem agimus de servo legato, quem alienatum non facit deberi sola redemptio, si alia non appareat voluntas.

9 Non obstat quoque *l. Servus legatus* 27. *hoc tit.* quæ dicit posse procedere legatum, si servus redimatur: nam loquitur de servo alteri legato, cui aliquid est relictum, quod non est servo ademptum per alienationem, sed eum sequitur. Qui si redemptus fuerit, non debetur relictum illi, cui legatus erat, non magis quàm ipse servus. Ait autem *d. l.* posse procedere legatum, si ea voluntas sit testatoris, id est, si dominus servum velit deberi legatario, cujus accessorium est id, quod servo relinquitur. Unde dicitur in *d. l.* 27. non esse inutilem ademptionem ejus, quod tali servo relictum. Facit enim ista ademptio non confirmari relictum servo per redemptionem, nec deberi legatario in casu, quo servum redemptionem de novo legavit.

10 Dicta multò magis procedent in servo legato manumisso, quòd scilicet non debeatur, si iterum servus fiat, eo quòd sit novus homo, & obligatio in perpetuum extincta non reviviscat, ut rectè ait Paulus in *l. Qui res* 98. §. *aream inf. De solut.* reprehendens sententiam Celsi, in *l. Si chorus* 97. *in fin. sup. De legat.* 3. dicentis manumissione non ita extingui legatum, quid servus iterum factus peti possit. Ut proinde lex ista nihil obstet jam dictis: nisi velimus ibi subintelligere, si appareat nova voluntas. Quæ verò dicta sunt de tota re alienata, etiam in parte obtinent, quæ alienata censetur revocata, alterâ non alienatâ nihilominus præstandâ, *l. Si ex toto* 8. *in princ. De leg.* 1.

11 Necessaria rei alienatio, quæ caussatur per necessitatem rei familiaris, non inducit ademptam voluntas, *l. Rem legatam* 18. *hoc tit. & l. Scribit* 34. §. *item in fine sup. De auro & arg. leg.* quomodo oppignoratio rei legatæ non inducet ademptionem, *l.* 3. *C. De leg.* cùm fiat ex necessitate, & præterea res maneat in dominio testatoris, licet oppignoratio inter alienationis species ponatur, *l. fin. C. De reb. alien. non alienandis.*

12 Facit & destructio, sive dissolutio, aut mutatio rei voluntate testatoris à jimi legatum. Sic servi, qui est certi officii, legatum extinguitur, si ad artificium transeat, *l. Textoribus* 61. *& l. Legatis servis* 65. §. 1 *De legat.* 3. * Extinguitur etiam legatum domus aut navis si destruatur ex voluntate testatoris, ita ut ne quidem materia debeatur, *l. Lana* 88 §. 2. *De legat.* 3. propter dissolutionem. Quod & procedit, si ex eadem materia domus reparata fuerit, *l. Si ita legatum* 65. *in fine De legat.* 1. quia voluntate domini extincta semel substantia rei legatæ; proinde & ipsum legatum, quod non reviviscit hoc ipso, quo res nova ponitur, si aliter de voluntate non pateat. Sic & ex lana legata facta vestis non debetur, ob rei mutationem, quæ facit animum mutatum, *d. l.* 88. *in princ.*

13

14 Posset videri dictis contrarium, quod habetur in *d. l.* 88. *in fine*, ex massa legata scyphos factos deberi, cùm tamen ea res alia sit à priori: verùm dicendum, hujusmodi materiam, quamvis aliam speciem receperit, eandem nihilominus manere, quòd ad eam species facta reverti possit. Vrè converso idem sit dicendum, poculo legato, quod postea conflatum, *l. Item* 49. §. *pen. sup. De legat.* 3. cùm secundùm Paulum in *l. Quæsitum* 78. §. *illud eod. tit.* ea, quæ talis naturæ sunt, ut sæpius in sua initia redigi possint, & potentiâ materiæ victa numquam vires ejus effugiant. Quò spectat, quòd traditur *Inst. De rerum divis.* §. *cùm ex aliena*, ejusmodi speciem pertinere ad ipsum materiæ dominum, non etiam cedere specificanti.

15 * Verùm huic minùs respondere videtur, quod habet, Vlp. in *l. Servum* 44. §. *si pocula sup. De leg.* 1. ubi idem statui videtur in lana legata, ex qua vestis facta, ut scilicet vestis debeatur, secundùm additam conditionem, *si modo non mutaverit testator voluntatem*, tam spectantem ad lanam quàm massam. Verùm subjungit quidem istam conditionem Vlp. utrique isti materiæ, diversimodè tamen, quod in casu massæ legatæ præsumatur non mutata voluntas, quia materia eadem maneat; & ad eam species facta

 de faci-

de facili reverti possit: lana autem, ex qua vestis facta, ad pristinam materiam reverti non possit, ideòque mutata censeatur voluntas, nisi contrarium probaverit legatarius, quia contra eum est præsumptio.

16 Areæ legatum non extingui imposito ædificio, imo & aream & superficiem deberi habet *l. Si area* 39. *De leg.* 2. *& d. l. Servum* 44. *§ si area De leg.* 2. Idque ex jure accessionis, quo superficies cedit solo, & augmentum ipsi rei legatæ, *l. Quod in rerum* 24. *§* 1. *De legat.* 1.* Obstat huic *Si chorus* 79. *§ penult De legat* 3. ubi Celsus ex sententia Proculi ait, areæ imposito ædificio interim aream peti non posse, illo verò destructo peti posse. Cujacius *ad Africam. tract.* 5. *ad l. Usumfructum* 36. *sup. De usuf.* scribit hoc ita ibi referri ex sententia Proculi, reprehensâ à Paulo in *l. Qui res* 68. *§. aream inf. De solutionib.* Idem tradit Sermient. 8. *Select. Interpret. ad l. Cum fundus* 10. *De leg.* 2. Quæ conciliatio videtur probabilis, cùm expressè Paulus ibi rejiciat argumentum Celsi: Nisi alicui placuerit in isto *§ penul.* agi de legato usufructu areæ, qui insulâ inædificatâ interim tamquam extinctâ areâ peti nequit, deustâ antem aut collapsâ insulâ peti potest, quasi area iterum extaret. Aliter Garcias *De expensis c.* 22. *n.* 34.

18 Nominis quoque legatum si testator vivus exegerit, legatum ademptum censetur, tamquam extinctâ actione atque ita causâ legati, *§. tam autem Instit. De leg. l. penult. §. fin. hoc tit. l. Non solum §. liberatio sup. De liberat. legata*: Nisi alius probetur animus, cujus probatio incumbit legatario, contra quem militat præsumptio ademptionis.

19 * Quod si debitor obtulerit testatori debitum, videtur non esse extinctum legatum, quod in extractione debiti per testatorem ponatur animus adimēdi, quæ isto in casu cessat: at videatur animus non mutatus, cùm non potuerit non recipere oblatum debitū creditor *Fideicom.* tt. *§. si rem suam De legat.* 3. Et ita tenet Glos. in *d. §. tam autem & d. §. liberatio.* Idem est, si exactum debitum deposuerit in gratiam legatarii, neque enim potest subesse animus revocādi Proce dit & idem, si iterū applicuerit? videtur enim adhuc vel deberi legatum, *per l. Qui filiū* 64. *De leg.* 2.

20 Transfertur legatum quatuor modis, scilicet à persona honorata ad aliam, ut quando uni legatum alteri legatur, uti, *Quod Titio dedi, legavi, Mavio do lego*: vel à gravata personâ ad aliam, veluti, *Quod à titio legavi, à Sejo lego*: vel mutatâ re, quando pro una re legata altera legatur, veluti pro domo fundus, vel denique si legatum purè relictum suspendatur per conditionem, *l. 6. Cod. De legat.* Continet autem translatio aliquam ademptionem, sub eadem conditione, quâ erat data priori, nisi conditio personæ cohæreat, *l. Legatum* 24. *hoc t.* personalia enim personam non mutant.

TITULUS V.

De rebus dubiis.

SUMMARIUM.

1 *Scriptura dubia facit concidere legatum.*
2 *Concidit & primo ascendenti Capitolium relictum duobus simul ascendentibus.*
3 *Sententia humanior & quæ pro libertate fiat, sequenda est.*
4 *Intell. ltem* l. Qui solven. 42. De hær. inst.
5 *Patre unà cum filio pereunte quis præsumendus prius decessisse?*
6 *Dos uxori prælata non debetur, si simul cum marito perierit.*

1 Facit & dubium scripturæ vel ambiguū, ut non possit intelligi, cui aut quid relictum (quod & in legatis atque ultimis voluntatibus est frequens) concidere voluntatem. Quo modo in *leg* 4 *hoc tit.* concidit fideicommissum, quia nomen fideicommissarii non fit adscriptum. Sic & ex pluribus uni non adscripto nomine relicta libertas non debetur, *l. Si quis* 17. *hoc tit.* quia paria sunt non esse, & apparere, *l. in leg.* 77. *sup. De contrah. empt.* * 2 Concidit etiam legatum relictum primo ascendenti Capitolium, si duo simul ascenderint, *l. Si fuerit* 10 *h. t.* Cui non obstat, quod apud Livium *lib.* 26. promissâ coronâ primo ascendenti muros, duobus simul ascendentibus præmium virtutis fit collatum, nam hoc liberalitati ducis attribuendum. Vide Alciat, 9. *Parer cap.* 10.

3 Humaniorem tamen sententiam sequendam esse tradit Ulp. in *d. l. Si fuerit* 10. *§. fin. hoc tit.* ubi libera esse jussa, si masculum pariat, & mulier marem & fœminam peperisset, incertumque sit utrum prius, libertatem deberi respondit, quod humanum sit eam sententiam sequi, quæ est pro libertate. Non eadem est humanitas in casibus superioribus. * Obstare videtur *l. Qui solvendo* 4 42. *cum seq. sup. De hæred. Instit.* ubi qui solvendo non erat, duos servos Appollonios instituit hæ-

hæredes, & dicitur neutri deberi hæreditas, quod per legem Æliam Sentiam tantum permittatur unus instituit necessarius. Dicendum, agi quidem illis libertatis causam, sed duos eam petere, cum utrique competere non possit, lege impediente, atque ita ob incertitudinem nihil deberi. In casu verò *d. §. fin.* unam esse, quæ libertatem petit, cui proinde humanitas eam deberi facit. Scriptum enim ambiguum aut perperam benignè interpretandum, & secundum id, quod eredibile est cogitatum, *l. cum in testamento 24. hoc tit.* atque ita accipiendum, ut actus potius valeat, quam pereat, *l. Quoties 12. hoc ff.* Similes casus proponitur in *l. Qui duos 9. in prine hoc tit.* ubi duobus impuberibus institutis, substitutus est Titius supremo morienti, & utroque simul pereunte Titius admittitur, eo quod uterque videatur supremus perisse, ut substitutio potius teneat quam pereat; si quidem hoc in casu supremo morienti, facta sit substitutio eâ mente, ut utriusque fratris hæreditas ad substitutum perveniret. Ut non obstet *l. Si ejus 34. inf. Ad S. C. Trebell.* nam in ea non fuit substitutus Titius in totam hæreditatem, sed tantum in partem supremò morienti s, qui cum sit incertus, utroque simul pereunte consequenter vitiatur fideicommissum.

Est & casus dubius in patre aut matre pereunte simul cum filio, uter prius perierit? Et Resolvitur, si filius fuerit puber, præsumi supervixisse *d. l. 9. §. pen. & l. Cum pubere 22. hoc t.* si vero impu- 5 ber, ante decessisse, si contrarium non probetur, *d. l. 9. § fin. & l. Si mulier 23. hoc tit.* Ratio est in corporis firmitate, quæ adest puberi, non etiam impuberi, quem infirmitas virium & corporis facit præsumi prius mortuum, nihil faciente patris affectu in defendendo filium. Videtur his obstare, quod habet *d l. 9. §. si cum filia*, ubi liberto cum filia simul pereunte, intestati hæreditas defertur patrono, verum hoc reverentia patronatus ita suggerente obtinere ibi dicitur. Similiter in *l. Quod de pariter 26 hoc tit.* mater quæ stipulata est dotem sibi reddi, filia in matrimonio mortua, si utraque simul pereat, præsumitur ipsa matrem præmortua, secundum ordinem naturæ, atque ideo stipulatio dicitur non committi, quod conditio eesset; mater enim si stipulata erat eam reddi, si viveret, quæ conditio deficiens facit stipulationem cessare.

6 Extra casum patris & filii receptum est, non præsumi alterum alteri supervixisse, aut priùs decessisse. Sic in *l. Idem est 17. h. t.* uxori prælegata dos non videbitur, si simul eum marito, perierit, quòd non debetur nisi superstiti; non habetur autem superstes, quæ simul cum marito periit. Eodem modo donatio facta inter maritum & uxorem, si simul morientur, repeti nequit ab hærede, quòd videatur confirmata per mortem, neque enim alias infirmatur quam si donans supervivat *l. 8. hoc tit. l. Si qui invicem 16. inf. De mortis causa donat.* Hic autem non patet supervixisse, nec est ratio, cur præsumatur alter præmortuus. Videatur Covar. 2. *Var. Resolut. c. 7.* Itaque in ambiguis, quatenus aut humanitas exigit, aut ratio, aut conjectura pariter, voluntas sustinetur quæ aliàs concideret.

TITVLVS VI.

De his, quæ pœnæ causâ relinquuntur.

SVMMARIVM.

1 *Pœna nomine olim non legabatur.*
2 *Hodie tenent ejusmodi legata.*
3 *Conditio impossibilis in ultimis voluntatibus pro non adscripta habetur.*

POEnæ nomine legata, fideicommissa, libertates, hæreditates olim non relinquebantur, 1 quod ea res concerneret alicujus coactionem, in casum, quo sic faceret, aut non faceret *l. 1. h. t.* veluti si ita quis legaverit, *Heres meus si filiam suam Titio collocaverit*, aut, *non collocaverit*, *Mavio centum dato* Ratio erat, quòd ejusmodi pœna talis naturæ, quæ in benevolentia consistit, & ex beneficio caussatur, minùs convenire videretur; adeò ut nec Princeps ejusmodi relicta agnosceret, nec militis Testamento relicta valerent. * Verùm postea hoc immutatum, *l. unicâ C.* 2 *hoc tit.* ut hodie, non ideò minus relictum teneat, quòd hæredis coercendi causâ sit relictum, idque in favorem ultimi elogii, cui plus tribuendum, quam supradictæ juris veteris rationi. Quo modo rectè testator jubet hæredem quid facere: aut non facere, & in pœnam contravenientis eum legatis onerat. Nisi impossibile aut probrosum relictum sit, quod facere jussit, veluti digito cœlum tangere, aut matrem sororemve ducere: neque enim fert ratio honestatis, cum præstare pœnâ, qui non facit, quod est extra ejus potestatem, aut jura facere vetant. * Non obstat, quod 3

dictum suprà, impossibilem conditionem haberi pro non adscripta in ultimis voluntatibus; nam hoc accipiendum de addita conditione, ei cui relinquitur; hunc enim privari relicto non adimpleta tali conditione, iniquum est, cum non stet per eum, sed vel per rerum naturam, vel per rei turpitudinem. Hoc autem in casu loquimur, de addita tali conditione ei, à quo relinquitur, & qui jubetur præstare quid impossibile aut turpe, qui ideo non meretur pœnam, quia hæc culpam præsupponit, quæ hic nulla est. Non obstat *l. 1 h.t.* quo minus hæc mutatio attribuatur Justiniano, cum verba *illicitè vel probrosè*, ibi adjecta sint per Tribonianum.

TITVLVS VII.

De Regula Catoniana.

SVMMARIVM.

1. *Regula Catoniana definitio.*
2. *Locum habet in relictis purè non sub conditione.*
3. *Legatum servo hæredis utiliter non relinquitur: secus domino servi hæredis instituti.*
4. *Regula prædicta locus non est in quæsitis post aditionem.*
5. *Habet & locum in hæreditatibus.*

1 Regula Catonianâ definitum est, id, quod tempore testamenti facti inutile foret legatum, quandocumque decesserit testator, non valere, *l. 1. hoc tit.* in eo fundata, quod ab initio nullum tractu temporis non convalescat, *l. Quod* 2 *ab initio 29 inf. De R. I.* Procedit tantùm in iis, quæ purè relicta sunt, non etiam quæ sub conditione, *l. penult. hoc tit.* secundùm quam accipienda est *l. 1. in fine eod.* ut verba & sensus ibi postulant. Ratio est, quod talia non possint censeri relicta, nisi demùm adveniente conditione, atque ita utiliter si caussa jam esset, quæ caussabat nullitatem. 3 Hinc servo hæredis utiliter non legatur, servi tamen hæredis instituti domino legatum valet, *Inst. De leg. §. an servo hæredis.* Ratio prioris est, quòd censeatur legatum purè relictum, cujus dies continuò à morte testatoris cedit, qui si continuò mortuus fuisset, inutile fuisset legatum, utpote quod cessisset ipsi hæredi cui quæritur quod servo relictum, qui proinde fuisset sui ipsius debitor & creditor. Ubi inspici non potest, quòd potuisset fieri legatum utile, servo ante mortem testatoris alienato, ob obstantem hanc regulam. Posterioris ratio est, quòd legatum quidem continuò cedat à morte testatoris ipsi domino, hæreditas autem non nisi per aditionem, quæ posset fieri à servo posito extra familiam domini per alienationem aut manumissionem, atque ita non caderet in eamdem personam cum legato; ut videatur hæreditas non tam relicta purè, quàm sub conditione intellecta per testatorem, si sit extra domini potestatem; ut tum sibi quærit, *l. Debitor. 82. §. servo De leg. 2.* Ubi legendum est, *si res domini, & quod ei purè debetur servo ejus legari possit*; ita enim exigit sensus ibi, non etiam, *servo ejus purè legari possit.* 4 Non habet etiam locum in iis, quæ post aditionem quæruntur, *l. 3. hoc tit.* quid non videntur purè relicta. 5

Utitur autem regula Catoniana verbo *legati*; habet nihilominus locum in hæreditatibus, ut apertè ex *l. penult. inf. De R. I.* Ubi scriptum est, Quæ ab initio nulla est institutio, ex post facto convalescere non potest. Quo modo cui tempore testamenti facti non adfuit testamenti factio, ei nihil debetur ex tastamento, *§. extraneis Inst. De hæred. qualit.* etiamsi tempore mortis capax fuerit. Patet idem ex *l penult. hoc tit.* quæ monet ad conditionales institutiones non pertinere Catonis regulam; ut ad puras dicenda sit pertinere, aliàs monitio ista foret frustranea.

TITVLVS VIII.

De his, quæ pro non scriptis habentur.

SVMMARIVM.

1. *Legatum pro non scripto habetur, si legatarius ante testatorem decesserit.*
2. *Si captus ab hostibus tempore testamenti.*
3. *Si testamentarius sibi adscripserit.*
4. *Subscriptio tamen testatoris facit valere adscriptum.*
5. *In testamento nũcupativo non obtinet hæc pœna.*
6. *Hodie Notariis, tutoribus, curatoribus ve relinqui non potest.*
7. *Habita pro non scriptis penes hæredem manent.*
8. *Hæreditates & legata caduca cedunt fisco.*
9. *Caduca & in caussa caduci esse quæ dicantur.*
10. *Cælibatus pœna hodie sublata.*

Haben-

1 HAbentur & inutilia legata & pro non scriptis, quæ relicta sunt ei, qui tempore mortis in humanis esse desiit, *l.4 hoc tit.* ut qui ante testatorem decessit morte naturali, quia tempore mortis testatoris cedit demùm legati dies; qui frustra mortuo cedit, ut ad ejus hæredem nihil transmittatur, cum præmortuus nihil juris habuerit. Idem obtinet in affecto morte civili, *l.3. h. tit.* cum requiratur, adsit testamenti factio etiam 2 tempore mortis illi, cui aliquid adscriptum. * Ex eadem caussa habetur pro non scripto relictum illi, qui in hostium erat potestate tempore testamenti, si non redierit, *d.l.4. in fine h.t.* uti & quod relictum servo alieno, qui postea à testatore redemptus, quia res venit in casum, à quo incipere nequit, *l.3. in fine h.t.*

3 Ejusdem ordinis est adscriptum sibi à testamentario, id est, qui testamentum scribit, *l.1. hoc tit.* quòd ea res falsi speciem sapiat, cùm putetur factum testatore inscio, *l 3. C. De his qui sibi adscrib. in testam.* Quod & obtinet in marito sibi in testamento uxoris quid adscribente, cum falsi pœna nisi veniam impetraverit, *l.4. C.d.t.* quæ ratò datur, *l.3. C. eod.* Idem juris est in eo, qui adscribit ei, quem habet in potestate, aut in cujus est potestate, aut ab eo adscriptum habet, *l. Divus 15. inf. Ad l. Corn de falsis.* Quod etiam in militis obtinet testamento; cui tamen remissa pœna legis Corneliæ, quia magis videatur errore sibi adscripsisse, quàm malitiâ *l. pen. Cod. d. t.* Filius quoque & servus extra pœnam sunt, ob 4 necessitatem petendi, *l fin. C.d.t.* * Facit quoque subscriptio testatoris & cessare pœnam, & deberi id, quod adscriptum cum distinctione inter servum & extraneum: illis enim adscriptum salvat subscriptio generalis, veluti *dictavi*, huic verò specialis, veluti, *dictavi & recognovi*, *l.1. cognovi*, *l.1.§. inter l. Filius 14. & d l. Divus 15.§.1.* Adscriptum etiam testamentario manu alienâ, jussu testatoris, extra falsum est, *d.l 15.§.2.* Vt & adscriptum filio etiam emancipato, dictante patre, quod ab intestato est habiturus, *l.1. C.d. tit.* quòd cùm sit futurus successor, ab ipso testatore adscriptum habeatur. Adscriptum servo communi, aut sibi & Titio utrum pro parte quasi non vitiosum valeat, quæ situm à Paulo in *d. L 14.* qui videtur in Marcelli sententiam inclinare, existimantis, nihil deberi ob falsi suspicionem.

5 In testamento nuncupativo non habet locum hæc pœna, eo quòd vis ejus non tam consistat in scriptura, quàm in testibus. Quòd spectat quòd legatariis rectè relinquatur & relictum debeatur etiam in testamento nuncupativo, quod vires per eos consequitur, uti dictum fuit supra de testamentis, ubi etiam dictum. * Principes nostri 6 anno 1611. Edictio vetuisse, ne Notarii aut Pastores, qui funguntur vice Notariorum, quid acciperent ex testamento pro se, aut parentibus, usque ad quartum gradum jure civili computandum. Vetitum ibidem quid relinquere tutoribus, curatoribus, eorum uxoribus, sive inter vivos, sive mortis caussâ durante adhuc administratione, quòd ea res fraude non careat. Quod accipiendum de rebus immobilibus, uti domibus, & aliis, etiam reditibus, & postea etiam extensum ad res mobiles, non exclusâ tamen liberalitate ex mobilibus, si ita merita postulent.

Cæterùm ea, quæ pro non scriptis habentur, 7 penes hæredem manent, cum onere tamen fidei commissi, quod injunctum; hoc enim & hæredem tenet, *d.l.14. in fine & l fin. h.t.* Similiter & servo, quem aliquis sibi adscripserat, cum libertate, præstanda hæc ab hærede, *l. Cum quidam 17. inf. De falsis.* Substitutus quoque & conjunctus capit relictum, *l.1. hoc tit. unicâ §. in primo itaque C. De cad. toll.*

Ad fiscum itaque hæc non pertinent, cùm in his delationi non sit locus: sed illa, quæ indignis auferuntur, fisco cedunt, de quibus Tit. sequenti. * Uti & hæreditates, & legata caduca, de 8 quibus lata lex Papia Poppeja sub Augusto, ærarii, quod bella civilia exhauserant, augendi gratiâ, cujusque ratione vicesima hæreditaria excogitata. Fuit & alia caussa Papiæ caducariæ, incitandi scil. cœlibes pœnis caducitatis ad nuptias contrahendas, prohibebat ea lex cœlibes ex aliorum testamentis quidquam capere, nisi intra centum dies à morte testatoris matrimonium inirent, præterquam ex testamento cognati usque ad sextum gradum. Orbos non plus quàm semissem eorum, quæ relinquebantur, capere permittebat; ut gravior pœna fuerit cœlibis, quam orbi, eo quòd in nostra sit potestate matrimonium inire, & sic legi satisfacere.

Dicebantur autem alia caduca, alia esse in caussa caduci. Caduca sunt, quæ relicta capaci, post 9 mortem testatoris ad hærede vel legatario non capiuntur; & aliqua ex caussa ab eo in fiscum rediguntur. Et hoc quoad extraneos vocatos, non item quoad parentes & liberos scriptos, usque ad tertium gradum, quorum caussam non attingebat lex Papia, *l. un. in fine prin. C. De caduc. tol.* In caussa

caussa caduci erant quæ deficiebant testatore vivo, *d. l. un.* §. *& cum triplici.* Verùm hæc spectantia ad caussam caducorum, ut inducta ob bellorum necessitatem, non autem secundum juris rationem, ita reddita pace, tamquam cessante caussa, ut debuerant, sunt revocata per Justinianum *d. l. un.* * Est & sublata pœna cœlibatus & orbitatis *l. 1. C. De infirman. pœna cœlib.* Prior amore castitatis: posterior, quòd liberos suscipere, sit potiùs in providentia divinæ majestatis, quàm in potestate conjugum. Erat & lex Papia decima ia, quâ cautum, ut quod conjugum, qui orbi erant, alter alteri legasset, decima pars fisco applicaretur. Ulp. *t. De decimis* quæ etiam sublata est, *l. 1. C. De infir. pœnis cœlib.*

10

TITVLVS IX.

De his, quæ indignis auferuntur.

SVMMARIVM.

1 *Indignus est relicto, qui testatorem ægrotum non curaverit, & libertus patronum deferens illicitæ negotiationis.*
2 *Meretrix rectè legatur.*
3 *Adultera ab adultero relictum an auferendum?*
4 *Indignus quisque est relicto Testamentum ut falsum accusans.*
5 *Item illud temerè impugnans.*
6 *Dicere Testamentum falsum & inofficiosum in quo differant.*
7 *Est & indignus, in fraudem legis de restituendo incapaci tacitè fidem suam accommodans.*
8 *Partem restituere rogatus an privetur tota?*
9 *An indignum se reddat, qui cavit de restituendo, & non restituit?*
10 *An hæres salva conscientiâ res tales retinere possit.*
11 *Indignus est, quam talem testator nominavit.*
12 *Ob suppositionem hæreditas non aufertur.*
13 *Ablata ut ab indignis plerumque cedunt fisco.*

Varii casus sunt, quibus aliqua habentur quidem pro scriptis, auferuntur tamen iis, quibus relicta; aut quia testatoris necem inultam reliquerunt, qua de re actum sup. *Ad S. C. Silan.* aut testari aliquem prohibuerunt, qua de re sup. *tit. Si quis aliquem testari prohib.* * Sic & tanquam indi- 1 gno aufertur hæreditas ei, cujus negligentia aut culpâ testator est mortuus *l. 3. h. t.* Libertum, qui detulit patronum illicitæ negotiationis, indignum esse relictis ejus Testamento habet *l. 1. hoc tit.* nam licet Resp. sit utile talem deferri & præmium mereatur quoad partem mercium delatori attributam, non tamen etiam meretur relicta à patrono ut ingratus. Cui non rectè objeceris *l. 5. in fin. h. t.* in qua ut indigni repelluntur, summoventur etiam à præmio; nam intelligendum hoc de tali præmio; quod est pars legati, quo habentur indigni; dicta autem *l. 1.* loquitur de præmio quoad Remp. cui profuit judicium.

Meretrici ut donari potest. *l. Affectionis* 5. *inf. De donat.* ita & legari, cùm quod permissum inter vivos, non denegetur in ultima voluntate, ut relictum ei non auferatur. Nec obstat *l. Militem* 14. *hoc tit.* quia loquitur de milite qui ut non donat meretrici, ne illecebris ejus captus stipendio bonisque exuatur, ita nec legat. *l. Miles ita* 41. §. 1. *sup. De testam. milit.* ubi Bartolus idem trahit ad milites cœlestis militiæ. 2

Quæstio est de adultera, an ab adultero ei relictum tamquam ad indigna auferatur per fiscum? Quod videri posset, per *l. Claudius nu.* 31. *hoc tit.* Verùm ea lex loquitur de eo, quod relictum adulteræ ab eo, qui in ejus adulterio damnatus erat, & eam duxerat. Quod & dicendum, si damnatæ relictum fuerit. Ubi nihil faciti, quod sit ducta, quia legibus tale matrimonium prohibitum: ut lex ista non possit trahi ad non damnatum, pœnalis enim est, ut extra casum, quem continet specialem, non sit extendenda. Capella Tholos. *qu.* 191. 3

Indignus quoque est hæreditate, aut relicto, qui Testamentum ut falsum accusat *l. Alia* 8 *Cod h. t.* ita ut accusatio Tutoris noceat pupillo, cujus nomine est instituta, *l. 2. C. eod.* cui tamen est regressus contra Tutorem, & restitutio in integrum salva, *l. fin C. Si Tutor vel Curator intervener. Gloss. in l. 2. Cod. hoc tit.* * Est & indignus, qui Testamentum temerè impugnat, nisi excuset officii necessitas. In patre id juris est, quod agenti nomine filii querelâ, non auferatur tamquam indigno relictum, *l. Filius* 22. *sup. De in offic. testam.* Cujus ratio non consistit in eo, quòd in querela agatur de meritis filii, non etiam de jure patris, & pater non sibi, sed filio victoriam pater (nam & advocationem præstans, & procurationem hac in re suscipiens, quamvis non suo, sed alieno nomine agat, & non sibi, sed alteri victoriam pa- 4 5

ret, nam

ret, nocet tamen sibi quantum ad relictum in testamento, quòd impugnando fecit se in dignum relicto, *arg l fin. in princ. sup. de inoff testam.* Sed in eo ponenda est, quod quasi coactè agat, monente & urgente officio patris. Cujac. *ad d.l.22.* 6 * Inter eum, qui falsum dixit, & qui inofficiosum, ea est differentia, quòd ille non obtinens repellatur quidem à legato, ex parte ejus, quem falsò scriptum dixit, non tamen & alterius, quem non inquietavit: hic verò repellatur à toto legato, quia defunctum arguendo dementiæ totum testamentum impugnavit. Est & ea differentia, quòd qui legatum accepit, nequeat movere querelam, non tamen repellatur ab accusatione falsi si ignarus accepit. Ratio differentiæ est, quòd hunc salvet ignorantia, quæ in eo justa est, cum justè ignorare possit, an testamentum sit falsum, quod proinde non videtur approbare accipiendo legatum: ille autem justè non ignoret, an sit exhæredatus, an præteritus, videns alium exequentem partes hæredis, sibique legatum præstantem, Cujac. *ad l 5.§.1.h.t.* Contendens non jure factum testamentum, non repellitur à relicto, si non obtinuerit, *d.l.5.§.1.* quia non impugnavit judicium, aut accusavit, sed de jure disputavit, *l.si testamentum 24.h.t.*

7 Habetur & indignus, qui in fraudem legis suam acccommodat fidem; quâ vel id, quod relinquitur, vel aliud tacitè promittit se restituturum personæ, quæ legibus ex testamento capere prohibetur, sive chirographum eo nomine dedisse, sive nudâ pollicitatione repromisisse probetur, *l.In fraudem 10.h.t.* aut, ut ait lex, domesticâ cautione, *l.In tacitis 10.3. de leg.1.* qualis reprobata per leges, ut eam præstans ob fraudem, quam committit, relicto habeatur indignus, cùm si palam rogatus fidem præstitisset, relictum retinere posset, *l.3.§.1 inf. de jure fisci,* quod non possit videri in fraudem legis fidem accommodasse, cùm lex tantùm damnet tacitam fidem. Nisi tamen restituerit, nam & tunc facit contra leges, *l.Si postulante 67.cnf. Ad S.C Trebell.* Purgabitur autem vitium, si is, cui restitutio facienda, capax fuerit tempore mortis, *d.l.3.§.quando autem,* quia exitus est bonus.

8 Ubi quæritur, An partem restituere rogatus privetur tota hæreditate? Quod videtur Baldo, *ad L. 3.n.5. Cod. Ad L. Falcid. per text. ibi, & per l. Quidam 30.§.2.inf. de donationib.* ubi pactus de parte hæreditatis vivi totâ dicitur indignus. Contra tamen dicendum, scilicet in parte tantùm mulctandum esse, ne pœnâ excedat delictum. Quò facit *l.Hæres 11.h.t.* ubi in ea tantùm parte, in qua quis tacitam interposuit fidem, non utitur Falcidia; in superfluo autem uti permittitur. Nec facit pro Baldo *d.l.3.* quæ agit in casu, quo aliquis rogatus totam hæreditatem restituere, tacitâ fide interpositâ. Nihil etiam facit *d.l.30. §.2.* quia graviùs est inhiare bonis viventis quàm tacitam fidem interponere, ut quod illo statutum, non debeat extendi, cùm pœnam contineat, quæ potius restringenda Gomez. *ad l. 6. Tauri n.22.* Peregrinus *de jure fisci lib.3.t.ult.n.20.*

9 Quæritur etiam, An quis hoc solo reddatur indignus, quòd caverit de restituendo, non tamen restituit? Posset videri, non aliàs locum esse isti pœnæ, quàm quatenus secundùm tacitam fidem id, quod promissum, traditum fuerit, secundum *l.3.* in verbis, *administrasse apparuerit,* eo quod delictum non alias mereatur pœnam, quàm perfectam, ante traditionem autem necdum sit perfectum. Contrarium tamen videtur dicendum, scilicet hoc ipso esse indignum relicto, quòd passim vis ponatur in fide tacitè accommodata, non etiam in traditione, ubi patet ex *d.l.3. in pr l.Imperator 12. in fine inf. de fideicommiss. libert. & d.l.13.* Ex quibus patet, cautionem improbari, per quam fit fraus legi: ut non obstent verba *administrasse apparuerit,* in *d l.3.* cum per ista non indicetur, requiri traditionem, sed cum Glossa accipienda sunt pro consensu, per quem promissio adimpletur & legi fit fraus, ut habeat locum pœna. Nihil facit, quòd delictum non puniatur nisi perfectum, cum hac in parte perfectum sit ante traditionem. Videatur Gomez *d. loco n.23.* Bald. *in l. fin. n.9.h.t.*

10 Hinc dependet solutio alterius quæstionis. An possit hæres res istas retinere, salva conscientiâ? Secundùm priorem opinionem præcedentis quæstionis videtur (cùm in conscientia nemo teneatur ad pœnam) talis retinere posse, cum hic agatur de pœna fisci respectu. Et facit, quod indignitas non tam proveniat ex accommodata fide, quàm ex restitutione: quam partem amplectitur Covar. *p.2. de matrim. cap.8.§.5.n.13.* Verùm secundùm posteriorem opinionem dicendum, non posse sibi retinere in conscientia, sed fisco deferre debere, juxta Bart. *in l.fin.n.9.h.t.* Quæ opinio verior est, & probatur per *l.Eum qui 18.in pr.h.t.* ubi talis hæres judicatur possessor malæ fidei, etiam ante litem motam, qualis non potest rem retinere. Facit, quòd si retinere posset, id esset ex voluntate defuncti, quæ deest cùm non aliàs voluerit esse hæredem, quàm ut restitueret inca-

incapaci. Quod licet adjectum sit contra leges, ut habeatur pro non scripto, quia tamen accommodavit fidem, lex istam voluntatem improbat, non quoad fidem, eam solam rejiciendo, sed quoad totam dispositionem; & fisco locum facit, ut non subsit ratio, quæ possit facere pro ipso scripto, excusando eum in conscientia, *d. l.* 18. V. Gomez. *d. loco n.* 28. Garcias *Tract. De tacito fideicommisso n.* 38.

Et hæc ita, nisi parendi necessitas excuset hæredem, uti filium in potestate, qui ad jussum patris tacitam fidem interposuit, quam illi nocere non debere responsum, *l.* 10. *h. t.*

Est præterea indignus, qui quam judicavit suspectam, coactus est adire hæreditatem; adeò ut ne quidem quartam salvam habeat, nec fidei commissum sibi relictum consequatur, qua de re infrà, *ad S. C. Trebell.* 11 Indignus etiam est, quem testator codicillis indignum nominavit: hoc enim meretur odium indigni, quamvis aliàs nec adimatur hæreditas codicillis. Inimicitias capitales facere aliquem indignum legato dictum suprà T. VI. hujus Libri.

12 Ubi quæri posset, An & hæreditas auferatur ob inimicitias? Dicendum, non auferri etiam in casu, quo testator inceperit mutare voluntatem, quod testamentum perfectum non mutetur nudâ voluntate: neque etiam inchoato posteriori, sed demum eo perfecto, *L. ex parte* 22. *sup. De adimen. leg.* Non obstat *l. Cùm quidam* 12 *h. t.* nam in ea est perfecta voluntas posterior, quoad solemnia. Qua de caussa licet eo nomine sustineri nequeat, quod scriptus in eo sit incapax, nec superius rumpi, tamen quod essent indigni scripti testamento primo, aufertur ab iis hæreditas juxta *l.* 4. *C. h. t.* In dicta autem *l.* 22. testamentum posterius non est perfectum, nec in eo scripti vocantur indigni. Redditur & indignus, ab eoque aufertur hæreditas, qui à monitione judiciali intra annum non implevit voluntatem, *Nov.* 1. §. 1.

13 Cæterum quæ ut indigno auferuntur plerumque cedunt fisco, ut in casu, quo delictum est contra testatorem, *l.* 1. *&* 1. *C. h. t. l.* 5. §. *meminisse.* ubi Castal. *sup. De inoff. testam.* præcipuè post mortem testatoris: nam si in vita cum eo contraxerit inimicitias capitales, legatum quidem revocatum est, sed manet penes hæredem, *si inimicitiæ* 9. *in princ. h. t.* Excepto casu, quo movit caussam status testatori, ob graviorem injuriam illi illatam, quæ per fiscum vindicatur, *d. l.* 9. § *fin.* Facit, quod conditionem testatoris in dubium vocando, testamentum impugnet. Præterea peccantis contra leges partem fiscus capit, *l. in fraudem* 10. *h. t.* Peccantis vero contra aliam personam pars non cedit fisco, *l.* 5. §. *amittere h. t.* ubi tutor datus pupillo, si se excusaverit à tutela, legatum amittit, quod non videatur dignus præmio, qui recusat adimplere id, quod rogatus. Sic & qui hæredem defraudare cogitavit, legatum amittit, quod manet penes hæredem, *l. pen. C. De legat.*

FINIS LIBRI XXXIV.

HEN-

HENRICI ZOESII I. C
IN LIBRVM XXXV.
DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.
De Conditionibus & Demonstrationibus & caussis, & modis eorum, quæ in testamento scribuntur.

SUMMARIUM.

1. *Conditio quid & quotuplex.*
2. *Effectus conditionis est suspendere obligationem in sui eventum.*
3. *Conditio impossibilis pro non adjecta habetur.*
4. *Si per se, & non per accidens sit talis.*
5. *Conditio necessaria non habet eum effectum.*
6. *Neque concepta in præsens aut præteritum.*
7. *Conditio alia potestativa, alia causalis, alia mixta.*
8. *Conditionis vim habet dies incertus.*
9. *Conditio debet esse honesta ut* si nupseris.
10. *Nisi circumstantia faciat minus honestam.*
11. *Conditio* Si arbitratu Titii nupseris, *non rectè apponitur.*
12. *Secus.* Si arbitratu patris nupseris, *saltem iure civili.*
13. *Ut &* Si consilio patris.
14. *Conditio,* Si non nupseris, *an rectè adjiciatur.*
15. *Conditio non nubendi remissa L. Iulia Miscellâ.*
16. *Virgini & nuptæ necdum cognitæ non apponitur.*
17. *Conditio,* Si castè vixeris, *an importet prohibitionem nuptiarum?*
18. *Ad Religionis ingressum quis præmio dato induci potest.*
19. *Conditio avocans à Religione sustinenda?*
20. *Titia legata centum si nubat; quinquaginta si Religionem ingrediatur, ingressa quantum debeatur.*
21. *Relictum pro dote virginum nubentium an possit distribui ingredientibus.*
22. *Relictum sub conditione præstandum eâ impletâ.*
23. *Nisi remissa fuerit conditio.*
24. *Eaque casualis.*
25. *In potestativa si per honoratum stet, quò minus impleatur, redditur indignus relicto.*
26. *Implere recusans, deinde pœnitens non auditur.*
27. *Ex pluribus oneratis unus si impleverit an solus ad legatum admittendus?*
28. *Conditionem an sufficiat semel impletam fuisse.*
29. *Conditiones plures conjunctim vel disjunctim adjecta quomodo implenda.*
30. *Conditio potestativa an per casum deficiat?*
31. *Honoratus per hæredem impeditus implere conditionem capit relictum.*
32. *Conditio mixta quando habenda pro impleta.*
33. *Exempla conditionis mixtæ.*
34. *Conditio validè impleri debet.*
35. *Conditio implenda modo & formâ præscriptis.*
36. *Pater compensationem non haberi pro impleta.*
37. *Nisi in caussa libertatis.*

38. *Conditio præordinata ad effectum aliquem specificè impleri nequit.*
39. *Conditio faciendi præcisè adimplenda.*
40. *Conditio per hæredem impleri nequit.*
41. *Conditiones quo tempore implendæ.*
42. *Conditio negativè concepta non impedit petitionem relicti, interveniente cautione Mutianâ.*
43. *Demonstrationis falsitas non vitiat legatum.*
44. *Vt neque falsitas causæ.*
45. *Modus quid, & in quibus differat à conditione.*

INstitutionibus addi conditiones dictum supra de conditionibus institutionum[1]: hic de iis agitur, quæ adjiciũtur legatis & fideicommissis, de quibus paulò latius nunc agendum. * Est autem Conditio lex adjecta institutioni, legato, obligationi, ejus effectum differens in alicujus rei eventum. Alia est intrinseca & subintellecta, *l.1, in fine h.t.* cujus fit mentio in *l. cum avus* 102. *h.t.* & *in l. Cùm acutissimi* 30. *C de fideicommiss. & aliis locis.* Alia Extrinseca, à testatore adjecta, sive affirmativè, sive negativè: & hæc vel est possibilis vel impossibilis. Possibilis iterum vel necessaria quæ necessariò eventura, veluti, *Si morieris, Si cras sol oriatur*: vel contingens, quæ evenire potest & non evenire & concipitur vel in præteritum, veluti, *Si Rex Persarum est mortuus*, vel in præsens, ut, *Si Rex Persarum vivit*, vel in futurum, *si Consul factus fuerit.* Est & conditio alia & promiscua, quam ita dictam volunt, quòd sit facilis & prompta, & in potestate ejus, cui apposita, veluti, *si Capitolium ascenderis, si decem dederis &c. d. l. jam facta* 11. *h.t.* Alia non promiscua, quod ejus implementum non fit facile, veluti. *si decem dederis M-vio*, quod longè abest, *l.* 10. *h.t. l.4.§.2. sup. de har. instit. si filium ejus te esse docueris*, & similes, *l. Lucius* 83. *h.t.* Eo spectant conditiones casuales & mixtæ: quædam etiam protestativæ, quæ propter circumstantiam non sunt ita faciles quã in re multum valet arbitrium judicis: nam promiscua fit, nec ne, pendet ex facto & exemplis, estque in judicis potestate, *d.l.4.§.1.*

2 Ad effectum conditionis quod attinet, consistit is in eo, quod in eventum sui suspendat obligationem, *l. legata* 41. *h.t.* quem sortitur tantum ea, quæ extrinsecus adjecta, non etiam quæ inest, *l. Conditiones* 99 *h.t.* Non omnis autem quæ extrinsecus adjecta suspendit obligationem, sed ea tantum, quæ concepta est in possibilem & contingentem eventum de futuro.* Neutiquam autem impossibilis, quæ actum purum ponit in his materiis, in quibus habetur pro non adscripta, *§. impossibilis Instit. de hæred. instit.* sive talis sit natura, veluti, *Si cœlum digito attigeris*, sive jure, veluti, *si patri nupseris*, nam turpia & probrosa sunt loco impossibilium, *l. filius* 15 *sup. de condit. institut.* Contractus per ejusmodi conditiones adjectas vitiantur, eo quòd apponentes videantur ludere. Quæ præsumptio non accipitur in ultimis voluntatibus, quæ dependent ex unius voluntate & arbitrio.* Et hoc ita in ea conditione impossibili, quæ talis per se est, non per accidens, quæ potius difficilis quam impossibilis; veluti si instituatur pauper aut relinquatur ei libertas, si mille dederit, *l.4.§.1. de statu liber.* Nam cum conditio difficilis impleri possit, nisi impleatur, deficiet voluntas testatoris, *d.§.1.* Cujac. 2 1. *obser.* c. 39.

3 ... 4

5 Non sortitur autem conditionis naturam ea, quæ est necessaria, & non potest non evenire, ita ut continuò ponat obligationem, *l. Si pupillus* 9. *§. qui sub inf. de novationibus* cujusmodi est conditio impossibilis negativè concepta, veluti, *si cœlum non ascenderis*, ex qua præsentem poni obligationem necesse est, *l.7. inf. De V.O.* Ratio est, quod hujusmodi conditio sit præsens & determinata in sua causa naturali, ut impossibile sit oppositum esse. Unde censetur jam impleta, & relictum continuo peti potest, nisi non tamquam conditio, sed ut præfinitio temporis adjecta fuerit, tunc enim exactio differtur in diem adjectum, *l. Hæres* 79. *in pr. h.t.*

6 Præterea non habet effectum conditionis ea, quæ concepta in præsens vel præteritum, cum vel continuo dispositionem faciat utilem, si res ita se habeat, vel prorsus inutilem, si ita se non habeat, licet hoc ignoret testator, quod non consideratur, *§. conditiones Instit.* De V.O.

7 Sola itaque conditionis effectum habet ea, quæ concepta in casum futurum contingentem, adjecta scilicet extrinsecus per testatorem. Quæ alia est Potestativa, posita, in voluntate & arbitrio honorati, veluti, *Fundum do, lego, si decem Titio dederis, si Capitolium ascenderis*: alia Casualis, quæ ex eventu fortuito dependet, veluti, *Si cras pluat, Si navis ex Asia venerit*: alia Mixta, cujus eventus partim pendet à voluntate honorati, partim ex casu, veluti, *Si Mævio postliminio reverso decem dederis, Si Titio Consule Capitolium ascenderis, Si Mævia tibi nupserit, &c. l. unic. §. fin. autem C. de caducis tollen.*

Habet

8 Habet & vim conditionis, saltem in testamentis, dies incertus, qui potest non evenire, *l. Dies* 75. *h. t.* veluti, *Lego decem, cum morietur hæres*, quia potest contingere, quod legatarius ante hæredem moriatur, quo casu extinguitur legatum, *l.* 4. *inf. Quando dies legat. ced.* Dico, in testamentis; nam in stipulationibus dies incertus non ita facit conditionem quoad effectum, *l. sub conditione* 16. *cum l. seq. sup. De condict. indeb.* quia in contractibus spes conditionis ad hæredem transit, neque enim sibi tantùm quis contrahit, verùm & hæredi. Dixi, qui potest non evenire; nam si necessariò evenire debeat, non ponit conditionem, sed facit actum purum, *d. l.* 4. §. 1. transmittetur que legatum ad hæredem, veluti si legetur Titio, cum morietur.

9 Conditio itaque contingens in futurum casum concepta habet vim ac potestatem conditionis, si fuerit honesta. Honestam esse conditionem, *Si nupserit*, non est dubitandum, sive in genere adjiciatur, sive expressâ certâ personâ, *l. si quis* 7. *C. de instit. sup. condit.* Cui non obstat, quod pœnali conventione ad matrimonii legem nemo obstringi possit, *l. Titia* 134. *inf. De V. O.* cum hîc non sit pœna, sed præmium potius, cujus spe ad matrimonium quis invitatur, quod nihil mali includit, *l. Titio* 71. §. 1. *&* 2. *h. t.*

10 Nisi obsit circumstantia, veluti si persona adjecta sit turpis; nam à nuptiis omnino avocaretur honoratus. Nubere enim jussa uni, ab aliorum nuptiis avertitur, illi autem, cui jussa nubere commodè jungi non potest, ob turpitudinem, *l. cum ita* 93. §. 1. *h. t.* Mynsing *cent.* 6. *Observ.* 31. Consequitur tamen isto casu relictum honoratus, quod conditio adjecta habeatur pro non scripta.

11 Hanc verò conditionem, *Si arbitratu Titii nupserit*, non rectè adjici habet, *l. Cùm tale* 72. §. *si arbitratu h. tit.* ubi subjungitur ratio, ne quod omninò nuptiis impedimentum inferatur, quarum libertatem ista conditio restringit; cùm liberè velle non intelligetur, qui cogitur obsequi alieno jussui, *arg. l.* 4. *inf. De R. I.*

12 Conditio, *Si arbitratu patris nupserit*. inspecto jure civili rectè videatur adjecta, cùm isto jure requiratur consensus parentum, in nuptiis liberorum. De jure Canonico contrarium posset videri, quòd eo non desideretur consensus parentum, ne minùs liberæ sint nuptiæ, & habeant difficiles exitus, ut ita tamquam impeditiva libertatis matrimonii videatur rejicienda, *arg. d. l. Si arbitratu*, Molina *De jure primogen. lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 35. Em. à Costa *ad d. l. Si arbitratum* 2. *&* 13. De qua tamen opinione dubitari potest, inspecta consuetudine variorum locorum, quæ permittit exhæredationem ineuntium nuptias, spretis parentibus,

13 Aliud est si conditio habeat, *Si consilio patris aut alicujus externi nuptias inierit*; talis enim non tollit libertatem nubendi, cùm consilium audire sufficiat, sequi autem nemo teneatur, juxta tradita *De his quæ fiunt à Prælato, &c.* Si tamen etiam per hoc detetur impedimentum aliquod nuptiis, ut quia abest is, cujus consilium requiritur, erit conditio pro non adjecta.

14 Conditio, *Si non nupserit*, in genere apposita est pro non adjecta, & eâ non obstante legatum à nubente capitur, *l. Hoc modo* 64. *in fin. & l. Cùm tale* 72. §. *Mævia hoc tit.* Etsi enim viduitas aut cælibatus sit honestum pudicitiæ genus, inutile tamen Reip. quam augeri numero liberorum est utile. Quod verùm est, quatenus ei adjicitur, cui relinquitur, aut etiam, qui ejus est in potestate, aut in potestate habet; nam & hoc modo contingeret impediri nuptias, causâ capiendi relicti, *d. l. Hæres* 79. *in fine h. t.* Alius est, si relinquatur tertio, sub conditione, *Si non nupserit*, cum nulli injungatur viduitas, propter commodum relicti. Verùm quoque est, quando nuptiæ omninò impediuntur, non etiam quando conditio habet, ne certæ personæ nubatur, aut ex certo loco vel familia conjux accipiatur, quia per eam non tollitur omninò nubendi facultas, *d. l.* 64. Crassus §. *Legatum q.* 50. *n.* 3.

15 Obtinuit hoc in primis nuptiis & secundis. In his tamen postea non nihil variatum per legem Juliam Miscellam, ita dictam, quòd miscellanea & confusa contineret, pertinentia tam ad fœminas quàm ad viros, *l.* 3. *Cod. De indicta viduit. toll.* ubi Cujac. *in parat.* quâ dispositum erat, ut is; cave, cui adjecta conditio viduitatis, posset nubens intra annum legatum petere, si jurasset se liberorum causâ nubere. Verùm quia ejusmodi juramentum est periculosum, Justinianus prædictam legem sustulit, permissâ plenâ nubendi & ducendi licentiâ, *l.* 2. *C. d. tit.* Novissimè idem statuit, conditionem viduitatis, veluti, *Si vidua permanserit*, sive à marito, sive ab extraneo adjectam, servandam esse, & intra annum peti non posset tale relictum, nisi deficiat spes nuptiarum; post annum autem non nisi sub cautione Mutiana, *Auth. Cui relictum Cod. hoc titulo.* Quæ cùm tantùm loquitur de viduis, etiam in iis tantùm obtinebit, non in virginibus. Cui non ob-

vitat, quòd secundæ nuptiæ sint permissæ, ꝟ. *de secund. nupt.* uam honestum est ab iis abstinere, *ca. fin. XXXI. quæst. 1.* Ubi dicitur vidua beatior esse, si sic permanserit, cum secundò nubendo dicatur animam defuncti contristare, *Nov. De nuptiis 22. § quæ verò nunc.* Covarr. *De matrim. p. 2. cap. 3. § 9. n. 14.* Quod etiam procedit jure Canonico, licet eo sit plena libertas viduis nubendi, *c. pen. & fin.* ꝟ. *de secund. nupt.* cum illa libertas non minuatur: neq; enim ista conditio tam continet pœnam transeuntis ad secundas nuptias, quàm invitat spe præmii ad viduitatem, quæ res est honesta.

16 Virgini itaque hujusmodi conditionem apponi non posse verius est, cum antiquæ leges, quæ talem conditionem pro non adjecta habent, non sint sublatæ, nisi quoad secundas nuptias de quibus loquitur *d. Auth. cui relictum.* Facit, quòd primæ nuptiæ sint favorabiles, non ita secundæ. Virginis loco est, quæ nupta quidem fuit, non tamen cognita; etsi enim nuptias consensus faciat, non tamen consummat. Consummatio autem hac in parte præcipuè est attendenda. Quod & volunt procedere in ea, quæ corrupta quidem fuit, numquam tamen nupta, cum talis propriè vidua dici non possit: & facit ratio, quod satius sit tali nubere, quam luxuriosè vivere. Gomez 1. *Var. Resol. c. 12. n. 78.* Grassus *§. Legatum q. 50. n. 6.*

17 Quæritur, an sub conditione, *Si castè vixeris*, contineatur prohibitio secundarum nuptiarum? Quod non videtur: nubere enim non est turpiter vivere, cum dicatur castè vivere agens vitam conjugalem, *can Nicana dist. 31. can. fin. XXXII. quæst. 1.* Nisi aliunde pateat de contraria mente, quæ erit attendenda, *l. in conditionibus 19. h. tit.* Quomodo adjecta à marito ejusmodi conditio videtur omnimodam castitatem exigere, quæ non est in secundo nubente, cum soleat maritus secundas uxoris nuptias aversari quod & dicendum videtur, si filius sub hac conditione aliquid matri reliquerit, neque enim etiam huic gratæ sunt iteratæ matris nuptiæ. Covarr. *loco suprà cit.* Forster. *De success. lib. 7. c. 9. n. 17.* Grassus *d. §. Legatum. q. 54.* Peckius *1. de testam. conjug. cap. 24. n. 8.*

18 Dicta de nuptiis habent etiam locum in ingressu Religionis, ad quem rectè quis inducitur præmio dato: uti & ingredienti relinquitur hæreditas vel legatum sub ista conditione. Ubi non potest dici subesse vitium simoniæ, cum non vendantur res sacræ, sed spe præmii ad vitam religiosam quis inducatur, quod est extra vitium, ut patet ex iis, quæ traduntur ꝟ. *De simonia.* Vid. Grassus *d. qu. 50. num. 3.* Binsfelt. *ad cap. 9. De simonia q. 2. col. 5. § dubium.* 19 Non rectè autem conditio hæc in genere apponitur, *Si non intraveris Religionem*, quia abstrahit a Religione, quæ est magis favorabilis, quam nuptiæ: ut, quod in his non admissum, nec in illis admittatur, argumento à matrimonio carnali ad spirituale, quod procedit, ut videre est apud Everatdum *in locis.* Rectè verò à certi alicujus loci ingressu quis arcetur per conditionem relicti, uti & ad certum locum invitatur, cum non detur omnino impedimentum ingressus. Quatenus tamen prohibitus uno in loco, alibi ingredi commodè potest: alias in fraudem conditio apposita censeretur, & non tenere, *arg. l. Cum ita 63 & l. hoc modo 64. § 1. h. t.* Et quamvis cum Covarr. 1. *Variar. Resol. c 19. n. 10.* videri posset conditio in universum a Religione avocans sustinenda, ex eo, quod non sit verisimile, aliquem abstrahendum à Religione ob lucri amissionem, cum per ingressum bonis temporalibus se privet: fatendum tamen minus piè talem conditionem apponi, cum concernat odium ingredientis, ut proinde tutius sit intuitu alicujus boni finis excludere ingredientem à commodi alicujus participatione. Quomodo Clerici ad majoratus & primogenia non admittuntur, quod ea concernant familiæ conservationem, Covarr. *d. loco n. 11.*

20 Quæritur hic, an si Titiæ legata sint centum, si nubat; quinquaginta autem, si religionem ingrediatur, ingressæ centum, an vero quinquaginta debeantur? Verius est, tantum quinquaginta deberi, secundum expressam testatoris mentem, subnixam optima ratione. Ideo enim plus reliquit nubenti, quod pluribus indigeat in statu matrimoniali, quam ingrediens in statu religioso. Nec est, quod objiciatur causa præcum in ejus odium nihil fiat; providetur enim ei, qui pluribus indiget. Non rectè objicitur textus in *l. Titia h. t.* Quia loquitur in casu dispari, cum agatur ibi de specie, in qua favorabile cum odioso concurrit, uti nubere & non nubere. Quomodo in casum odiosum amplius relictum debetur amplectenti casum favorabilem, in cujus eventum minus relictum erat: hic autem uterque casus est favorabilis, ut tenenda sit voluntas expressa. Non rectè etiam objicitur *Auth. Nisi rogati Cod. Ad S. C. Trebell.* quia loquitur in casu quo simpliciter quis rogatus restituere, si sine liberis decesserit, ubi ideo ingressus facit deficere conditionem, ut di-

dicemus infra ad S. C. Trebell. hic autem testator utrique casui providit. Covarr. *d. loco num. 9.* Molina *d. lib. 2. tit. 12. n. 54.* Vasq. *De success. parte 2. §. 29. n. 23.* Fachin. *5. contr. c. 54*

21 Quæsitum & illud, an relictum pro dote virginum nubentium possit distribui ingredientibus? Posset hoc videri per *d. Auth. Nisi rogati*, ubi conditioni, si sine liberis, non est locus, si gravatus ingrediatur Religionem: & per *Nov. de sanctiss. Episc. 123. § si quis sub conditione collat. 9.* ubi relictum puellæ nubenti debetur etiam ingredienti. Verùm contrarium dicendum, scilicet non satisfieri menti testatoris, distribuendo relictum tale ingredientibus, eo quod, ut infra dicetur, voluntas specificè sit adimplenda, quatenus fieri potest: hic autem in specie adimpleri potest, cum licet ingrediatur, aliæ sint, quæ nubant, in quibus perficietur voluntas. Nihil obstat *d. Auth. Nisi rogati*, quia loquitur in uno rogato restituere sub conditione. Non etiam obstat *d. §. si quis sub conditione*, quia loquitur in casu, quo quid relictum certæ puellæ nomine nuptiarum, quod deficeret, si illi ingredienti non deberetur; neque enim alteri nubenti ut detur, pariter voluntas legantis. Ideoque, propter affectum ejus ad nominatam personam, præsumit lex, voluisse defunctum, ut relictum caperetur per ingredientem. Quæ præsumptio non habet locum in nostro casu, cum uti dictum, voluntas in aliis impleri possit. Covarr. *d. loco num. 11.* Gutierez. *Canon. qq. c. 12. n. 20.*

22 Ut consequatur honoratus relictum sub conditione, necesse est illa sit adimpleta: ante enim nec venit dies legati, nec cessit, id est antè nec debetur, nec peti potest legatum, *l. Si dies 21. inf. Quando dies legat. ced.* Defectus conditionis facit deficere legatum. * Nisi sit remissa, quia remissio in conditionibus ab homine adjectis habetur pro reali solutione, & vero implemento, *l. Julianus 45. h. t.* Quod & dici potest in appositis à lege, cum dispositio legis uberiorem interpretationem recipiat. * Et hæc ita in casuali, etiamsi conditio sit levis & inutilis, quia non consideratur, in conditione positum alicujus intersit fieri aut non fieri, sed tantum inspicitur ipsa voluntas quæ regit conditiones, *d. l. in conditionib. 19. h. t.* Testator enim tantum consideravit casum quem evenire posse, & non evenire prævidit. Et facit *l. Mævius 55. h. t.* ubi dare jussus ei, cui non prodest, tenetur nihilominus dare ad consequendum legatum. Non sit tamen talis conditio, quæ minus sanum judicium testatoris arguat ut in specie *l. Quidam 27. sup. De condit. instit.* aut inepta, ut in specie *l. Servo 113. in fine sup. De legat. 1.* aut turpis, aut ea, quæ per legem remittitur, cujusmodi est juris jurandi de dando, *l. hac scriptura 26. h. t.* Ratio videtur esse, quod per juramentum de dando posset incidere legatarius in perjurium, quodque jurando non satisfit voluntati, sed dando, *l. Quæ sub conditione 8. in princ. & §. quoties sup. De condition. instit.* Non liberat tamen ista remissio legatarium, qui nihilominus tenetur dare, adimplementum conditionis. * In potestativa defectus conditionis facit deficere voluntatem, si per ipsum honoratum stet, quo minus impleatur; redditur enim per hoc indignus relicto, *d. l. 8. § quoties*, & quidem continuo quomodo qui semel negavit se adimplere, velle relicto cadit.

Ubi quæritur, An si jussus dare aut facere, primò recusaverit, aut tempus labi passus sit, quo commodè potuit conditionem implere, postea pœnitens audiatur? Non audiri verum est, cum semel recusando implere conditionem, aut non adimplendo suo tempore, indignum se fecerit relicto, & hæredem liberaverit, in cujus detrimentum pœnitere aut variare non licet, *l. fin. Cod. De condit. insert.* Sic nubere jussa Titio, si Cajo nubat, post vidua facta Titio nubendo non satisfaciet conditioni, cum semel ei contravenerit: nam jussa nubere Titio, cæteris omnibus nubere prohibetur, *l. Cum ita 61. §. 1. hoc tit.* Facit, quod testator primum actum videatur intellexisse, *arg. l. Boves 89. §. hoc sermone inf. de V. S. & l. Matrimony 21. in fine inf. Qui & à quib. manumissi.* Nisi alias appareat voluntas testatoris, qui quandocunque impleta conditione voluit legatum capi. 26

Quod si ex pluribus oneratis facere unus tantùm paruerit, an solus ad legatum admitteretur, dubitavit Ulp. ut habet *l. penult. Cod. d. tit.* Decisum tamen fuit olim, deficere isto casu conditionem, quòd non esset ab omnibus satisfactum menti testatoris, *l. pen. hoc tit.* Quam rem mutat Justinianus in *d. l. penult.* uni ex pluribus legatariis facienti legatū concedens, quòd solus voluntati paruerit. In conditione dandi, si unus ex pluribus decem dare jussis decem dederit, totum legatum consequitur: si verò tantum pro parte sua dederit, tantum etiam partem consequitur, ita tamen, ut pars altera eidem cum sua conditione ad- 27

23 24 25

accrescat, *l. Si quis* 54. *in fine h. t.* Aliud est, si uni relictus sit fundus, sub conditione dandi decem, nam hic dividere conditionem non potest, nec legatum, quod unum est, dividere? unum enim illud facit singularis persona, cui relictum.

28 Illud etiam in dubium vocatur, an sufficiat semel impletam fuisse conditionem, ut non obsit postea ejus defectus? Quod dicendum, si conditio fuerit transiens, quæ in momento impletur, veluti, *Si fueris vidua, si liberos procreaveris, si nupta eris & c. c. fin. Cod. De indicta viduit. toll. l. Cum uxori Cod. quando dies legat. ced. l. 7. Cod. De instit. sub condit. l. Heredib. 77. in princ. inf. Ad S.C. Trebellian.* Aliter de ea judicandum, quæ habet tractum & permanentiam, qualis est, *Si sine liberis decesseris*, in qua defectus liberorum quandocunque contingens ante mortem facit cessare relictum, *l. Ex facto 17. §. si quis*, ubi Bart. Castrensis, Alex. & alii *inf. Ad S.C. Trebell.* qua de re aliqua dicta sunt sunt supra *ad titul. De condition. institut.*

29 Advertendum autem est quoad effectum, quâ formulâ adjiciatur conditio, maximè si plures adjiciantur, conjunctivè an disjunctivè, affirmativè an negativè. Nam honoratus sub conditonibus pluribus conjunctivè appositis, non antè relictum capiet, quàm omnes impleverit, habentur enim loco unius, *l. 5. sup. De condit. institut.* Una autem res non potest videri existere, nisi omnes partes existant. Et hoc, si affirmativè appositæ sint; nam si negativè, omnes debent deficere, quia ut in illis requiritur omnium existentia, ex natura orationis copulativæ, ita & in his omnium defectus, ex regula, quod contrariorum eadem sit ratio. Si disjunctim conceptæ sint, unam evenisse satis est, ut honoratus consequatur relictum, ex natura alternativæ, *cap. in alternativis De R. I. in 6. l. si ita* 129. *inf. De V. O.* Et hoc, si affirmativè sint conceptæ; si verò negativè sufficit unam non evenisse, *d. l.* 29. ex ratione jam dicta. Quò facit, quod habetur in *l. Si is qui* 5. *cum ita sup. De reb. dubiis*? nisi aliò trahat conjectura voluntatis.

30 Quæritur, An casus faciat deficere conditionem potestativam? Videri posset id non operari, quòd testator honorati factum respexerit, cui non debet obesse casus, quem non habet in potestate. Facit in eam rem *l. Quæ sub conditione* 8. §. *mortuo sup. De condit. instit.* & *l. inde Neratius* §. *item Iulianus inf. Ad L. Aquil.* quibus locis non videtur defectus conditione, qui eidem parere non potuit, quasi sufficiat, ut honoratus sit paratus, & non obsit, si quocumque modo impediatur. Facit etiam *c. Imputari* & *c. Cum non stat De R. I. in 6.* Ubi dicitur, quando non stat per eum, ad quem pertinet implere conditionem, quòd habeatur pro impleta. Quibus tamen decisionibus obstare alia loca videntur, quæ habent, non aliàs censeri pro impleta, quàm si steterit per hæredem, aut eum, in cujus persona adimplenda, *l. Titius* 14. *l. Cum ita* 24. *hoc tit.* Ad idem facit textus in *l. Peculium* 20. §. *is qui servus inf. De statu liber.* ubi singulare est, quod servus, cui relicta libertas sub conditione dandi decem, nihilominus liber fiat, etiamsi post mortem ejus, cui jussus dare, habeat decem, aut per casum dare impediatur *l. fin. C. de condit. insert.* ut videatur aliis in casibus defectus casus conditioni potestativæ officere. Ad conciliationem horum locorum ponenda est regula, cum suis exceptionibus, scilicet, casu defectam potestativam conditionem impedire voluntatem, secundùm loca proximè allegata: quibus respondere textus in *l. in testamento* 31. *hoc tit.* & *in l. 4. Cod. De condit. inser.* ubi Titio jussa nubere, si antequam nubat moriatur, nihil transmittit ad hæredem? si Titius moriatur, legatum corruit. Excipe primò, nisi honoratus necdum potuit aut debuit agere, quod jussus est, utpote adhuc vivo testatore, ante cujus mortem ut non est testamentum firmum nec irrevocabile, ita nec quidquam antè relictum censetur: qua ratione casus antè contingens non debet obesse, juxta *d. §. mortuo*, & loca similia, ob impossibilitatem.

31 Secundò, nisi honoratus, cùm esset paratus adimplere conditionem, impediatur vel per hæredem, uti in *l. Iure civili* 24. *hoc tit.* ne ejus factum ei prosit, alteri autem noceat, *l. Factum* 156. *inf. de R. I.* vel per eum, in cujus persona implenda, *d. l.* 24. & 31. & *l. 5. §. item si qua inf. Quando dies leg. ced.* ubi nubere jussa Mævio, si hic recuset, capit nihilominus legatum. Respexit enim testator honorati voluntatem, quam promptam esse satis est, nec ei debet nocere aliena contumacia. Quo modo dare jus hæredi, qui acceptare recusat, aut ducere Titiam, quæ renuit, legatum nihilominus rectè petit. Adeò ut non teneatur hæredi pœnitenti offerre pecuniam, aut Titiam nubere paratam ducere, quia semel offerendo censetur implevisse conditionem, quæ cùm habeatur pro impleta, non est iteratò adimplenda, *l. fin. Cod. De condit. insertis*. Quo facit, quòd hac in parte non admittatur pœnitentia, *l. 3. §. Stichus inf. De statu liber. l.* Si

Si hæres 60. inf. ad leg. Falcid. Atque ita procedet, quod habet *d. l. fin.* semel repudiatum, id est conditionis implendæ caussâ oblatum, non acceptum, redintegrari minimè posse, cum semel impletâ conditione legatum transeat in dominium legatarii, qui proinde non indiget ad rem acquirendam novâ oblatione. Grassus §. *Legatum quæst. 46 n. 14. & 16.*

32 Ad implenda ea quoque est conditio, quam mixtam vocant; nam & ejus defectus vitiatet voluntatem. Ubi sunt, qui volunt casum illi non officere, & non aliàs eam deficere, quàm si stet per honoratum, non etiam si per hæredem, aùt alium. Pro quâ parte adducunt textum in *l. Si quis 11. in l. Vter 23. sup. De condit. institut.* Verius tamen est, etiam casu defectam inutilem ponere dispositionem, eo quòd testator non tantum honorati voluntatem desideraverit, sed etiam casum sive factum alienum: ut duo conjunctim requisiverit, alteriusque defectus faciet deficere voluntatem, ex vi enunciationis copulativæ, *l. Si quis 129. inf. De V. O.* Nihil obstant suprà citatæ leges; quia continent casum potius conditionis potestativæ, veluti, *si Mavio nupseris, si Stichum manumiseris.* Quod ex eo patet, quia tantùm inspiciatur voluntas honorati, cui non obstat, si impediatur per hæredem, aut eum, in cujus persona conditio adimplenda. Quod autem in *d. l. 23. & 24.* dividatur æqualiter relictum, ideo est, quia uterque erat honoratus, & qui eorum duceret Mæviam, magis honoratus. Cùm itaque per neutrum steterit, uterque æqualiter admittitur ad legatum. Facit, quòd aliàs frustrà testator duplicem conjungeret conditionem, si alterius implementum sufficeret.

33 Ubi errant, qui mixtam conditionem faciunt hanc, *si Mavio nupseris.* cùm sit potius potestativa, dependens tantùm à voluntate & potestate honorati, non etiam ex facto alterius, cum quo implenda, qui non appositus nisi ut terminus, in quo conditio perficiatur. Sic dare jussus hæredi decem, non inspicitur, an hæres velit accipere, sed tantum voluntas honorati, qui dare est paratus. Quomodo rectè Cujac. 14. *obs. cap. 2.* exemplum mixtæ non ponit, *si Mavio nupserit, si Catam duxerit*, sed *si Titio Consule Capitorum adscenderit, si Titio reverso ab hostibus decem dederit.* Ubi etiam vult mixtam non dici promiscuam, sed communem.

34 Ita demùm autem censebitur impleta conditio, si validè impleta fuerit. Unde jussa nubere Titio, non satisfaciet, si impubes nupserit, cùm verba, *si nupserit*, intelligantur de actu primo valido, Tiraq. *ad l. Boves 89. §. hoc sermone D. V. S.* Quæ tamen non impeditur facta pubes iteratò ei nubendo satisfacere: nam conditionem primò validè non impletam iteratò validè implens consequitur relictum, *l. Hæc conditio 10. in pr. h. t. l. Dotis 98. sup. de jure dot.* quia actus nullus pro infecto est.

35 Adimplenda præterea conditio, ad effectum consequendi relicti, in modo & forma præscriptis, alias pro defecta erit, *l. qua sub conditione 8. §. quoties sup. De condit. inst. l. un. §. sin autem C. De caduc. toll.* & quidem specificè, ut non sufficiat per æquipollens impleri, *l. qui hæredi 44. in pr. & §. è contra, l. Iulianus 45. l. Mævius 55 h. t.* quatenus tamen conditio est voluntaria & dependens ex sola & mera voluntate testatoris qualis est hæc, *si decem dederis.*

36 Quæ an impleatur per compensationem, dubitatur? Et verius est, nō impleri, per *d. l. 8. §. quoties sup. De condit. inst.* ubi nisi det vel faciat honoratus, uti jussus est, non consequitur legatum, cùm hæc conditio pendeat ex mera dispositione testatoris, respiciatque specificam ejus, quod jussit testator, dominii translationem: quam non supplet compensatio, quæ nullius interventu facit extingui obligationem. Pro hac parte facit textus in *d. l. Mævius 55 h. t.* ubi requiritur, ut legatarius, quantum in se est, det, licet is, cui dare jussus, non sit capax. Facit & textus in *d. l. Iulianus 45. h. t.* ex cujus contextu patet, jussum dare non paruisse conditioni, si ei accepto latum fuerit ab eo, cui jussus dare; licet liberetur aliâ ratione, scilicet quia non stet per legatarium, sed per eum, in cujus persona adimplenda conditio. Facit etiam *d. l. qui hæredi 44. in princ. & §. è contrà eod. tit.* ubi jussus dare hæredi, si servus alienus institutus fuerit, ejus domino dando non satisfacit, quia licet ad dominum deveniat hæreditatis commodum, non potest tamen dici iste hæres. Videatur Gomez 1. *Var. c. 17. n. 77.* Sarmientus 2. *Select. Interp. c. 1. n. 11.* * Excipitur caussa libertatis, in qua compensatio admittitur,

37 *l. si peculium 20. § quod si hæres inf. De statu liber.* ita enim favor ejus postulat, qui & alia specialia meretur hac in materia, ut patet ex *l. fin. Cod. De conditionib. inseris.*

38 Quod si conditio præordinetur ad aliquem effectum tanquam præambulum quoddam, specificè & formaliter impleri non est necesse: cum

enim effectum tantùm inspexerit testator, satis est ille habeatur, licet aliâ viâ, nam habito fine non est curandum de mediis. Exemplum est in *l. Si mater. Cod. De instit. sub condit.* ubi filius vocatus à matre hæres sub conditione, si emancipatus fuerit, est etiam hæres, si fiat sui juris morte patris aut deportatione, aut ingressu in Religionem. Fuit enim mens defunctæ, ut filius haberet totam hæreditatem, ad patrem autem ne quidem ususfructus veniret, cui satisfit, etiam si aliâ viâ, quam expressâ, exeat è potestate. Exemplum item est in *l. si fundus 13. h. t.* Vide Cras. *§. Leg. p. 53.*

39 Dubitatum, An conditio faciendi præcisè sit adimplenda? Quod dicendum: ut honoratus dando interesse non satisfaciat, qui approbando relictum, onus adjunctum frustra recusat. *l. Fideicommissa 11. in fine De leg. 3. l. Hac scriptura 26. in fine h. t.* Facit, quòd honoratus sit obligatus ad factum, non etiam ad interesse, quod est aliud à facto, ut succedat regula, aliud pro alio non solvi invito, *l. 2. §. 1. sub De reb. cred.*

40 Dubitari etiam solet, An conditio possit impleri per hæredem: Quod non videtur, cùm legati conditionalis dies si non cesserit vivo legatario, cui benè voluit testator, legatum extinguatur, *l. ab omnibus 104. §. 1. De leg. 1. l. A testatore 109. h. t.* Facit, quòd honoratus, non perficiendo quod jussus, videatur sprevisse relictum, neque enim factum hæredis, ipsius factum dici potest. Quod ita procedit in ultimis voluntatibus, in quibus non nisi expletâ conditione, & quidem formaliter, uti dictum, legatarius est creditor, *l. Is cui 42 in pr. inf. De oblig. & act.* Aliter se res habet in contractibus, in quibus spes conditionis ad hæredem transit quòd non nobis tantùm sed & hæredibus nostris contrahamus. Covar. *Pract. qu. c. 39.*

41 Denique necesse est, ut tempore adimpleatur. Ubi notandum est, quasdam esse conditiones, quæ non nisi post mortem testatoris rectè impleantur, cujus generis sunt promiscuæ, id est faciles, cum ad hoc debeant fieri, ut testamento pareatur, *l. si jam facta 1. in fine h. t.* cujusmodi est, *si decem ded. ris.* Cui ut paruisse quis censeatur, debet etiam scire, hanc conditionem esse insertam testamento: nam si facto fecerit, non videtur obtemperasse voluntati, *l. 2. h. t.* consensus enim præsupponit scientiam, *l. 2. in princ. sup. De judic.* Alias non nisi in vita testatoris impleri, relatas quippe ad id tempus, quo testator vivit, veluti. *Titia do, lego centum, si nubs [illegible]. l. Conditionum 39. h. t.* Alias denique, quæ quandocumque impleri possunt, sive vivo sive mortuo testatore, cujus ordinis sunt non promiscuæ, veluti. *Si Titius Consul fiat. Si Mævia tibi nupserit d. l. 11. in fine:* in quibus non requiritur animus parendi voluntati, cùm dependeant ab eventu. Quo modo etiam si contingat id, quod in conditione est positum, evenisse tempore testamenti, non desideratur, ut iteratò eveniat, quòd testator de primo actu censeatur cogitasse. Si tamen ignoret rem evenisse tempore testamenti, nam si sciverit? exspectandum donec iteratò eveniat, *per l. 9. 10 in fine & 11. in fine h. t.* Modò etiam iterari possit, quia alias conditio contineret impossibile, quod faceret eam haberi pro non adjecta.

42 Quod dictum, per conditionem suspendi dispositionem in ejus eventum, accipiendum de ea, quæ affirmativè est apposita: hæc enim impedit Petitionem relicti, donec expleta fuerit. Aliud juris est in ea, quæ negativè est concepta: nam cum aliquando, contingeret legatum fore inutile legatario, quòd ante mortem non possit verificare conditionem, veluti, *Si Romam non iveris*, receptum, non exspectato eventu, continuò legatum peti posse, sub cautione tamen Mutiana, de restituendo legato cum fructibus, si contra ac voluit testator fiat, *l. 4. in fine sup. De cond. instit. l. 7. h. t.* Ad cujus restitutionem sententia judicis minimè est necessaria, cùm ejus omissio non subeat pœnam, sed sit conditio, sine qua legare testator noluit, quâ ideo non verificatâ non justè retinebitur relictum, & quod ex eo processit. Quod idem obtinet in ea, cui indicta viduitas si contravenerit, *Auth. Cui relictum C. [illegible] viduit toll.* Ex hoc, si conditio negativa fuerit perpetua: nam si distributiva temporis fuerit, velut, *quamdiu Capitolium non ascenderis, quamdiu vidua permanseris*, res quidem legata erit restituenda, non etiam fructus, qui justè percepti sunt, ex voluntate testatoris, pro tempore, quo non ascendit, non servavit castitatem. Quod si certum sit, conditionem non exstituram, continuò legatum peti potest *De auth. cui relictum*, ex ratione, quod non debeat suspendi id, quod jam certum est. Nisi tempus sit adjectum caussâ differendi legati, uti in *l. 4 §. 1 h. t.* cujus lapsus erit exspectandus, ne frustra tempus appositum videatur. Hæc de prima Rubricæ parte.

43 Altera est de Demonstrationibus, quæ sunt designationes certæ personæ, aut rei, cui aut quæ legatur, *l. Demonstratio 17. h. t.* quæ in hoc differunt à conditionibus, quòd earum falsitas non faciat, quò minus legata debeantur, *d. l. 17. l. 2. & l.*

& l. fin. C. De falsa caussa adjecta leg. Inventæ enim sunt rerum & hominum significandorum causâ: quo modo si sufficienter intelliguntur, non oberit, si falsò demonstrentur cùm quidquid rei satis demonstratæ additur sit frustra, *l. 1. §. si quis uxori sup. De dote præleg.* nisi vitiata mens arguatur, *l. Quibus 40 §. pen. h. t. l. 5. C. de testam.*

44 Tertia pars est de Caussis, quæ sunt ratio quædam legandi ex præterito concepta: unde & ratiò dicitur legandi, *l. Cùm tale 72. §. falsam h. t.* Harum etiam falsitas legatum non vitiat, non tantum si testator falsum sciverit, cùm non decipiatur, qui non ignorat, *l. 1. in fine sup. De act. empti*, sed etsi ignoraverit, *§. longe magis inst. De leg.* quòd in caussa adjecta non subsistat legantis mens, sed in benevolentia & liberalitate. Unde est quod dicitur caussa legandi non cohærere legato, *d. §. falsam*, hoc est constate etiam legatum sine ratione, quæ supervacaneè adjecta non debet obesse. Nisi aliter de mente pateat, ut in *l. fin. sup. De hæredib. inst* aut conditionaliter sit concepta, veluti, *Si curaveris mea negotia*, tunc enim ad instar conditionis habebit effectum suspensivum, & deficiens tamquam finalis faciet deficere voluntatem, *d. §. longè magis in fine.*

45 Quarta Rubricæ pars est de modis, qui subjici solent. • Modus est caussa legandi in futurum collata, veluti cùm dicit testator se legare, ut aliquid fiat, uti monumentum. In quo distinguitur à caussa, quæ præteritum solet respicere. Secernitur modus a conditione verbis quibus concipitur; nam conjunctio si conditionem, particula verò ut modum importat, *d. l. Quibus 40. §. fin. l. Eas 80. h. t.* Quia tamen verba sæpè sunt dubia, hoc servandum, an disponens id quod sub modū & conditionem cadere potest, velit impleri ante dispositionem, an verò postea: illo casu erit conditio, hoc verò modus, sive verba ex se denotent conditionem sive modum *l Mavia inf. De manumiss. testam.* Differunt etiam effectu, quòd modus dispositionem sequatur, & non nisi eâ positâ veniat adimplendus: ut obligationis cessionem non impediat; datâ tamen cautione de implendo modo, aut in ejus defectum de restituendo relicto, *d. l 80.* Si tamen per ipsum honoratum non steterit, quò minus adimpleatur modus, relictum rectè obtinetur, cum habeatur, modus pro impleto, *l. 1. C. De his qua sub modo leg. relinq.* secundùm ea, quæ dicta sunt superius. Facit & turpitudo modi relictum retineri modo non impleto, ut in casu *l. penult. sup. De condit. instit. & l. fin. sup. De auro & arg. legat.* quòd non patens voluntati sit potiùs laudandus quàm accusandus. Si modus concernens piam caussam, in eam converti nequeat, in aliam similem caussam convertitur, *l. Legatum 16. sup. De usufr.* l. ubi Cujac. Jason. in *l. Apud al. l. Cum servus 39. §. constat. n. 19. sup. De leg.* 1. conditio verò dispositionem præcedit, eamque suspendit in sui implementum, ut antè nec venisse diem nec cessisse dici possit, *l. Legata 31. h. t.* unde est quod sub conditione relictum ad hæredem non transmittatur, cum è contra modus transmissionem non impediat, *l. A testatore 109. ubi Glos. h. t.* Et ita dispositio principalis à conditione, modus verò, & id quod sub modo relictum, à dispositione dependet. Est sub hoc Tit. *l. Cum avus 101.* quæ continet fideicommissum universale, quod gravatus filius in casum mortis, & quæritur, an si moriatur, relictis liberis, locum habeat fidei commissum? Similis est textus in *l. Cum acutissimi 30. C. De fideicommiss.* qua de materia agemus infrà ad Senatusc. Trebellianum.

TITVLVS II.

Ad Legem Falcidiam.

SUMMARIUM.

1. *Ex L. XII. Tab. legandi libera fuit potestas.*
2. *Restricta primùm Lege Furiâ, deinde Voconiâ.*
3. *Ac postremo L. Falcidiâ, quæ quadrantem hæreditatis voluit manere penes hæredem.*
4. *Locum habet in legatis & donationibus mortis caussa.*
5. *Non in mortis caussa capionibus specialiter.*
6. *Neque in donationibus inter vivos.*
7. *An neque in fideicommissis particularibus.*
8. *S.C. Pegasianum quando & cur inductum.*
9. *Deductio ex L. Falcidia permissa soli hæredi.*
10. *Fallit in fideicommissario, cui hæres coactus adire hæreditatem restituit.*
11. *Et qui ipse rogatus hæreditatem restituere.*
12. *Intellectus* l. Pœnales 32. §. fin. h. tit.
13. *Deductio hæc datur adversus omnes, etiam patrem.*

incapaci. Quod licet adjectum sit contra leges, ut habeatur pro non scripto, quia tamen accommodavit fidem, lex istam voluntatem improbat, non quoad fidem, eam solam rejiciendo, sed quoad totam dispositionem; & fisco locum facit, ut non subsit ratio, quæ possit facere pro ipso scripto, excusando eum in conscientia, *d. l. 18.* V. Gomez. *d. loco n. 28.* Garcias *Tract. De tacito fideicommisso n. 38.*

Et hæc ita, nisi patendi necessitas excuset hæredem, uti filium in potestate, qui ad jussum patris tacitam fidem interposuit, quam illi nocere non debere responsum, *l. 10. h. t.*

Est præterea indignus, qui quam judicavit suspectam, coactus est adire hæreditatem; adeò ut ne quidem quartam salvam habeat, nec fidei commissum sibi relictum consequatur, qua de re infrà, *ad S. C. Trebell.* 11 Indignus etiam est, quem testator codicillis indignum nominavit: hoc enim meretur odium indigni, quamvis aliàs nec adimatur hæreditas codicillis. Inimicitias capitales facere aliquem indignum legato dictum suprà T. VI. hujus Libri.

12 Ubi quæri possit, An & hæreditas aufeatur ob inimicitias? Dicendum, non auferri etiam in casu, quo testator inceperit mutare voluntatem, quod testamentum perfectum non mutetur nudâ voluntate: neque etiam inchoato posteriori, sed demum eo perfecto, *Lex parte 22. sup. De adimen. leg.* Non obstat *l. Cùm quidam 12 h. t.* nam in ea est perfecta voluntas posterior, quoad solemnia. Qua de caussa licet eo nomine sustineri nequeat, quod scriptus in eo sit incapax, nec superius rumpi, tamen quod essent indigni scripti testamento primo, aufertur ab iis hæreditas juxta *l. 4. C. h. t.* In dicta autem *l. 22.* testamentum posterius non est perfectum, nec in eo scripti vocantur indigni. Redditur & indignus, ab eoque aufertur hæreditas, qui à monitione judiciali intra annum non implevit voluntatem, *Nov. 1. §. 1.*

13 Cæterùm quæ ut indigno auferuntur plerumque cedunt fisco, ut in casu, quo delictum est contra testatorem, *l. 1. & 1?. C. h. t. l. ?. §. meminisse.* ubi Castal. *sup. De inoff. testam.* præcipuè post mortem testatoris: nam si in vita cum eo contraxerit inimicitias capitales, legatum quidem revocatum est, sed manet penes hæredem, *si inimicitia 9. in princ. h. t.* Excepto casu, quo movit caussam status testatori, ob graviorem injuriam illi illatam, quæ per fiscum vindicatur, *d. l. 9. § fin.* Facit, quod conditionem testatoris in dubium vocando, testamentum impugnet. Præterea peccantis contra leges partem fiscus capit, *l. in fraudem 10. h. t.* Peccantis vero contra aliam personam pars non cedit fisco, *l. 5. §. amittere h. t.* ubi tutor datus pupillo, si se excusaverit à tutela, legatum amittit, quod non videatur dignus præmio, qui recusat adimplere id, quod rogatus. Sic & qui hæredem defraudare cogitavit, legatum amittit, quod manet penes hæredem, *l. pen. C. De legat.*

FINIS LIBRI XXXIV.

HEN-

HENRICI ZOESII I. C

IN LIBRVM XXXV.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De Conditionibus & Demonstrationibus & caussis, & modis eorum, quæ in testamento scribuntur.

SUMMARIUM.

1. *Conditio quid & quotuplex.*
2. *Effectus conditionis est suspendere obligationem in sui eventum.*
3. *Conditio impossibilis pro non adjecta habetur.*
4. *Si per se, & non per accidens sit talis.*
5. *Conditio necessaria non habet eum effectum.*
6. *Neque concepta in præsens aut præteritum.*
7. *Conditio alia potestativa, alia causalis, alia mixta.*
8. *Conditionis vim habet dies incertus.*
9. *Conditio debet esse honesta ut* si nupseris.
10. *Nisi circumstantia faciat minus honestam.*
11. *Conditio* Si arbitratu Titii nupseris, *non rectè apponitur.*
12. *Secus.* Si arbitratu patris nupseris, *saltem iure civili.*
13. *Ut &* Si consilio patris.
14. *Conditio,* Si non nupseris, *an rectè adjiciatur.*
15. *Conditio non nubendi remissa L. Iulia Miscellâ.*
16. *Virgini & nupta necdum cognita non apponitur.*
17. *Conditio,* Si castè vixeris, *an importet prohibitionem nuptiarum?*
18. *Ad Religionis ingressum quis præmio dato induci potest.*
19. *Conditio avocans à Religione sustinenda?*
20. *Titia legata centum si nubat; quinquaginta si Religionem ingrediatur, ingressa quantum debeatur.*
21. *Relictum pro dote virginum nubentium an possit distribui ingredientibus.*
22. *Relictum sub conditione præstandum eâ impletâ.*
23. *Nisi remissa fuerit conditio.*
24. *Eaque casualis.*
25. *In potestativa si per honoratum stet, quò minus impleatur, redditur indignus relicto.*
26. *Implere recusans, deinde pœnitens non auditur.*
27. *Ex pluribus oneratis unus si impleverit an solus ad legatum admittendus?*
28. *Conditionem an sufficiat semel impletam fuisse.*
29. *Conditiones plures conjunctim vel disjunctim adjecta quomodo implenda.*
30. *Conditio potestativa an per casum deficiat?*
31. *Honoratus per hæredem impeditus implere conditionem capit relictum.*
32. *Conditio mixta quando habenda pro impleta.*
33. *Exempla conditionis mixta.*
34. *Conditio validè impleri debet.*
35. *Conditio implenda modo & formâ præscriptis.*
36. *Pater compensationem non haberi pro impleta.*
37. *Nisi in caussa libertatis.*

38. *Conditio præordinata ad effectum aliquem specificè impleri nequit.*
39. *Conditio faciendi præcisè adimplenda.*
40. *Conditio per hæredem impleri nequit.*
41. *Conditiones quo tempore implendæ.*
42. *Conditio negativè concepta non impedit petitionem relicti, interveniente cautione Mutianâ.*
43. *Demonstrationis falsitas non vitiat legatum.*
44. *Ut neque falsitas causa.*
45. *Modus quid, & in quibus differat à conditione.*

INstitutionibus addi conditiones dictum supra de conditionibus institutionum: hic de iis agitur, quæ adjiciũtur legatis & fideicommissis, de quibus paulò latius nunc agendum. 1 * Est autem Conditio lex adjecta institutioni, legato, obligationi, ejus effectum differens in alicujus rei eventum. Alia est intrinseca & subintellecta, *l.1. in fine h.t.* cujus fit mentio in *l. cum avus 102. h.t.* & *in l. Cùm acutissimi 30. C de fideicommiss. & aliis locis.* Alia Extrinseca, à testatore adjecta, sive affirmativè, sive negativè: & hæc vel est possibilis vel impossibilis. Possibilis iterum vel necessaria quæ necessariò eventura, veluti, *Si morieris, Si cras sol oriatur*: vel contingens, quæ evenire potest & non evenire & concipitur vel in præteritum, veluti, *Si Rex Persarum est mortuus*, vel in præsens, ut, *Si Rex Persarum vivit*, vel in futurum, *si Consul factus fuerit*. Est & conditio alia & promiscua, quam ita dictam volunt, quòd sit facilis & prompta, & in potestate ejus, cui apposita, veluti, *si Capitolium ascenderis, si decem dederis &c. d. l. jam facta 11. h.t.* Alia non promiscua, quod ejus implementum non sit facile, veluti. *si decem dederis Mævio*, qui longè abest, *l. 10. h.t. l. 4. §. 2. sup. de her. instit. si filium ejus te esse docueris*, & similes, *l. Lucius 83. h.t.* Eo spectant conditiones casuales & mixtæ: quædam etiam potestativæ, quæ propter circumstantiam non sunt ita faciles quâ in re multum valet arbitrium judicis: nam promiscua sit, nec ne, pendet ex facto & exemplis, estque in judicis potestate, *d. l. 4. §. 1.*

2 Ad effectum conditionis quod attinet, consistit is in eo, quod in eventum sui suspendat obligationem, *l. legata 41. h.t.* quem sortitur tantum ea, quæ extrinsecus adjecta, non etiam quæ inest, *l. Conditiones 99 h.t.* Non omnis autem quæ extrinsecus adjecta suspendit obligationem, sed ea tantum, quæ concepta est in possibilem & contingentem eventum de futuro. 3 * Neutiquam autem impossibilis, quæ actum purum ponit in his materiis, in quibus habetur pro non adscripta, *§. impossibilis Instit. de hæred. instit.* sive talis sit natura, veluti, *Si cœlum digito attigeris*, sive jure, veluti, *si patri nupseris*, nam turpia & probrosa sunt loco impossibilium, *l. filius 15 sup. de condit. instit.* Contractus per ejusmodi conditiones adjectas vitiantur, eo quòd apponentes videantur ludere. Quæ præsumptio non accipitur in ultimis voluntatibus, quæ dependent ex unius voluntate & arbitrio. 4 * Et hoc ita in ea conditione impossibili, quæ talis per se est, non per accidens, quæ potius difficilis quam impossibilis; veluti si instituatur pauper aut relinquatur ei libertas, si mille dederit, *l. 4. §. 1. de statu liber.* Nam cum conditio difficilis impleri possit, nisi impleatur, deficiet voluntas testatoris, *d. §. 1.* Cujac. 21. *obser. c. 39.*

5 Non sortitur autem conditionis naturam ea, quæ est necessaria, & non potest non evenire, ita ut continuò ponat obligationem, *l. Si pupillus 9. §. qui sub inf. de novationibus* cujusmodi est conditio impossibilis negativè concepta, veluti, *si cælum non ascenderis*, ex qua præsentem poni obligationem necesse est, *l. 7. inf. De V.O.* Ratio est, quod hujusmodi conditio sit præsens & determinata in sua causa naturali, ut impossibile sit oppositum esse. Unde censetur jam impleta, & relictum continuo peti potest, nisi non tamquam conditio, sed ut præfinitio temporis adjecta fuerit, tunc enim exactio differtur in diem adjectum, *l. Hæres 79. in pr. h.t.*

6 Præterea non habet effectum conditionis ea, quæ concepta in præsens vel præteritum, cum vel continuo dispositionem faciat utilem, si res ita se habeat, vel prorsus inutilem, si ita se non habeat, licet hoc ignoret testator, quod non consideratur, *§. conditiones Instit. De V.O.*

7 Sola itaque conditionis effectum habet ea, quæ concepta in casum futurum contingentem, adjecta scilicet extrinsecus per testatorem. Quæ alia est Potestativa, posita, in voluntate & arbitrio honorati, veluti, *Fundum do, lego, si decem Titio dederis, si Capitolium ascenderis*: alia Casualis, quæ ex eventu fortuito dependet, veluti, *Si cras pluat, Si navis ex Asia venerit*: alia Mixta, cujus eventus partim pendet à voluntate honorati, partim ex casu, veluti, *Si Mævio post liminio reverso decem dederis, Si Titio Consule Capitolium ascenderis, Si Mævia tibi nupserit, &c. l. unic. §. fin. autem C. de caducis tollen.*

Habet

8 Habet & vim conditionis, saltem in testamentis, dies incertus, qui potest non evenire, *l. Dies 75. h. t.* veluti, *Lego decem, cum morietur hæres*, quia potest contingere, quod legatarius ante hæredem moriatur, quo casu extinguitur legatum, *l. 4. inf. Quando dies legat. ced.* Dico, in testamentis; nam in stipulationibus dies incertus non ita facit conditionem quoad effectum, *l. sub conditione 16. cum l. seq. sup. De condict. indeb.* quia in contractibus spes conditionis ad hæredem transit, neque enim sibi tantùm quis contrahit, verùm & hæredi. Dixi, qui potest non evenire; nam si necessariò evenire debeat, non ponit conditionem, sed facit actum purum, *d. l. 4. §. 1.* transmittetur que legatum ad hæredem, veluti si legetur Titio, cùm morietur.

9 Conditio itaque contingens in futurum casum concepta habet vim ac potestatem conditionis, si fuerit honesta. Honestam esse conditionem. *Si nupserit*, non est dubitandum, sive in genere adjiciatur, sive expressâ certâ personâ, *l. si quis 7. C. de instit. sup. condit.* Cui non obstat, quod pœnali conventione ad matrimonii legem nemo obstringi possit, *l. Titia 134. inf. De V. O.* cum hic non sit pœna, sed præmium potius, cujus spe ad matrimonium quis invitatur, quod nihil mali includit, *l. Titio 71. §. 1. & 2. h. t.* 10 * Nisi obsit circumstantia, veluti si persona adjecta sit turpis; nam à nuptiis omnino avocaretur honoratus. Nubere enim jussa uni, ab aliorum nuptiis avertitur, illi autem, cui jussa nubere commodè jungi non potest, ob turpitudinem, *l. cum ita 63. §. 1. h. t.* Mynsing *cent. 6. Observ. 31.* Consequitur tamen in isto casu relictum honoratus, quod conditio adjecta habeatur pro non scripta. 11 * Hanc verò conditionem, *Si arbitratu Titii nupserit*; non rectè adjici habet, *l. Cùm tale 72. §. si arbitratu h. tit.* ubi subjungitur ratio, ne quod omninò nuptiis impedimentum inferatur, quarum libertatem ista conditio restringit; cùm liberè velle non intelligetur, qui cogitur obsequi alieno jussui, *arg. l. 4. inf. De R. I.* 12 * Conditio, *Si arbitratu patris nupserit.* inspecto jure civili rectè videatur adjecta, cùm isto jure requiratur consensus parentum, in nuptiis liberorum. De jure Canonico contrarium posset videri, quòd eo non desideretur consensus parentum, ne minùs liberæ sint nuptiæ, & habeant difficiles exitus, ut ita tamquam impeditiva libertatis matrimonii videatur rejicienda, *arg. d. l. Si arbitratu*, Molina *De jure primogen. lib. 2. cap. 13. num. 35.* Eman. Costa *ad d. l. Si arbitratu 2. & 13.* de qua tamen opinione dubitari potest, inspecta consuetudine variorum locorum, quæ permittit exhæredationem ineuntium nuptias, spretis parentibus, 13 * Aliud est si conditio habeat, *Si consilio patris aut alicujus externi nuptias inierit*; talis enim non tollit libertatem nubendi, cùm consilium audire sufficiat, sequi autem nemo teneatur, juxta tradita in *De his quæ fiunt à Prælato, &c.* Si tamen etiam per hoc daretur impedimentum aliquod nuptiis, ut quia abest is, cujus consilium requiritur, erit conditio pro non adjecta.

14 Conditio, *Si non nupserit*, in genere apposita est pro non adjecta, & eâ non obstante legatum à nubente capitur, *l. Hoc modo 64. in fin. & l. Cùm tale 72. §. Mævia hoc tit.* Etsi enim viduitas aut cælibatus sit honestum pudicitiæ genus, inutile tamen Reip. quam augeri numero liberorum est utile. Quod verùm est, quatenus ei adjicitur, cui relinquitur, aut etiam, qui ejus est in potestate, aut in potestate habet; nam & hoc modo contingeret impediri nuptias, caussâ capiendi relicti, *d. l. Hæres 79. in fine h. t.* Alius est, si relinquatur tertio, sub conditione, *Si non nupserit*, cum nulli injungatur viduitas, propter commodum relicti. Verùm quoque est, quando nuptiæ omninò impediuntur, non etiam quando conditio habet, ne certæ personæ nubatur, aut ex certo loco vel familia conjux accipiatur, quia per eam non tollitur omninò nubendi facultas, *d. l. 64.* Crassus *§. Legatum q. 50. n. 3.*

15 Obtinuit hoc in primis nuptiis & secundis. In his tamen postea non nihil variatum per legem Juliam Miscellam, ita dictam, quòd miscellanea & confusa contineret, pertinentia tam ad fœminas quàm ad viros, *l. 3. Cod. De indicta viduit. toll.* ubi Cujac. *in parat.* quâ dispositum erat, ut is, cave, cui adjecta conditio viduitatis, posset nubens intra annum legatum petere, si jurasset se liberorum caussâ nubere. Verùm quia ejusmodi juramentum est periculosum, Justinianus prædictam legem sustulit, permissâ plenâ nubendi & ducendi licentiâ, *l. 2. C. d. tit.* Novissimè idem statuit, conditionem viduitatis, veluti, *Si vidua permanserit*, sive à marito, sive ab extraneo adjectam, servandam esse, & intra annum peti non posset tale relictum, nisi deficiat spes nuptiarum; post annum autem non nisi sub cautione Mutiana, *Auth. Cui relictum Cod. hoc titulo.* Quæ cùm tantùm loquitur de viduis, etiam in iis tantùm obtinebit, non in virginibus. Cui non

ontar, quòd secundæ nuptiæ sint permissæ, *ir de secundis nupt.* nam honestum est ab iis abstinere, *ca. fin. XXXI. quæst. 1.* Ubi dicitur vidua beatior esse, si sic permanserit, cum secundò nubendo dicatur animam defuncti contristare, *Nov. De nuptiis 22. § qua verò nunc.* Covarr. *De matrim. p. 2. cap. 3. §. 9. n. 14.* Quod etiam procedit jure Canonico, licet eo sit plena libertas viduis nubendi, *c. pen. & fin. ir de secund. nupt.* cum illa libertas non minuatur; neq; enim ista conditio tam continet pœnam transeuntis ad secundas nuptias, quàm invitat spe præmii ad viduitatem, quæ res est honesta.

16 Virgini itaque hujusmodi conditionem apponi non posse verius est, cum antiquæ leges, quæ talem conditionem pro non adjecta habent, non sint sublatæ, nisi quoad secundas nuptias de quibus loquitur *d. Auth. cui relictum.* Facit, quòd primæ nuptiæ sint favorabiles, non ita secundæ. Virginis loco est, quæ nupta quidem fuit, non tamen cognita; etsi enim nuptias consensus faciat, non tamen consummat. Consummatio autem hac in parte præcipuè est attendenda. Quod & volunt procedere in ea, quæ corrupta quidem fuit, numquam tamen nupta, cum talis propriè vidua dici non possit: & facit ratio, quod satius sit tali nubere, quàm luxuriosè vivere. Gomez 1. *Var. Resol. c. 12. n. 78.* Grassus *§. Legatum q. 50. n. 6.*

17 Quæritur, an sub conditione, *Si castè vixeris*, contineatur prohibitio secundarum nuptiarum? Quod non videtur: nubere enim non est turpiter vivere, cum dicatur castè vivere agens vitam conjugalem, *can Nicæna dist. 31. can. fin. XXXII. quæst. 1.* Nisi aliunde pateat de contraria mente, quæ erit attendenda, *l. in conditionibus 19. h. tit.* Quomodo adjecta à marito ejusmodi conditio videtur omnimodam castitatem exigere, quæ non est in secundo nubente, cum soleat maritus secundas uxoris nuptias aversari quod & dicendum videtur, si filius sub hac conditione aliquid matri reliquerit, neque enim etiam huic gratæ sunt iteratæ matris nuptiæ. Covarr. *loco suprà cit.* Forster. *De success. lib. 7. c. 9. n. 17.* Grassus *d. §. Legatum. q. 54.* Peckius 1. *de testam. conjug. cap. 24. n. 8.*

19 Dicta de nuptiis habent etiam locum in ingressu Religionis, ad quem rectè quis inducitur præmio dato; uti & ingredienti relinquitur hæreditas vel legatum sub ista conditione. Ubi non potest dici subesse vitium simoniæ, cum non vendantur res sacræ, sed spe præmii ad vitam religiosam quis inducatur, quod est extra vitium, ut patet ex iis, quæ traduntur *ir De simonia.* Vid. Grassus *d. qu. 50. num. 3.* Binsfelt. *ad cap. 9. De simonia q. 1. col. 5. §. dubium.* Non rectè autem 19 conditio hæc in genere apponitur, *Si non intraveris Religionem*, quia abstrahit a Religione, quæ est magis favorabilis, quam nuptiæ: ut, quod in his non admissum, nec in illis admittatur, argumento à matrimonio carnali ad spirituale, quod procedit, ut videre est apud Everardum *in locis.* Rectè verò à certi alicujus loci ingressu quis arcetur per conditionem relicti, uti & ad certum locum invitatur, cum non detur omnino impedimentum ingressus. Quatenus tamen prohibitus uno in loco, alibi ingredi commodè potest: alias in fraudem conditio apposita censeretur, & non tenere, *arg. l. Cum ita 63 & l. hoc modo 64. §. 1. h. t.* Et quamvis cum Covarr. 1. *Variar. Resol. c. 15. n. 10.* videri posset conditio in universum a Religione avocans sustinenda, ex eo, quod non sit verisimile, aliquem abstrahendum à Religione ob lucri amissionem, cum per ingressum bonis temporalibus se privet: fatendum tamen minus piè talem conditionem apponi, cum concernat odium ingredientis, ut proinde tutiùs sit intuitu alicujus boni finis excludere ingredientem à commodi alicujus participatione. Quomodo Clerici ad majoratus & primogenia non admittuntur, quod ea concernant familiæ conservationem, Covarr. *d. loco n. 11.*

Quæritur hic, an si Titiæ legata sint centum, 20 si nubeat; quinquaginta autem, si religionem ingrediatur, ingressæ centum, an vero quinquaginta debeantur? Verius est, tantum quinquaginta deberi, secundum expressam testatoris mentem, subnixam optima ratione. Ideo enim plus reliquit nubenti, quod pluribus indigeat in statu matrimoniali, quam ingrediens in statu religioso: Nec est, quod objiciatur causa pia, cum in ejus odium nihil fiat; providetur enim ei, qui pluribus indiget. Non rectè objicitur textus in *l. Titia h. t.* Quia loquitur in casu dispari, cum agatur ibi de specie, in qua favorabile cum odioso concurrit, uti nubere & non nubere. Quomodo in casum odiosum amplius relictum debetur amplectenti casum favorabilem, in cujus eventum minus relictum erat: hic autem uterque casus est favorabilis, ut tenenda sit voluntas expressa. Non rectè etiam objicitur *Auth. Nisi rogati Cod. Ad S. C. Trebell.* quia loquitur in casu quo simpliciter quis rogatus restituere, si sine liberis decesserit, ubi ideo ingressus facit deficere conditionem, ut di-

dicemus infra ad S. C. Trebell. hic autem testator utrique casui providit. Covarr. *d. loco num.* 9. Molina *d. lib.* 2. *tit.* 12. *n.* 54. Vasq. *De success. parte* 1. §. 29. *n.* 23. Fachin. 5. *contr. c.* 54

21 Quæsitum & illud, an relictum pro dote virginum nubentium possit distribui ingredientibus? Posset hoc videri per *d. Auth. Nisi rogati*, ubi conditioni, si sine liberis, non est locus, si gravatus ingrediatur Religionem: & per *Nov. de sanctiss. Episc.* 123. § *si quis sub co: attiene collat.* 9. ubi relictum puellæ nubenti debetur etiam ingredienti. Verùm contrarium dicendum, scilicet non satisfieri menti testatoris, distribuendo relictum tale ingredientibus, eo quod, ut infra dicetur, voluntas specificè sit adimplenda, quatenus fieri potest: hic autem in specie adimpleri potest, cum licet ingrediatur, aliæ sint, quæ nubant, in quibus perficietur voluntas. Nihil obstat *d. Auth. Nisi rogati*, quia loquitur in uno rogato restituere sub conditione. Non etiam obstat *d.* §. *si quis sub conditione*, quia loquitur in casu, quo quid relictum certæ puellæ nomine nuptiarum, quod deficeret, si illi ingredienti non deberetur; neque enim alteri nubenti ut detur, patitur voluntas legantis. Ideoque, propter affectum ejus ad nominatam personam, præsumit lex, voluisse defunctum, ut relictum caperetur per ingredientem. Quæ præsumptio non habet locum in nostro casu, cum uti dictum, voluntas in aliis impleri possit. Covarr. *d. loco num.* 11. Gutierez. *Canon. qq. c.* 12. *n.* 20.

22 Ut consequatur honoratus relictum sub conditione, necesse est illa sit adimpleta: ante enim nec venit dies legati, nec cessit, id est antè nec debetur, nec peti potest legatum, *l. Si dies* 21. *inf. Quando dies legat. ced.* Defectus conditionis fa-
23 cit deficere legatum. * Nisi sit remissa, quia remissio in conditionibus ab homine adjectis habetur pro reali solutione, & vero implemento, *l. Julianus* 45. *h. t.* Quod & dici potest in appositis à lege, cum dispositio legis uberiorem interpre-
24 tationem recipiat. * Et hæc ita in casuali, etiamsi conditio sit levis & inutilis, quia non consideratur, in conditione positum alicujus intersit fieri aut non fieri, sed tantum inspicitur ipsa voluntas quæ regit conditiones, *d. l. in conditionib.* 19. *h. t.* Testator enim tantum consideravit casum quem evenire posse, & non evenire prævidit. Et facit *l. Mævius* 55. *h. t.* ubi dare jussus ei, cui non prodest, tenetur nihilominus dare ad consequendum legatum. Non sit tamen talis conditio, quæ minus sanum judicium testatoris arguat ut in specie *l. Quidam* 27. *sup. De condit. instit.* aut inepta, ut in specie *l. Servo* 113. *in fine sup. De legat.* 1 aut turpis, aut ea, quæ per legem remittitur, cujusmodi est juris jurandi de dando, *l. hac scriptura* 26. *h. t.* Ratio videtur esse, quod per juramentum de dando posset incidere legatarius in perjurium, quodque jurando non satisfit voluntati, sed dand, *ol. Quæ sub conditi ne* 8. *in princ. &* §. *quoties sup. De condition. instit.* Non liberat tamen ista remissio legatarium, qui nihilominus tenetur dare, ad implementum conditionis. * In 25 potestativa defectus conditionis facit deficere voluntatem, si per ipsum honoratum stet, quo minus impleatur; redditur enim per hoc indignus relicto, *d. l.* 8. § *quoties*, & quidem continuo quomodo qui semel negavit se adimplere, velle relicto cadit.

Ubi quæritur, An si jussus dare aut facere, primò recusaverit, aut tempus labi passus sit, quo 26 commodè potuit conditionem implere, postea pœnitens audiatur? Non audiri verum est, cum semel recusando implere conditionem, aut non adimplendo suo tempore, indignum se fecerit relicto, & hæredem liberaverit, in cujus detrimentum pœnitere aut variare non licet, *l. fin. Cod. De condit. insert.* Sic nubere jussa Titio, si Cajo nubat, post vidua facta Titio nubendo non satisfaciet conditioni, cum semel ei contravenerit: nam jussa nubere Titio, cæteris omnibus nubere prohibetur, *l. Cum ita* 61. §. 1. *hoc tit.* Facit, quod testator primum actum videatur intellexisse, *arg. l. Boves* 89. §. *hoc sermone inf. de V. S. & l. Matrimonÿ* 21. *in fine inf. Qui & à quib. manumissi.* Nisi alias appareat voluntas testatoris, qui quandocunque impleta conditione voluit legatum capi.

Quod si ex pluribus oneratis facere unus tan- 27 tùm paruerit, an solus ad legatum admitteretur, dubitavit Ulp. ut habet *l. penult. Cod. d. tit.* Decisum tamen fuit olim, deficere isto casu conditionem, quòd non esset ab omnibus satisfactum menti testatoris, *l. pen. hoc tit.* Quam rem mutat Justinianus in *d. l. penult.* uni ex pluribus legatariis facienti legatū concedens, quòd solus voluntati paruerit. In conditione dandi, si unus ex pluribus decem dare jussis decem dederit, totum legatum consequitur: si verò tantum pro parte sua dederit, tantum etiam partem consequitur, ita tamen, ut pars altera eidem cum sua conditione ad-

accrescat, *l. Si quis 54. in fine h. t.* Aliud est, si uni relictus sit fundus, sub conditione dandi decem, nam hic dividere conditionem non potest, nec legatum, quod unum est, dividere? unum enim illud facit singularis persona, cui relictum

28 Illud etiam in dubium vocatur, an sufficiat semel impletam fuisse conditionem, ut non obsit postea ejus defectus? Quod dicendum, si conditio fuerit transiens, quæ in momento impletur, veluti, *Si fueris vidua, si liberos procreaveris, si nupta eris & c. c. fin. Cod. De indicta viduit. tell. l. Cum uxori Cod. quando dies legat ced. l. 7. Cod. De instit. sub. condit. l. Haredib. 77. in princ. inf. Ad S.C. Trebellian.* Aliter de ea judicandum, quæ habet tractum & permanentiam, qualis est, *Si sine liberis decesseris*, in qua defectus liberorum quandocunque contingens ante mortem facit cessare relictum, *l. Ex facto 17. §. si quis*, ubi Bart. Castrensis, Alex. & alii *inf. Ad S.C. Trebell.* qua de re aliqua dicta sunt sunt suprà *ad titul. De condition. institut.*

29 Advertendum autem est quoad effectum, quâ formulâ adjiciatur conditio, maximè si plures adjiciantur, conjunctivè an disjunctivè, affirmativè an negativè. Nam honoratus sub conditionibus pluribus conjunctivè appositis, non antè relictum capiet, quàm omnes impleverit, habentur enim loco unius, *l. 5. sup. De condit. institut.* Una autem res non potest videri existere, nisi omnes partes existant. Et hoc, si affirmativè appositæ sint; nam si negativè, omnes debent deficere, quia ut in illis requiritur omnium existentia, ex natura orationis copulativæ, ita & in his omnium defectus, ex regula, quod contrariorum eadem sit ratio. Si disjunctim conceptæ sint, unam evenisse satis est, ut honoratus consequatur relictum, ex natura alternativæ, *cap. in alternativis De R. I. in 6. l. si ita 129. inf. De V. O.* Et hoc, si affirmativè sint conceptæ; si verò negativè sufficit unam non evenisse, *d. l. 29.* ex ratione jam dicta. Quò facit, quod habetur in *l. Si is qui 5. cùm ita sup. De reb. dubiis?* nisi aliò trahat conjectura voluntatis.

30 Quæritur, An casus faciat deficere conditionem potestativam? Videri posset id non operari, quòd testator honorati factum respexerit, cui non debet obesse casus, quem non habet in potestate. Facit in eam rem *l. Quæ sub conditione 8. §. mortuo sup. De condit. instit. & l. inde Neratius §. item Iulianus inf. Ad L. Aquil.* quibus locis non videtur defectus conditione, qui eidem parere non potuit, quasi sufficiat, ut honoratus sit paratus, & non obsit, si quocumque modo impediatur. Facit etiam *c. Imputari & c. Cum non stat De R. I. in 6.* Ubi dicitur, quando non stat per eum, ad quem pertinet implere conditionem, quòd habeatur pro impleta. Quibus tamen decisionibus obstare alia loca videntur, quæ habent, non aliàs censeri pro impleta, quàm si steterit per hæredem, aut eum, in cujus persona adimplenda, *l. Titius 14. l. Cum ita 24. hoc tit.* Ad idem facit textus in *l. Peculium 20. §. is qui servus inf. De statu liber.* ubi singulare est, quod servus, cui relicta libertas sub conditione dandi decem, nihilominus liber fiat, etiamsi post mortem ejus, cui jussus dare, habeat decem, aut per casum dare impediatur *l. fin. C. de condit. insert.* ut videatur aliis in casibus defectus casus conditioni potestativæ officere. Ad conciliationem horum locorum ponenda est regula, cum suis exceptionibus, scilicet, casu defectam potestativam conditionem impedire voluntatem, secundùm loca proximè allegata: quibus respondere textus in *l. in testamento 31. hoc tit. & in l. 4. Cod. De condit. inser.* ubi Titio jussa nubere, si antequam nubat moriatur, nihil transmittit ad hæredem? si Titius moriatur, legatum corruit. Excipe primò, nisi honoratus needum potuit aut debuit agere, quod jussus est, utpote adhuc vivo testatore, ante cujus mortem ut non est testamentum firmum nec irrevocabile, ita nec quidquam antè relictum censetur: qua ratione casus antè contingens non debet obesse, juxta *d. §. mortuo*, & loca similia, ob impossibilitatem.*

31 Secundò, nisi honoratus, cùm esset paratus adimplere conditionem, impediatur vel per hæredem, uti in *l. Iure civili 24. hoc tit.* ne ejus factum ei prosit, alteri autem noceat, *l. Factum 156. inf. de R. I.* vel per eum, in cujus persona implenda, *d. l. 24. & 31. & l. 5. §. item si qua inf. Quando dies leg. ced.* ubi nubere jussa Mævio, si hic recuset, capit nihilominus legatum. Respexit enim testator honorati voluntatem, quam promptam esse satis est, nec ei debet nocere aliena contumacia. Quo modo dare jus hæredi, qui acceptare recusat, aut ducere Titiam, quæ renuit, legatum nihilominus rectè petit. Adeò ut non teneatur hæredi pœnitenti offerre pecuniam, aut Titiam nubere paratam ducere, quia semel offerendo censetur implevisse conditionem, quæ cùm habeatur pro impleta, non est iteratò adimplenda, *l. fin. Cod. De condit. insertis.* Quo facit, quòd hac in parte non admittatur pœnitentia, *l. 3. §. Stichus inf. De statu liber. l.* Si

Si hæres 60. inf. ad leg. Falcid. Atque ita procedet, quod habet d. l. fin. semel repudiatum, id est conditionis implendæ causâ oblatum, non acceptum, redintegrati minimè posse, cum semel impletâ conditione legatum transeat in dominium legatarii, qui proinde non indiget ad rem acquirendam novâ oblatione. Grassus §. Legatum quæst. 46 n. 14. & 16.

32 Ad implenda ea quoque est conditio, quam mixtam vocant; nam & ejus defectus vitiaret voluntatem. Ubi sunt, qui volunt casum illi non officere, & non aliàs eam deficere, quàm si stet per honoratum, non etiam si per hæredem, aùt alium. Pro quâ parte adducunt textum in l. Si quis 11. in l. Vter 23. sup De condit. institut. Verius tamen est, etiam casu defectam inutilem ponere dispositionem, eo quòd testâtor non tantum honorati voluntatem desideraverit, sed etiam casum sive factum alienum: ut duo conjunctim requisiverit, alteriusque defectus faciet deficere voluntatem, ex vi enunciationis copulativæ, l. Si quis 129. inf. De V. O. Nihil obstant suprà citatæ leges; quia continent casum potius conditionis potestativæ, veluti, si Mævio nupseris, si Stichum manumiseris. Quod ex eo patet, quia tantùm inspiciatur voluntas honorati, cui non obstat, si impediatur per hæredem, aut eum, in cujus persona conditio adimplenda. Quod autem in d. l. 23. & 24. dividatur æqualiter relictum, ideo est, quia uterque erat honoratus, & qui eorum duceret Mæviam, magis honoratus. Cùm itaque per neutrum steterit, uterque æqualiter admittitur ad legatum. Facit, quòd aliàs frustrà testator duplicem conjungeret conditionem, si alterius implementum sufficeret.

33 Ubi errant, qui mixtam conditionem faciunt hanc, si Mævio nupseris. cùm sit potius potestativa, dependens tantùm à voluntate & potestate honorati, non etiam ex facto alterius, cum quo implenda, qui non appositus nisi ut terminus, in quo conditio perficiatur. Sic date jussus hæredi decem, non inspicitur, an hæres velit accipere, sed tantum voluntas honorati, qui dare est paratus. Quomodo rectè Cujac. 14. obs. cap. 2. exemplum mixtæ non ponit, si Mævio nupserit, si Catam duxerit, sed si Titio Consule Capitolium adscenderit, si Titio reversurus ab hostibus decem dederit. Ubi etiam vult mixtam non dici promiscuam, sed communem.

34 Ita demùm autem censebitur impleta conditio, si validè impleta fuerit. Unde jussa nubere Titio, non satisfaciet, si impubes nupserit, cùm verba, si nupserit, intelligantur de actu primo valido, Tiraq. ad l. Boves 89. §. hoc sermone D. V. S. Quæ tamen non impeditur facta pubes iteratò ei nubendo satisfacere: nam conditionem primò validè non impletam iteratò validè implens consequitur relictum, l. Hæc conditio 10. in pr. h. t. l. Dotis 98. sup. de jure dot. quia actus nullus pro infecto est.

35 Adimplenda præterea conditio, ad effectum consequendi relicti, in modo & forma præscriptis, alias pro defecta erit, l. quæ sub conditione 8. §. quoties sup. De condit. inst. l. un. §. sin autem C. De caduc. toll. & quidem specificè, ut non sufficiat per æquipollens impleri, l. qui hæredi 44. in pr. & §. è contra, l. Iulianus 45. l. Mævius 55 h. t. quatenus tamen conditio est voluntaria & dependens ex sola & mera voluntate testatoris qualis est hæc, si decem dederis.

36 Quæ an impleatur per compensationem, dubitatur? Et verius est, nō impleri, per d. l. 8. §. quoties sup. De condit inst. ubi nisi det vel faciat honoratus, uti jussus est, non consequitur legatum, cùm hæc conditio pendeat ex mera dispositione testatoris, respiciatque specificam ejus, quod jussit testator, dominii translationem: quam non supplet compensatio, quæ nullius interventu facit extingui obligationem. Pro hac parte facit textus in d. l. Mævius 55 h. t. ubi requiritur, ut legatarius, quantum in se est, det, licet is, cui dare jussus, non sit capax. Facit & textus in d. l. Iulianus 45. h. t ex cujus contextu patet, jussum dare non paruisse conditioni, si ei accepto latum fuerit ab eo, cui jussus dare; licet liberetur aliâ ratione, scilicet quia non stet per legatarium, sed per eum, in cujus persona adimplenda conditio. Facit etiam d. l. qui hæredi 44. in princ. & §. è contrà eod. tit. ubi jussus dare hæredi, si ser. us alienus institutus fuerit, ejus domino dando non satisfacit, quia licet ad dominum deveniat hæreditatis commodum, non potest tamen dici iste hæres. Videatur Gomez 1. Var. c. 17. n. 77. Sarmientus 2. Select. Interp c. 1. n. 11. * Excipitur causa libertatis, in qua compensatio admittitur, l. si peculium 20. §. quod si hæres inf. De statu liber ita enim favor ejus postulat, qui & alia specialia meretur hac in materia, ut patet ex l. fin. Cod. De conditionib insertis.

37

38 Quod si conditio præordinetur ad aliquem effectum tanquam præambulum quoddam, specificè & formaliter impleri non est necesse: cum

& l. fin. C. De falsa caussa adjecta leg. Inventæ enim sunt rerum & hominum significandorum causâ: quomodo si sufficienter intelligantur, non oberit, si falsò demonstrentur cùm quidquid rei satis demonstratæ additur sit frustra, *l. 1. §. si quis uxori sup. De dote praleg.* nisi vitiata mens arguatur, *l. Quibus 40 §. pen. h. t. l. 5. C. de testam.*

44 Tertia pars est de Caussis, quæ sunt ratio quædam legandi ex præterito concepta: unde & ratiò dicitur legandi, *l. Cùm tale 72. §. falsam h. t.* Harum etiam falsitas legatum non vitiat, non tantum si testator falsum sciverit, cùm non decipiatur, qui non ignorat, *l. 1. in fine sup. De act. empti*, sed etsi ignoraverit, *§. longe magis inst. De leg.* quòd in caussa adjecta non subsistat legantis mens, sed in benevolentia & liberalitate. Unde est quod dicitur caussa legandi non cohærere legato, *d. §. falsam*, hoc est constare etiam legatum sine ratione, quæ supervacaneè adjecta non debet obesse. Nisi aliter de mente pateat, ut in *l. fin. sup. De hered. b. inst* aut conditionaliter sit concepta, veluti, *Si curaveris mea negotia*, tunc enim ad instar conditionis habebit effectum suspensivum, & deficiens tamquam finalis faciet deficere voluntatem, *d. §. longè magis in fine.*

45 Quarta Rubricæ pars est de modis, qui subjici solent. * Modus est caussa legandi in futurum collata, veluti cùm dicit testator se legare, ut aliquid fiat, uti monumentum. In quo distinguitur à caussa, quæ præteritum solet respicere. Secernitur modus a conditione verbis quibus concipitur; nam conjunctio si conditionem, particula verò ut modum importat, *d. l. Quibus 40. §. fin. l. Eas 80. h. t.* Quia tamen verba sæpè sunt dubia, hoc servandum, an disponens id quod sub modū & conditionem cadere potest, velit impleri ante dispositionem, an verò postea: illo casu erit conditio, hoc verò modus, sive verba ex se denotent conditionem sive modum *l Mavia inf. De manumis. testam.* Differunt etiam effectu, quòd modus dispositionem sequatur, & non nisi eâ positâ veniat adimplendus: ut obligationis cessionem non impediat; datâ tamen cautione de implendo modo, aut in ejus defectum de restituendo relicto, *d. l. 80.* Si tamen per ipsum honoratum non steterit, quò minus adimpleatur modus, relictum rectè obtinetur, cum habeatur, modus pro impleto, *l. 1. C. De his quæ sub modo leg. relinq.* secundùm ea, quæ dicta sunt superius. Facit & turpitudo modi relictum retineri modo non impleto, ut in casu *l. penult. sup. De condit. instit. & l. fin. sup. De auro & arg. legat.* quòd non patens voluntati sit potiùs laudandus quàm accusandus. Si modus concernens piam caussam, in eam converti nequeat, in aliam similem caussam convertitur, *l. Legatum 16. sup. De usufr.* l. ubi Cujac. Jason. in *l. Apud al. l. Cum servus 39. §. constat. n. 19. sup. De leg.* 1. conditio verò dispositionem præcedit, eamque suspendit in sui implementum, ut antè nec venisse diem nec cessisse dici possit, *l. Legata 31. h. t.* unde est quod sub conditione relictum ad hæredem non transmittatur, cum è contra modus transmissionem non impediat, *l. A testatore 109. ubi Glos. h. t.* Et ita dispositio principalis à conditione, modus verò, & id quod sub modo relictum, à dispositione dependet. Est sub hoc Tit. *l. Cum avus 101.* quæ continet fideicommissum universale, quod gravatus filius in casum mortis, & quæritur, an si moriatur, relictis liberis, locum habeat fidei commissum? Similis est textus in *l. Cum acutissimi 30. C. De fideicommis.* qua de materia agemus infrà ad Senatusc. Trebellianum.

TITVLVS II.

Ad Legem Falcidiam.

SUMMARIUM.

1. *Ex L. XII. Tab. legandi libera fuit potestas.*
2. *Restricta primùm Lege Furiâ, deinde Veconiâ.*
3. *Ac postremo L. Falcidiâ, quæ quadrantem hæreditatis voluit manere penes hæredem.*
4. *Locum habet in legatis & donationibus mortis caussa.*
5. *Non in mortis caussa capientibus specialiter.*
6. *Neque in donationibus inter vivos.*
7. *An neque in fideicommissis particularibus.*
8. *S.C. Pegasianum quando & cur inductum.*
9. *Deductio ex L. Falcidia permissa soli hæredi.*
10. *Fallit in fideicommissario, cui hæres coactus adire hæreditatem restituit.*
11. *Et qui ipse rogatus hæreditatem restituere.*
12. *Intellectus l. Pœnales 32. §. fin. h. tit.*
13. *Deductio hæc datur adversus omnes, etiam patrem.*

24. *Pater rogatus à filiofam. milite restituere, an Falcidiam exercere possit?*
25. *Quarta Falcidia an ad instar legitima sit aucta.*
26. *In ponenda ratione Falcidia quod tempus inspiciendum.*
27. *Ponenda & certa quantitas bonorum, deducto, omni are alieno.*
28. *Etiam eo, quod defunctus ipsi haredi debuit.*
29. *Bona oportet talia esse, qua sint mansura.*
30. *Ex duobus reis stipulandi altero decedente, quantum ei hares imputare debeat.*
31. *Æris alieni loco sunt & pretia servorum manumissorum, & funeris impensa.*
32. *His deductis Falcidia deductio qualiter instituenda.*
33. *Quarta Falcidia an sit pars bonorum, vel hareditatis.*
34. *Deductio facienda à singulis haredibus gravatis.*
35. *Si portio cohæredis onerata accedat onerata, vel contra, ratio Falcidia qualiter ineunda.*
36. *Lectio & intellectus* l. 1. §. 3. si cohæredis 14. hoc tit.
37. *Portione onerata substituti accedente non onerata quid juris circa deductionem Falcidia.*
38. *Deductio Falcidia cessat in milite.*
39. *Cessat & facto testatoris eam prohibentis.*
40. *Prohibitio expressim facienda.*
41. *Prohibitio an censeatur sufficiens, si jusserit omnia & solida legata prastari?*
42. *In Falcidiam imputantur, qua jure hareditario ab harede capiuntur.*
43. *Fructus rei legata quatenus imputentur.*
44. *Imputantur & legitima nomine recepta.*
45. *Non etiam nomine legati & fideicommissi.*
46. *Neque conditionis implenda caussa acceptum.*
47. *Facto haredis cessat Falcidia omittentis inventarium.*
48. *Si scienter integra legata solverit.*
49. *Si neglexerit exequi jussa testatoris.*
50. *Si coactus adiverit hareditatem.*
51. *Si rem certam restituere sit rogatus incapaci, vel res aliquas surripuerit &c.*
52. *Ex conditione rei legata cessat Falcidia in dote pralegata & instrumenti dotis.*
53. *In re prohibita alienari.*
54. *Non etiam in alimentis, nec legata Principi.*
55. *An deductio hac cesset legatis piis.*

1 TEstandi licentia libertima olim fuit, neutiquam limitata per Legem XII. Tabb. Nam ea cautum erat: *Uti quisque legasset, ita jus esto, inst. eod.* quæ integra, his verbis concepta extat apud Ulpianum *in Frag. Tit. XI. Paterfamilias uti super pecuniâ tutelave sua rei legasset, ita jus esto*: ut potuerit testator etiam totum patrimonium legatis exhaurire. Verum quia eâ de caussâ contingeret deseri hæreditates, hærede ob nullum vel minimum lucrum adire recusante, consultum visum fuit isti licentiæ modum imponere, in favorem testatoris, quò hæres spe emolumenti inducere tur ad adeundum & confirmandum testamentum quod alias irritum maneret, *Inst. eod in pr.* 2 Ubi dicitur huic licentiæ modum fuisse adhibitum, primò per legem furiam, a Cajo Furio Tribuno plebis, deinde per Voconiam, à Q. Voconio Saxa; quorum neutra sufficienter huic malo occurrebat. Illa siquidem plus mille assibus legatarium capere vetabat; sed, numero legatariorum minimè definito, non impediebat, quò minùs legatis exhauriretur hæreditas: hæc vetabat eum, qui census esset, plus cuiquam legare, quàm ad hæredem per veniret; sed non definitâ quantitate, eveniebat, ut, pluribus legatis relictis, exiguum quid caperet hæres. 3 Novissimè itaque lex Falcidia à Cajo Falcidio Tribuno plebis, Augusti temporibus lata, unde & nomen sortita est non etiam à Falce, ut Latinitatis ignari est commentum. In cujus primo capite confirmatur *d. L. XII. Tabb.* Secundò autem modus constituitur, quo restringitur ista potestas & licentia legandi, in verbis, *Dum ita detur legatum, ut non minùs quàm quartam partem hæreditatis ex testamento hæres capiat.* Ut necessariò penes hæredem quadrans sit relinquendus, & non onerandus ultra dodrantem: qui non obstante contrariâ dispositione, quadrantem suum salvum habet, eo quòd nemo possit facere, quò minùs lex habeat locum in suo testamento, *l. Nemo potest 55. sup. De leg. 1.* Et hoc ita secundum jus vetus, nam hodie aliud iuris, ut dicemus infra *h. eod. tit.*

4 Habet locum in legatis, quibus ultra modum est oneratus hæres. Porrecta ad donationes mortis causa ex constitutione divi Severi, *l. 5. C. h. t. l. 1. C. 1. De donat. mort. caus.* ob similitudinem, quia effectu legatis sunt similes, non habentes sui firmitatem ante mortem donantis, *Inst. de donat. in princ.* ut ex bonis defunctis videatur erogati. Porrecta etiam ad legata, quæ ab intestato sunt præstanda *l quemquam 10. C. hoc titulo.* 5 In mortis causa capionibus locum non habet, quatenus specialiter sumuntur pro iis, quæ dantur condi-

conditionis implendæ causa. Cujus ratio in eo posita est, quod non tam ab ipso testatore proficiscantur quàm occasione mortis ejus capiantur, *l.1.§.si ita quis*, *l. Acceptis 93. h.t.* nisi tamen in fraudem beneficii Falcidiæ quis alteri conditionis implendæ causa dare sit jussus, secundùm speciem in *l.penult.C.h.t.*

6 In donationibus inter vivos, cum continuo habeant suam firmitatem, ut legatis neutiquam conveniant, detractio ista locum sibi vindicare nequit, nisi tales sint, quæ morte confirmentur, cujus generis est donatio inter uxorem, *l. In donationib.12. C. h.t.* quòd videantur instar donationum mortis causa è bonis defuncti erogati, in quibus omnibus habet locum diminutio, *l.5.& omne 7.h.t* ut etiam alimenta relicta diminutionem hanc sentiant, *l.Hæreditatum 68 h.t.* nec absea libera sint relicta Principibus, *l.1.§.5.l.3.§.2.h.t.& l.3.C.eod.*

7 Dubitatum est, an habeat locum in fideicommissis, non universalibus, quia certum est in iis esse locum S.C. Trebelliano, non legi Falcidiæ, sed particularibus? Affirmativa aliquibus probatur per *l.2. C.h.t.* ubi dicitur Falcidia habere locum adversus omnes, pro modo legatorum II. per *l.12. eod. tit* ubi dicitur in donationibus habere locum, quando fungitur vice fideicommissorum, III. Quod legata particularia sint adæquata fideicommissis, & contra, ut quod in uno obtinet etiam in alio debeat valere. IV. Quod Trebellianica habeat locum in fideicommissis universalibus, *Instit. De fideicommiss.hæredit.§.& Neronis* V. Adducitur *l. Filiusfam.18. h.t.* ubi Falcidia porrecta ad fideicomissa codicillis relicta, vetius non est detrahi fideicommissis etiam particularibus, ex sui origine, cum tantum restingat legata, testamento relicta non etiam fideicomissa, quæ tempore, quo lata lex Falcidia, non erant in usu, nec vim habebant, quæ demum per Augustum accessit, ut habetur, *Inst. De fideicommiss. hæred. in princ.* ut non possit ad fideicommissa pertinere, cum leges non disponant super incognitis, Facit, quod tempore Neronis fideicomissa fuerint libera ab omni detractione, *d.§.& Neronis* * quæ demum inducta per S. C. Pegasianum 8 tempore Vespasiani, *Inst.d.t §.sed quia*, ubi textus habet, eandem retentionem esse permissam ex rebus singulis per fideicomissum relictis; scil. per Pegasianum, uti ibi interpretatur Glossa, Ang.& Cuj. *in Notis,& ad d.l.18.lib.11.Quæst. Pauli.* Licet autem quoad origineim non spectet ad fideicommissa, est tamen eò porrecta per Pegasianum, uti & alia per Severum, *l.5.C.h.t.* & per divum Piũ, *d.l.18.* Ut non obstet argumentum primum, secundum, & quintum. Non obstat etiam tertium, quia ista adæquatio tantum procedit quoad effectum, non etiam quoad modum, ut salva maneat omninò origo. Nihil etiam facit quartum, quia Trebellianica habet etiam locum in particularibus, cum tota vis Pegasiani, quod loquebatur etiam de particularibus, transfusa sit in Trebellianum. *d.§ sed quia.* Nihil facit pro altera parte *Nov.1.§.his igitur.* ubi præmissâ mentione universitatis, subjungitur, *Maximè apud nos qui Trebellianosoli dogmati dedimus locum in talibus fideicommissis*: nam ibi non opponitur Trebellianica quartæ falcidiæ, sed tantum hoc vult ibi Imp. quòd in restitutione fideicommissi utamur S. C. Trebelliano, ut faciliori, non etiam Pegasiano jam sublato tamquam minùs comodo. Vid. Fachin.5 *Contr.c.12.* Fatendum tamen, hanc quartam Trebellianicam eumdem habere effectum, quem habet Falcidia. saltem quoad particularia fideicomissa, ob adæquationem legatorum & fideicommissorum, de qua suprà, *ad t. De legatis.* Unde & ea amittetur non facto inventario, secundùm dicta superiùs *ad tit.De jure deliberandi.*

Non autem alii quàm hæredi hæc permissa deductio, quæ ideo inventa ut institutus hæres eo quasi præmio alliceretur ad adeundam hæreditatem & testamentum confirmandum, quod aliàs irritum foret, secundùm dicta paulo antè; cujus rei periculum non est in cæteris, quibus aliquid testamento relictum, unde & hæredis causâ legem istam latam ait JC. *in l.potest 71. h.t.* & legatarios, fideicommissarios legis istius beneficio non uti, *l Lex Falcidia 47.h.t.* sive particulares, sive universales: est enim & in his eadem ratio, cũ aditâ semel hæreditate testamentum sit confirmatum ut patet ex *l. 1. si is qui quadraginta inf. ad S.C.Trebellian.* Quæ res paritur duplicem exceptionem I. * Si suspectam coactus hæres adiit, se hæreditatem restituerit fideicommissario: neque enim hic cogetur præstare legata, nisi cum diminutione ea; cum qua hæres præstitisset, cujus locum omninò subit, actionibus omnibus in se translatis. Deinde non debet fieri melior conditio legatariorum; ex eo, quòd suspecta sit adita hæreditas, & hoc quatenus poterat hæres deducere: nam si fideicommissarius fuerit quid rogatus restituere, non detrahet, quod habeatur 9 10

quasi à legatario relictum, *l. Facta* 63. *§. si cum specialem inf. Ad S. C. Trebell* II. * Quando hæres rogatus restituere hæreditatem Titio, eo quoque rogato restituere, poterit hic detrahere quartam, si primus hæres in gratiam fideicommissarii eam non detraxerit. Nisi tamen & ipse fideicommissarius rogatus sit totam hæreditatem restituere. *l. 1. § sed & Neratius inf. eod. tit.* Nam licet primo hæredi de jure antiquo non potuerit prohiberi deductio, poterat tamen fideicommissario isto in casu deductio prohiberi, etiam tacitè, cum lex communiter ipsi non permittat deductionem, ex ratione jam dicta. * Non obstat, *l. Pœnales* 32 *§. fin. h. t.* ubi & legatario permittitur pro portione tantum detrahere, quantum detraxit hæres nomine quartæ, idque ex æquitate, & dicitur ibidem id rationem habere. Verùm hoc ita, non vi aut jure Falcidiæ, ut patet ex verbis, *Nec quia ex sua persona legatarius inducere Falcidiam non possit*, sed ex præsumpta voluntate, in *d. §. fin.* statui tradunt Glossa, Bart. Castren Goveanus: quinimo ex eo colligunt, quòd ibi Titius legatarius, cui ex viginti legatis sunt concessa quinque, rogatus sit restituere quindecim, ut exemplo hæredis legatarius ad ea præstanda obligetur, & quasi hæres quartam deducat, non deducturus eamdem, si omnia rogatus fuisset restituere, *d. §. fin.* Atque hæc ita ex præsumpta voluntate testatoris; quæ si contraria appareat, aliud dicendum erit. Unde in *d. l. 32. in fine* post prædictam decisionem subjungitur, *Nisi forte testator ita fidei ejus commisisset, ut totum, quidquid ex testamento cepisset, restitueret.* Cessat enim præsumpta voluntas, ubi aliter de mente constat: certum autem est, legatarium rogatum restituere tanto minus præstare ipsi fideicommissario, quanto minùs sibi præstitum; neque enim æquum est, ipse damnum subeat, *l. facta* 93. *si Titius inf. Ad S. C. Trebell. l. Plautius* 43. *sup. De condit. & demonstrat.*

13 Hæredi itaque ultra dodrantem gravato tantùm est licitum legatariis detrahere portionem. Ubi ne quidem pater excipiendus, cui filius, alio instituto hærede, legata reliquit, *l. Pater* 28. *h. t.* neque enim conjunctioni aut necessitudini hac in re quid tributum, quòd hæredis instituti favor redundet in favorem testatoris, secundum jam dicta.

14 De patre dubitari posset, qui castrense filii peculium, ab intestato decedentis occupavit, cujus fidei filius in codicillis commisit alteri post mortem restituere, an detrahat Falcidiam. Dubitandi caussa in eo est, quod licet filiusfam. testamenta rium hæredem habere possit, *l. proponebatur* 9. *inf. De castrensi pecul.* intestatus tamen non habeat patrem legitimum hæredem, cui bona ejus non tanquam hæreditas, sed quasi peculium deferuntur, *l. 2. & penult. §. pater d. tit.* ut videatur exerceri Falcidia à patre rogato restituere codicillis ab intestato non posse, quòd ejus detractio, secundum dicta tantùm detur hæredi, qualis non est pater. Nec huic contrarium est, inquit J.C. in *l. Filiusfam.* 18. *hoc t.* quòd in testamento ejus, qui apud hostes decessit, exerceatur Falcidia, *l. 1. §. 1. hoc tit.* cujus tamen nulla hæreditas, nullus hæres, quia decesserit servus; cum hoc ita fiat quod lege Corneliâ fingatur captus decessisse ipso momento captivitatis, & ita liber homo, ut hæreditatem & hæredem habeat. Addit tamen J.C. in *d. l. 18.* se non dubitare hoc quoque beneficium indulgere patri, & Falcidiæ locum esse factum à divo Pio etiam in successionibus intestatorum, cum quasi legitimus hæres filii hæreditatem restituat rogatus codicillis, ut merito ei omnia concedantur quæ hæredi competunt.

15 Deductio hæc tantum est partis quartæ, quam tantum salvam vult ex Falcidia, libertate concessâ testatori circa dodrantem, quod jure Digestorum & Codicis est extra controversiam. De jure novissimo novitia quædam ingenia mutationem inductam volunt, & vel trientem vel semissem hodie esse, *arg. Nov. de triente & semisse* 18. ubi ea mutationis in legitima est statuta per Justinianum: quæ opinio fuisse videtur Græcorum Interpretum, ut constat ex Epitome Harmenopuli, *lib. 5. t. 9. in princ.* quam sequitur Goveanus, 2. *Var Lect. c. & ad l. 7. n. 36. & 37. sup. De vulg. & pupil. substit.* Verum paucis ea sententia probata: & merito, cum Novella ista loquatur de legitima liberis debita, in quorum favorem istud augmentum est inductum, ex magna humanitatis ratione, quod iis pluribus concurrentibus exigua portio salva esset in bonis parentis, quam ita augere oportuit. Ut, cum eadem ratio non militet in Falcidia, quæ legitimæ nomine non comprehenditur, & locum habet in extraneo hærede, non sit, quod innovatio circa legitimam trahatur ad Falcidiam. Deinde *d. Nov.* 18. loquitur de exclusione querela, ut neque aptari iis, quibus non est querela: ut sunt externi. Non sumitur autem idonea ratio pro hac sententia ex *Nov. De immens. donationib.* 92. in cujus principio ait Imp. se Falcidiam non ignobili incremento auxisse, intelligens augmentum, quod in legitima statuit *d. Nov.* 18. quia nomine Falcidiæ ge-

generaliter designatur quælibet quarta, etiamsi per eam non sit inducta, & hoc pro materia subjecta, quæ in dicta *Nov. 92.* indicat legitimam notari, cum agatur de liberis Viglius *in §. si quis n. 7. & 8. Instit. Quib. mod. testamen. infirm.* Gudelinus *de Iure noviss. lib. 2. c. 11. n. 7.*

16 In ponenda ratione hujus quartæ inspicienda bonorum quantitas, quæ fuit tempore mortis, quia tunc cedit legati dies, idest, legatariis ad legata jus quæritur, quæ proinde tanta tunc debentur, quanta tunc sunt, *Inst. eod. §. quantitas*, ut quod postea accrevit, vel decrevit, hæredi sit damno aut commodo, legatariis autem nec prosit nec noceat. Cui tamen consultius pacifcentur cum hærede de certa portione, in casu, quo bona decreverint, ut saltem partem legatorum consequantur, ne alias hærede recusante adire, quia nullam videat emolumenti spem, toto careant.

17 Certa autem quantitas ponenda, cum certa sit Falcidia; certum autem ab incerto detrahi nequeat, quod nulla inter ea sit proportio. Deducendum ante initam rationem omne æs alienum *§. cum autem Instit. eod.* Debentur enim legata tantum ex bonis; bona verò non intelliguntur nisi ea, quæ supersunt, deducto ære alieno, *l. circa 60. §. 1. h. t.* Unde si substantiæ fines occupaverit æs alienum, ut legata non dentur, ita nec Falcidiæ movetur quæstio, *l. Successores 16. Cod. hoc tit.*

18 * Quod intelligendum non tantum, si alii debebat defunctus, verum & si ipsi hæredi, non obstante confusione, *l. 6. C. hoc tit.* quia illa non facit, quo minus fuerit in hæreditate. Uti è contra in casu, quo debitor est creditori hæres, confusio non facit, quin locupletiorem percipiat hæreditatem, atque ita computandum ei sit, quod debet, *l. 1. §. si debitor pen. hoc tit.* Hinc nepos avi hæres quod avus ex causa tutelæ debuit deducit, *l. quod bonis 5. §. quod avus hoc tit.* Quo spectat decisio *l. Pater 54. h. t.* ubi filii à patre instituti hæredes, quoad fundum, quem is, prohibitus extra familiam alienare, alienavit, creditores esse dicuntur, atque ita eum deducunt tamquam sibi debitum, nec imputant in Falcidiam. Sic & emptor, si existat venditori hæres, ratione rei evictæ simplum deducet; & quidem ex benignitate, etiamsi convenerit duplum præstari, ut respondit Paulus in *l. Cum emptor 48. h. t.* Uti & contra idem obtinet in venditore hærede emptoris, ut non duplum, sed simplum ponat locupletiorem, tamquam ejus debitor, *d. §. si debitor.*

19 Ad quantitatem bonorum ut ea, quæ in bonis sunt, faciant oportet talia sint, quæ sint mansura, cùm alias quasi non relicta videantur: uti in statu libero responsum est in *l. Statu liber. 18. h. t.* ubi dicitur talis non augere familiam, quòd conditione existente perinde habeatur, quasi in bonis non fuisset. Ubi nihil faciet, quòd ante conditionem impletam vitâ decesserit, modò conditio postea impleatur; nam si deficiat, hæredi periisse dicendus, quia defectus conditionis facit eum semper in bonis testatoris fuisse, ut bonorum auxerit, *l. in ratione 11. §. h. t.* Sic & pars bonorum hæredi postea ablata, etsi mortis tempore in bonis testatoris fuerit, non est computanda, modò tempore mortis in ea fuerit caussa, ut, etiamsi viveret testator, auferri ei potuerit, *d. l. 11. §. Imperator.* Spectanda enim caussa, non etiam ademptio. E converso quæ necdum in bonis sunt, augebunt tamen quantitatem, si talia sint, ut exigi possit, *l. Pretia 63. §. pen. h. t.* neque enim is actionem habere videtur, cui illa inanis futura, ob inopiam debitoris, *l. 8. sup. De dolo.* Quòd si postea debitor auctis facultatibus solvendo fiat ex eventu, ejusmodi nomen augebit hæreditatem, *l. Cum quo 56. §. 1. h. t.*

20 De duobus reis stipulandi quæstio movetur, an altero decedente ejus hæres solidam obligationem imputare debeat? Ratio dubitandi in eo est quod in solidum quisque agere posset, ut dicetur infra *ad tit. De duobus reis constituendis.* Distinguit JC. & respondet tantum dimidiam partem ei imputandum esse, si socii fuerint, secundum ea, quæ traduntur *d. tit.* Si verò non fuerint socii, cum melior sit caussa possidentis in hac stipulatione, *l. Ex duobus 16. d. tit.* si stipulaverit hæres, eique soluta sit tota summa, augebit illa quantitatem hæreditatis; è contra, si alter præoccupaverit. Ita Ulpian. in *l. in lege. Falcidia 62. h. t.* qui eadem distinctione utendum censet in hærede alterius ex duobus reis promittendi, ut si socii fuerint, tantùm dimidiam partem æris alieni loco deducat hæres; si verò socii non fuerint, exspectandus sit eventus: ut si solidum ab eo petatur, solidum deducat, si verò ab altero, nihil deducat.

21 Æris alieni loco sunt pretia servorum manumissorum, sive etiam supplicio affectorum, *§. cum autem Inst. eod. l. sed si 36. l. Æris alieni 39. h. t.* quia cùm hæreditatem minuant, meritò deducuntur. Æstimanda autem non secundum privatum affectum, aut utilitatem, sed communem, *d. l. Pretia 63. h. t.* Ejusdem ordinis est impensa funeris

netis, quæ etiam omne creditum præcedere solet, *l. pen. sup. De religios. & sumptib. funerum.*

22 Itaque deductis iis, quæ spectant ad æs alienum, ex eo, quod reliquum est, videndum, an legatis solutis tantum sit reliquum, quod Falcidiam adæquet, cujus alias deductio facienda, secundum ordinem traditum, *Instit. eod. in fine & in l. in quantitate 77. in fine h. t.* scil. ut, quod plus legatum, quàm in bonis est, prius deducatur, de inde ex reliquis ad salvandam Falcidiam pro rata

23 portione singulis legatariis detrahatur. * Ut videatur plerisq; hæc quarta esse potius bonorum pars, quam hæreditatis, quæ continet commoda & incommoda; bona autem tantum judicentur ea, quæ deductis expensis supersunt, *l. Subsignatum §. inf. De V. S.* Rectius tamen dixeris & ista bona pertinere ad hæreditatem, cum deductio æris alieni non faciat, ea quæ supersunt, minus spectare ad hæreditatem, nec æris alieni persolutio faciat desidere hæredem esse, Grassus *§. Legitima quæst. 1. n. 2.*

24 Deductio autem facienda à singulis gravatis hæredibus: neque enim quod alterius pars sit intacta, faciet legatarios solidum consequi, *l. in singulis 77. h. t.* cum ratio non habeatur totius patrimonii, sed portionis cujusque: videtur enim testator tot constituisse hæreditates, quod reliquit hæredes. Unde si alterius pars sit intacta, alterius autem prægravata legatis, non ideo minus in parte gravati Falcidiæ locus erit, cujus deductionem rectè intentat gravatus, *d. l. 77.* Quod ita procedit citra difficultatem, quando uterque hæres pro portione sua agnoscit.

25 Quando autem alter omittit, distinctione utendum est. Nam si portioni oneratæ accedat portio integra & non onerata, cessat Falcidia quoad portionem oneratam. Cujus Ratio est, quod confusio utriusque semissis efficiat, ut circa legem Falcidiam totius assis ratio habeatur, qui totus ad alterum pervenit, ut non possit videri oneratus ultra dodrantem, imò semis illi sit integer, ut legata solida à se relicta præstet, *l. quod si alterutro 78. hoc tit.* Quod si portio exhausta accedat integræ, non esse locum contributioni, sed separatam haberi rationem portionis exhaustæ, & legatorum ab ea relictorum, responsum in *d. l. 78. in fine.* Cui objicitur *l. 1. §. si cohæredis 14.*

26 *h. t.* * Ubi dicitur Antonius in ista posteriori specie judicasse, commiscendas esse utrasque partes in computatione legis Falcidiæ. Ubi legendum esse in fine, *non commiscendas*, vult ipse contextus & ratio: nam Paulus, post improbatam sententiam Cassii, qui partes confundendas esse existimarat, & probatam sententiam Proculi ac Juliani, qui asserebat non esse confundendas, quod & ipse probabilius judicat, subjungit sententiam Antonini, non in confirmationem sententiæ Cassii improbatæ, sed (quod est omninò probabile, imò necessarium) in suæ sententiæ probationem. Unde legendum ibi, uti dictum, *non commiscendas*, quod & vult particula, *Sed &*, quæ includit casum eundem cum præcedenti. Et certè frustra probabiliorem sententiam diceret, quæ est improbata ab Imp. ejusque decreto contrario. Cujac. 4. *Obs. cap 35.*

27 Et hoc ita in cohærede. Aliud statuitur in substituto, non quatenus parti oneratæ accedit non onerata, quia in ea idem obtinet, quod jam dictum, sed in casu, quo onerata accedit integræ & non oneratæ. Distinguit enim Julianus inter substitutionem pupillarem & vulgarem in *l. Qui fundum 87. §. qui filium h. t* ubi talem casum proponit: pater instituit filium hæredem in semisse, deditque illi cohæredem Titium, eundemque substituit pupillariter. Et ait Julianus distinguendum esse, filius, qui ante pubertatem decessit, extiterit patri hæres, necne. In casu, quo non extitit hæres, vult duos semisses confundi, & totam hæreditatem ad extraneum cohæredem & substitutum pertinere: ideoque in ponenda legis Falcidiæ ratione haberi debere rationem totius assis, quod is totus ad istum pervenerit. Ut, licet pars filii sit exhausta legatis, integra tamen legata sint persolvenda, cum illi supersit alter semis integer, & hæres sit patris ex vulgari substitutione subintellecta sub pupillari. Si verò pupillus adiverit, & ex semisse patri extiterit hæres, non vult haberi rationem assis, sed semissis tantum ex quo filius, est scriptus hæres, & ipse substitutus est hæres filii ex substitutione pupillari. Unde quod juris habet filius in detrahenda quarta portioni suæ legatis exhaustæ, idem etiam habebit substitutus: ut eo casu non debeat fieri confusio portionum, cum ad legata non maneat obligatus suo nomine, sed defuncti pupilli, & qui ita non amplius quàm semissis dodrantem præstare habebit necesse. quod si portio exhausta accesserit oneratæ, utriusque Falcidiæ rationem habendam esse respondit idem Julianus in *d. l. 87. § fin.* ut ex utraque debeat superesse salva quarta hæredi.

28 Hæc ita, si Falcidiæ locus fuerit, cujus deductio aliquot casibus cessat. Primò, Ratione privile-

vilegii, ut in milite, cujus sola voluntas sufficit, nulla habitâ ratione solemnium civilium, à quibus solutus est, quatenus testatur militariter, *l.7. Cod.h.t.* Nam si jure communi, erit locus deductioni quartæ Secundò, Jure comuni, idque vel ex facto testatoris, vel hæredis, vel conditione rei legatæ.

29 Facto testatoris cessat, quando non ignarus, quis sit modus patrimonii sui prohibet nominatim quartæ hujus deductionem, *Auth. Sed cum testator C. h. t.* Qua in re recessum à jure veteri, quo detractionis prohibitio non erat concessa testatori, *l. Quod bonis 15. §.4. h.t.* ex ratione, quòd esset juris communis præceptum detrahendi, cui obviare nequit privatus, *l. Nemo. 55. De leg. 1.* Cui non obstat, quod habetur in *l. Si debitor 12. h.t.* ubi creditor hæres à debitore institutus, & rogatus, ne creditum legatariis suis reputet, reputare volens exceptione doli rejicitur: nam ibi non tam prohibetur detractio cum effectu, quàm compensandi causâ debitum cum credito, hæredem instituit debitor, ideoque non deducit legatariis suum creditum, sed legata integrè solvit; ut ea species non pertineat ad prohibitionem legis Falcidiæ de jure veteri inhibitam. Ratio corrigendi juris veteris in eo sita est, quòd rata & inviolata sit servanda testatoris voluntas, *Nov. 1. §. si verò expressim*, ubi dicitur esse viva legis dispositio, ut, quæ sunt disposita à morientibus, impleantur. Non obstat, quòd ejusmodi immutatio faciat rem ad antiquum statum deduci, & ultimas voluntates intercidere, nullo adire volente: nam huic malo subvenit Justinianus in casu recusantis hæredis adire admittendo substitutos, legatarios, fideicommissarios, venientes ab intestato, & fiscum; & hoc, ut salventur relicta.

30 Debet autem ista prohibitio fieri expressim, cùm id ipsum desideret *d. Nov. 1. §. si verò expressim*: legi enim corrigenti, quæ desiderat aliquid expressim fieri, non fit satis, nisi singularibus verbis exprimatur, *arg. l. si quis 22. De legat. 3.* Menoch. *1. Præsumpt. c. 45. n. 15.* Sarmient. *Select. Interp. lib. 2. c. 7. n. 11.* Expressim quin censeatur facta prohibitio per verba, *Nolo detrahat Falcidiam, Volo ut re certâ sit contentus, Ultrà non petat*, non est dubitandum.

31 Verùm controvertitur, An si testator jusserit tota, omnia, integra sine diminutione legata præstari, censeatur prohibuisse detractionem? Quod plerisque placet, quos citat Mantica *de conject. ultim. volunt. lib. 17. cap. 9.* Fachin. *5. Controv. cap. 15.* Nituntur argumento *l. Decem 6. in fine ubi Glossa inf. de fideicommiss. libert. & l. fin. C h. t.* Sed neutra ad rem facit; ut probalior sit & textui conformior sententia, istiusmodi verba generalia non sufficere ad prohibitionem hujus quartæ; cùm non sint expressa, uti textus requirit, & admittant explicationem, *quatenus in bonis est, salva Falcidia hæredi.* Videtur enim testator legi se conformare, nisi expressè ab ea recedat: aliàs videtur præsumpsisse, plus se in bonis habere, quàm habet, juxta *§. in fraudem Instit. Quib. manumit. non licet* Ut etiam præsumatur secundùm ista generalia verba, non velle præjudicare Falcidiæ, ut rectè tradit Sarmientus *d. cap. 7. n. 2.* Facit, eo *d. Nov. 1. §. hæc autem dicimus*, ubi cùm disposuisset Imp. de detrahenda Falcidia, subjicit, hoc ita statui; ubi etiam testator de sua substantia hoc agit, aut fortè cum debuisset ampliorem quantitatem hæredi relinquere, pro minori disposuit: etenim hoc errantis est sententiæ, & non puræ & integræ designationis, ut non officiat hæredi subjungi deinde, aliud esse, si expresse detractionem prohibuerit. Si tamen cum generalibus verbis alia concurrant, quæ expressam prohibitionem indicent, aliud est dicendum, Vid. Grassus *§. Trebellianica q. 8.* Guido Papæ *q. 53*.

32 Testatoris etiam facto videtur cessare Falcidia quoad ea, quæ imputantur in ipsum, qualia sunt, quæ judicio testatoris ad hæredem pervenerunt, non simpliciter, sed jure hæreditario, & tamquam ad hæredem, non etiam quæ alio jure, *l. quod autem 74. h.t.* ubi non solùm inspicitur, quid præsenti tempore sit penes hæredem ex hæreditate, sed & quod penes eum erit. Hinc legata, quæ non capiuntur à legatariis, ut in hæreditate manentia imputanda sunt, *l. Id autem 76 in fine h.t.* quòd apud hæredem hæreditario jure residere videantur. Unde, inquit Celsus in *l. Non est dubium 50. h.t.* non esse dubium, quin ea legata, à quibus hæres submovere petitionem potest exceptione in quartam imputentur, ne cætera legata minuant, ex ratione, quam subjungit, proxima *l. 51.* quòd non intersit, utrum ab initio quasi inutile fuerit, an ex accidente postea in eum casum pervenerit legatum, ut actio denegetur, 33 * Sic & fructus rei legatæ sub conditione, vel in diem, faciunt minui detractionem, quòd capiantur ex bonis testatoris usque ad evenientem conditionem, aut diem, *l. Falcidia 45. l. Circa 6. h.t.* Sic tamen in quartam imputantur, si in bonis defuncti fuerint tempore mortis; nam quod post mortem accidit, extra rationem patrimonii habetur.

34 * Hinc legitimæ nomine accepta imputanda e-

 runt;

runt; tum quòd hæreditario jure capiantur, secundum ea quæ dicta sunt suprà, *ad tit. De acquir. vel omitt. hæred.* ubi dictum non posse, legitimâ retentâ repudiari hæreditatem, tum quod legitimæ & Falcidiæ detractionem simul non admittat lex civilis, qua de re mox latius, *Ad S. C. Trebell.*

35 • Hinc legati & fideicommissi nomine acceptum non imputabitur, quòd non capiatur jure hæreditario, *l. in princ. h. t.* nisi tamen ideo hæredi detur, ut integra legata & fideicommissa præstet. Nam licet istâ viâ nequeat prohiberi Falcidia jure veteri, ut sufficienter patet ex *l. Sed si ideo 75. h. t.* tamen hæres agnoscendo legatum hanc legem sibi imponit, ut illud in Falcidiam imputet, quam legem quin sibi imponere possit non est dubium, cum lex ista Falcidia ejus caussam concernat, *l. Potest 72. h. t.* Similiter si à vivo testatore quid acceperit ne emolumentum legis haberet, cessabit detractio, ex eadem ratione, *l. Cùm qui 56. in fine h. t.*

36 • Conditionis quoque implendæ caussâ sive à cohærede, sive legatario, sive statu libero acceptum, extra imputationem est, *d. l. Id autem 76. & l. 91. in pr. h. t.* quòd non tam capiatur jure hæreditario, quàm mortis causâ *d. l. 76.* ubi excipiuntur nummi peculiaris à statu libero accepti, quos imputari vult ista *l. 76.* quòd cum testatoris fuerint, hæreditario jure capi intelligantur. Excipitur etiam id, quod non tam conditionis implendæ causâ, quam pretii loco accipitur, ut in specie *l. In ratione 30. §. tametsi h. t.* quòd videatur capi ex bonis testatoris. Item quod vicissim, à cohærede vel legatario accipitur, id æquitas compensationis in quartam vult imputari, non tam quia jure hæreditario capiatur, quàm quòd tanto minus legatario datum videatur, *l. Ne sennius 21. h. t.*

37 Facto hæredis cessat quoad legata omnia, si hæres omiserit inventarium, secundùm formam, de qua in *l. ult. C. De jure deliber* qui omissio hujusmodi facit hæreditatem præsumi esse solvendo, ut legata etiam ultra vires sint præstanda. Quæ ratio etiam in legitima obtinet, ut & illa sit præsumenda salva esse, nec detrahi possit, uti probatum supra *d. Tit. De jure delib.*

38 Cessat prætereà facto hæredis, si scienter integra legata solverit, *l. 1. Cod. h. t.* Dico scienter; nam ignorantia dabit repetitionem quatenus est facti, quæ probabilis, non etiam si fuerit juris, quæ quia improbabilis repetitionem impedit, uti rescriptum *l. Error 9. Cod. h. t.* & responsum in *l penult. sup. De juris & facti ignor.* quod illa voluntatem auferat, non hæc. In[illegible] re novissimo si quis solvere cœperit uni aut pluribus legata integra, sciens bonorum quantitatem, tenetur reliqua solvere, *Nov. 1. §. hoc autem dicimus*, quasi videatur agnovisse voluntatem, & sibi præjudicasse quoad Falcidiam. Qua in re recessum à jure antiquo, quo tantum commodo Falcidiæ carebat in iis, quæ solverat, *l. Quod bonis 15 §. non ideirco & 16. v. t.* ubi qui partem solvit, non cogitur ad reliquorum exsolutionem, nisi deductâ Falcidiâ. Is quoque qui promisit integra solvere, non deductâ Falcidiâ, urgetur necessitate integra solvendi, ita enim exigit fides, quæ servanda, *l. fin. C. h. t.*

39 Culpæ hæredis adscribitur, si renuat implere voluntatem, aut intra annum post admonitionem judicis negligat exequi jussa testatoris; meretur enim hæc ejus contumacia Falcidiæ punitionem, *d. §. Nov. 1. §. si quis autem & §. illud quoque.* Item si egerit, ut intercidat legatum celando tabulas, aut eas periisse falsò adserendo; per hoc enim se reddit indignum beneficio.

40 • Falcidiâ etiam non gaudet, qui coactus à Prætore, ut restituat, adivit hæreditatem, qui ut incommodo, *l. Nam quod 14 §. qui compulsus inf. Ad S. C. Trebell.*

41 • Interdum etiam rei certæ detractione privatur hæres: ut si rem certam aut partem restituere sit rogatus incapaci, quia quoad eam tantum cessat detractio, ne quis ultrà puniatur quèm deliquit, qua de re actum est sup. *D. his quæ ut indig. aufer.* Sic qui res aliquas surripuit, earum tantum respectu carebit Falcidiâ, quæ fisco cedet, quoad reliqua autem ei salva erit. *l. Rescriptum 6 sup. d. t.* neque enim pœna egreditur rem, in qua delictum. Quomodo ait Paulus J. C. res ab hærede subtractas ita haberi quoad Falcidiæ rationem, ac si in hæreditate non fuissent, *l. Falcidia 24. h. t.* Dicitur, quoad Falcidiæ rationem, nam tantum rei surreptæ Falcidiam fiscus accipit, reliquum legatariis cedit, ne iis obsit culpa aliena.

42 Ex conditione rei legatæ cessat hæc deductio in dote prælegata à marito uxori, quod mulier suum recipere videatur, *l. si usufructus 81 §. 1. h. t.* necessariò enim erat reddenda etiam non prælegata. Ejus quoque originis sunt empta, parata uxoris causâ *d. l. 81. in fine*, cùm & ista non tam per mortem viri accedere videantur, quàm causâ ejus acquisita, ob destinationem, *l. Item legata 49. §. 3. sup. De leg. 3.* Instrumenta quoque dotis, quæ post mortem mulieris marito cessura, si marito ab uxore legentur, non patiuntur detractionem, *l. Si prædiorum C. h. t.* cùm instrumenta nihil utilitatis adferant marito, nisi quòd conferant ad probationem.

43 • Prohibita res alienari in ea est con-

conditione, ut diminutionem non patiatur, *Auth. sed & in ea re C. h. t.* eò quòd per prohibitam alienationem testator voluerit manere in familia integram, ut nequeat admitti detractio contra voluntatem ejus, quæ rem afficit, *l. fin. C. De reb. alien. non alienam.* Libertas ut sit extra deductionem, meretur ejus favor, *l. 8. §. 4. sup. De inoffic. testam.* favor enim libertatis sæpè & aliàs benigniores sententias exprimit, *l. Pœnales 32 in fine h. t.*

44 * Alimenta, etiam si favorabilia sint, non tamen legata sunt extra hanc diminutionem, *l. Hereditatum 68. l. Divi 89. h. t.* uti nec legata Principi, ut placuit Adriano, *l. 4. C. h. t.* nam licet Princeps sit solutus legibus, utitur tamen jure communi, nisi quid singulariter sit exceptum. Ejusdem ordinis sunt municipes, nam & his legata Falcidiam patiuntur, *l. 1. §. ad municipatum 5. h. t.*

45 Quæstio est de legatis relictis in piam caussam, an patiantur hanc deductionem? Ubi distinguunt aliqui inter jus antiquum & novum; illo detrahi potuisse, non hoc. Prius probant per *d. §. ad municipum*, ubi dicitur, legem Falcidiam pertinere etiam ad ea, quæ Deo relinquuntur. Qui textus accipiendus de iis Diis, qui hæredes institui poterant, quos certos fuisse tradit Ulp. in *frag. tit 22.* Verùm lectio istius *§. ad municipium* videtur dubia ob locum Pauli *4. Sent. cap 3.* ubi disertè tradit Falcidiæ non esse locum, nisi deducto ære alieno, & Deorum donis. Ut dubia sit ista sententia, & Cujac. ibi non malè tradat in *d. l. 1.* legendum esse, *Ad municipum quoque legata, non etiam ad ea, quæ Deo relinquuntur, Fucilidia pertinet*: quod idem & antè tradiderat in Notis *Instit. h. t. in fine*. Facit pro eo argumentum *l. si Sponsus 5 jure sup. de donat. inter virum & uxor.* Ut sit de jure veteri, jure novo plerique contendunt esse extra hanc deductionem legata Deo, Ecclesiis, pauperibus, in redemptionem captivorum, aliisque piis caussis, ut videre est apud Tiraq. in *Tract. De privil. pia caussa c. 26.* Probant hanc sententiam per *l. si quis ad declinandam 49. C. De Episc. & cleric. & Auth. Similiter. C. h. t.* Verùm etsi ratio id ipsam postulare videatur,* faciunt tamen loca allegata pro ista sententia eam dubiam: nam quantum ad *d. l. 49* illa potiùs contrarium insinuat, cùm Imp. ibi suadeat, ad evitandum Falcidiam, ipsam piam caussam esse scribendam hæredem: ut præsupponere videatur etiam in legatis piis esse locum deductioni, quia aliàs frustrà cautelam istam suaderet. Quantum ad *d. Auth. Similiter*, illa quidem expressè dicit, in legatis piis non esse locum Falcidiæ? sed parum respondet textui *Novell. de Eccle siast. tit. 13. §. fin. autem hæres*, ex qua desumpta est; cujus verba si penitus quis inspiciat, advertet, non tam indistinctè, quam tantum in pœnam contumaciæ & frustrationis in persolvendis legatis ea dici persolvenda, omni cessante Falcidiâ. Verùm ut ita de jure obtineat, in judicando tamen non est recedendum à communi sententia, ut videre est apud Tiraq. *d. loco.* Et facit argumentum à libertate, quæ cùm hoc mereatur, non est denegandum piæ caussæ. Vide Fachin. *5. Contr. c. 17.*

TITULUS III.

Si cui plus quàm per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur.

SUMMARIUM.

1. *Repeti quando & cur possit quod plus solutum quam ratio Falcidiæ fert.*
2. *Cautio eo nomine præstanda hæredi à legatario.*
3. *Effectus hujus satisdationis.*

Contingit plus legatum esse, quàm licuerit, 1 dubitarique, an Falcidia locum habere possit, ob legata conditionalia, quorum incertus eventus, aut etiam ob æs alienum latens, quod non tantùm partem legatorum reddi facit, verùm interdum & omnia, *l. 1. §. hac verba h. t.* Quo casu licet quod plus solutum, quàm ratio Falcidiæ fert, repeti possit, tamen quia fieri possit, ut legatarius, cui soluta integra legata, fiat non solvendo. * Rectè petitur ab eo interponi cau- 2 tio in securitatem hæredis, ut, si appareat eum àmplius legatorum nomine cepisse, quàm per legem Falcidiam capere licebat, quanti ea res erit tantam pecuniam det, dolusque malus abfuturus sit. Cautio hæc ut sit sufficiens, facienda est per fidejussorem, *l. 3. §. 1. h. t.* & quidem ab omnibus legatariis & fideicommissariis, *d. l. 3. §. quamvis*: remissa tamen iis, quibus minuta sunt relicta alimenta, *d. §. quamvis*, Fiscus quoque eam non patitur, cui nihilominus convenitur, perinde ac si cavisset, *d. l. 3. §. Idem sciendum*, ubi dicitur non tantùm, antequam solvantur, legata, sed & post ea soluta interponi posse, imò condici posse, ut cautio ista

ista interponatur; quasi plus sit solutum, ob omissam cautionem, *d.l 3. §. fin.* Solet & remitti hæc cautio ei, cui non est facilè etiam offerre, ne à petitione liberalitatis ex testamento submoveatur, *l. Cùm non facilè 6. h. t.* Exigenda & ab illo, qui legata percipere, & alimenta dispensare jussus, cùm & hæc patiantur Falcidiam; exceptâ tamen cautione, *Cessantium seu Deficientium portiones reddi*, ut quisque alimentarius decesserit, aut in civitate esse desierit, *l. Divus 7. h. t.* Unde sequitur, talem legatarium partes deficientium lucrari, nec hæredibus reddere cogi.

3 Effectus hujus satisdationis est, ut, si quid amplius legatorum nomine erogatum, ex caussis supervenientibus jam dictis, & aliis, de quibus hoc Tit. committatur stipulatio, & restituendum sit id, quod plus quam falcidia patitur, est erogatum. Nisi res legata perierit apud legatarium, cui exceptione succurrendum, *l. 1. in fine h. t.* Solet enim res perire suo domino; uti & creditori certæ speciei. Quod etiam procedit in casu, quo promisit, quanti ea res sit, *l. 1. h. t.* quod scilicet non debeat luere casum, qui per eum non stat. *l 2 sup. si quis cautionibus*, nisi dolus ejus arguatur, quem ut præstet, postulat æquitas, *l. 3. in princ. h. t.*

FINIS LIBRI XXXV.

HENRICI ZOESII J. C.

IN LIBRUM XXXVI.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

Ad Senatus consultum Trebellianum.

SUMMARIUM.

1. *Fideicommissum quid?*
2. *Fideicommittere potest, qui testari.*
3. *Fideicommissum quibus relinqui possit.*
4. *Potest relinqui incapaci ad restituendum capaci.*
5. *Fideicommissa relinquuntur testamentis & codicillis.*
6. *Quæ res relinqui per fideicommissum possint.*
7. *Non gravandus, qui non est honoratus, neque ultra, quam accepit.*
8. *Forma fideicommittendi.*
9. *Fideicommissum quotuplex.*
10. *Filius rogatus restituere non censetur alias gravatus, quàm si sine liberis moriatur.* Ad l. Cum avus De condit. & demonst. & l. Cùm acutissimi 30. C. de fideicom.
11. *Dispositione* d.l. 30. *continentur liberi vocati non extranei.*
12. *Continentur & naturales gravati.*
13. *Item legitimati, & nati in matrimonio putativo.*
14. *An & adrogati?*
15. *An & adoptivi?*
16. *Filio unà cum extraneo instituto & gravato, locum in illo habet conditio*, si sine liberis.
17. *Non etiam uxore institutâ & gravatâ per maritum.*
18. *Neque patre per filium instituto & gravato.*
19. *Cessat & in fratribus dispositio* d.l. 30.
20. *Substitutum qui liberi excludant.*
21. *Liberi nati vivo testatore an faciant deficere conditionem.*
22. *Liberi sint naturales & legitimi.*

23. Non

23. *Non legitimi tantum.*
24. *Legitimati per subsequens matrimonium prosunt quoque ad exclusionem substituti.*
25. *Non etiam aliis modis legitimati.*
26. *Liberi postea nati gravato sint superstites.*
27. *Ingressus in Religionem an faciat deficere conditionem, excluso per monasterium substitute?*
28. *Aliâ piâ caussâ substitutâ non est locus conditioni.*
29. *Lectio* Auth. Nisi rogati Cod. Ad S.C. Trebell.
30. *Ingressus non facit locum conditioni, nisi & professus.*
31. *Si non in fraudem substituti fuerit ingressus.*
32. *Fraus quomodo probetur.*
33. *Monasterium expressè per testatorem excludi potest.*
34. *Excluditur substitutus quilibet extraneus, uxor testatoris & e.natis liberis gravato.*
35. Conditio, si sine liberis, & *præsumpta mens testatoris habet locum in omni substitutione extra vulgarem.*
36. *Item in donatione mortis caussâ.*
37. *Et in donatione inter vivos.*
38. *Effectus fideicommissi.*
39. *Fideicommissi hodie in Belgio effectus non est, nisi eo in acta relato.*
40. *Heres monitus non restituens amittit lucrum hæreditatis.*
41. *Quibus ea tunc deferatur, & quo ordine.*
42. *Hæres quatenus cogi possit adire & restituere.*
43. *Effectus restitutionis.*
44. *Fideicommissa ex voluntate minus solemni.*
45. *Nisi hæres eam agnoverit, expressè vel tacitè.*
46. *Ex testamento imperfecto legatum unum solvens an ad reliquorum solutionem teneatur?*
47. *Intellectus* l. Item 7. §. pen. Ad S.C. Macedon.
48. *Legati unius partem solvens an & alteram partem solvere teneatur?*
49. *Legati annui præstatio certis annis facta an obliget in futurum?*
50. *Intellectus* l. Cum de in rem verso 6. De usuris.
51. L. 1. C. De fideicom. *an agat de præstando relicto in futurum?*
52. *Hæres certus de voluntate licet minùs solemni an teneatur præstare relictum.*
53. *Hæres rogatus restituere quod ex hæreditate supererit, quatenus alienare possit.*
54. *Rei subjecta restitutioni purè & simpliciter alienatio tenet, secus si sub conditione.*
55. *Fideicommissario vel Legatario adversus hujusmodi alienationem non currit præscriptio.*
56. *Emptor sciens rei gravamen repetit pretium.*
57. *Trebellianica non est subjecta huic prohibitioni.*
58. *Alienatio permissa liberis ex caussa dotis, donationisve propter nuptias.*
59. *Decisio* Auth. res quæ C. communia de leg. *an habeat locum extraneo rogato restituere?*
60. *Verba testatoris quoad restitutionem hæreditatis strictè accipienda.*
61. *Fructus percepti non veniunt in hanc restitutionem.*
62. *Rogatus restituere quando teneatur ad fructus.*
63. *Intellectus* l. Deducta 88. §. pen. h. t.
64. *Rogatus restituere quod ex hæreditate pervenit, ad quid teneatur.*
65. *Prohibitio de non alienando ex caussa valet.*
66. *Prohibitio hac impedit dominij translationem.*
67. *Pluribus rogatis non alienare, quam quisque partem alienare prohibeatur.*
68. *Alienatio intelligi debet voluntaria, non necessaria.*
69. *Prohibitio de non alienando non nocet fisco.*
70. *Nec doti aut donationi propter nuptias.*
71. *An noceat intranti Religionem.*
72. *Prohibitio hac an afficiat & hæredem hæredis?*
73. *Facta filiis non afficit nepotes.*
74. *Alienatio tenet, consentientibus illis, quorum respectu facta prohibitio.*
75. *Consentire videtur partem suam alienans.*
76. *Alienatio permissa, nullo de familia superstite.*
77. *Princeps non potest tollere prohibitionem.*
78. *Prohibitio ista quousq; duret.*
79. *Familia nomine quid veniat.*
80. *Quid nomine alienationis.*
81. *Locatio non venit alienationis nomine.*
82. *Institutio hæredis sub prohibita alienatione continetur, quatenus extranei vocantur.*
83. *Intellectus* l. Pater 38. §. duobus de leg. 3.
84. *Intellectus* d. l. 38. §. filiam.
85. *Intellectus* d. l. 38. §. fundum.

 86. *Olim*

Quemadmodum directis & civilibus sive imperativis verbis relinquantur res tum universales, tum singulares, ex dictis hactenus satis est colligere. Restat videre, quid juris sit in eis, quæ verbis obliquis sive precariis veluti *Rogo*, *Volo*, *Mando*, & similibus, relinquuntur, directis in eum, qui restituere quid rogatur, quod relicti genus Fideicommissum dicitur. * Nominis ratio ex re nata est, quod ejus, qui rogatur, fideicommittatur, restitutio, cujus pudore olim potius continebatur, quàm juris vinculo, ut pulcrè tradit Imp *Instit. De fideicomm. hared.*

2 Fidei committendi licentia est cuilibet, testari non prohibito, *l. 1. sup. De leg.* 1. Nam si testamento relinquantur, apertum est, nihil agi ab eo, qui testari nequit: si codicillis testamento confirmatis, idem dicendum: si ab intestato, etiam tunc exigitur, ut testamenti factio adsit fidei committenti. Ratio sumitur ex origine codicillorum, *instit. de codicill.* quæ est, ut qui de facto restari solemniter impediuntur, saltem minus solenniter codicillis voluntatem indicare possint; quod & insinuat. *l. 3. sup. De jure codicill.* Hinc filiusfamilias fideicommittere] nequit, quod testari sit prohibitus, *l. 1. §. 1. De leg 3.* licet donare mortis causâ possit: nam hoc conceditur etiam iis, qui testari nequeunt, & extra testamentum. Non fideicommittit etiam servus, errans in statu suo, captivus, deportatus; nam & his testamenti factio negata. Si tamen codicillos fecerint, & postea sui juris fiant, aut cives Romani civitatemve recuperent, valebunt in iis relicta, modò in eadem voluntate permaneant, *l. 1. §. 1. §. si quis planè sup. de legat 3.* ubi requirit Glossa aliquod novum judicium, secundùm *l. Tribunꝰ 20. §. 1. sup. De testam. milit.*] Ratio istius est, quòd codicilli nudâ voluntate convalescant, quod in testamentis se non probaturum dicit J. C. in *d. l. 1. §. 1.* in quibus rigorem juris sequimur, requiriturque duobus temporibus adsit testamenti factio, *l. 1. §. exigit. inf. De bon. poss. secun. tabb* Muto & surdo quatenus est testandi licentia, secundùm *l. Discretis 10. Cod. Qui testam. fac. poss.* ita & est facultas fideicommittendi.

3 Relinqui potest fideicommissum iis, cum quibus testamenti est factio, *§. legari Inst. De leg.* ab iis, ad quos morte ejus qui relinquit, aliquid est perventurum, *d. l. 1. §. sciendum*, etiam à muto, surdo absente, ignorante, *l. Cùm pater 77. §. surdo sup. De leg. 2.* Nec sine ratione, cum ad eos morte fideicommittentis commodum perveniat. Unde hæredem gravati posse certum est, item legatarium, & fideicommissarium, eumque cui mortis caussâ donatum, *d. l. 77. §. 1.* quia est instar legati, si effectum spectes, *l. inter inf. 38. de mort. causa donat.* Idem est in conjuge, cui à conjuge donatum, quod morte videtur confirmari, *l. Cùm hic status 32. §. sup. De donat. inter vir. & uxor.* Et denique ab omnibus, ad quos aliquid perventurum à defuncto, sive detur, sive non adimatur, id est sive ex testamento aliave ultima voluntate, sive ab intestato, *d. l. Sciendum.* Adeò ut etiam à debitore relinqui possit, *l. Si pecunia 77. & l. Si servus 18. §. qui margaritas de leg. 1.* si nimirum, quasi liberationem habens legatam, rogatus sit restituere id, quod ex debito ad eum pervenit. Cavendum tamen, ne fide tacitâ interposita rogetur quis restituere incapaci, uam id ipsum caperet fiscus, qua de re actum suprà, *tit. De his qua ut indignis aufer.*

4 Dubites hic, An rectè fideicommittatur incapaci ad restituendum capaci? Videri posset non rectè ita fideicommitti, ex eo, quod non fiat transitus per medium habile. Contrà tamen respon-

spondit J. C. in *l. sed si res 40. de legat. 1.* ubi etsi legatarius non habeat rei commercium, rogatus tamen fideicommissum præstare, tenetur, cui possidendi est jus: ita enim ibi legendum, ut monet Cujac. & vult sensus: non etiam negativè, *cui possidendi jus non est*. Idem habet textus in *l. Mortuo 49. de legat. 2. & in l. Multum interest 34. inf. de V. O.* ubi utilis est stipulatio, si stipulator habeat rei commercium, licet non habeat promissor, qua de re ibi latius agetur.

5 Relinquuntur fideicommissa & testamentis & codicillis, etiam ab intestato, *§. præterea Instit. De fideicommiss. hered. l. Recusare 6 §. 1. hoc tit.* nam ab instestato veniente, sive legitimo honorarioque jure, rogati videntur testituere, *d. §. 1.* Nihil obstante *§. in primis Inst d. tit.* qui videtur requirere, ut recto jure aliquis instituatur hæres: nam accipiendus de eo, qui testamento fideicommissum relinquere vult, cui necesse est hæredem instituat directis verbis, quem postea gravet. Non verò prohibet Imper. fideicommissa ab intestato relinqui, cùm postea id ipsum ibi permittat.

6 Relinquitur per fideicommissum res quælibet, sive nostra, sive hæredis, sive etiam aliena, ad instar legatorum, ex eadem ratione. Quomodo rectè quis rogatur, adità hæreditate rem suam alteri dare, servum suum vel alienum manumittere. Rectè etiam rogatur facere opus, uti monumentum, insulam. Quo casu cogitur rogatus ipse facere opus, quia ad id se obligavit adeundo vel acceptando relictum, non etiam liberatur dando interesse aut pecuniam illi, cui opus faciendum, *l. Fideicomm ssa 11. §. fin. de leg. 3.* Quod & obtinere in aliis faciendi obligationibus dicetur inferius suo loco.

7 Est autem observandum, ne gravetur non honoratus, *l. Ab eo 9. C. de fideicommiss* aut restituere rogetur ultra quam accepit. Neque enim debet quis in plus gravari, quam ad eum pervenerit ex hæreditate, *l. 1. §. si is qui 7. hoc tit.* cum ratio non ferat, ut quis de alieno sit liberalis. Quod verum est, quatenus quantitas cum quantitate confertur, *l. Imperat. 70. §. 1. de leg. 2.* Nam si pecunia accepta rogetur quis rem propriam, veluti domum, agrum, servum, licet majoris pretii, restituere, nō est audiendus, si legato percepto velit computare, *d. §. 1.* videtur enim voluntatem approbasse, & rem suam pluris non æstimasse, *l. Sed si 16. § 1. sup Ad Leg. Falcid.* Dico, suam; nam si alienam jubeatur restituere, contra est dicendum, eo quod non possit videri rem alienam pluris non æstimasse, cujus ignorat pretium, *l. 6. De fideicommiss. hæredi.* Suarez. *ad l. Quoniam 32. Ampl. 7 n. quinto Cod. De inoffic. testam.*

8 Ad formam quod attinet, non requiritur hic ulla solemnitas, cum fideicommissa relinquantur & epistola, & libello, imò & nutu, *l. Et in epistola Cod. De fideicommiss.* Oportet tamen testes adsint qninque, qui desiderantur in omni ultima voluntate minus solemni, adhibendi eodem tempore, ut evitetur subornatio, *l. fin. §. fin. C. De codicill.* excepto casu, *l. 8. C. de testam.* Alias ex imperfecta scriptura nihil debebitur, nisi gravatus voluntatem testatoris amplectatur, *l. si veritas 13. C. De fideicom* qua de re infrà.

9 Fideicommissum, aliud est universale, quo venit restituenda hæreditas, vel ejus pars, de quo hic; aliud singulare, quo res singulæ restituendæ veniunt, quod in plerisque legatorum naturam sequitur, & quæ de legatis dicta, huic rectè accommodantur. Aliud item expressum, aliud tacitum: aliud purum, aliud non purum, cui annexa conditio, vel dies, quo restitutio facienda, veluti post annos XXX. post mortem hæredis. Non obstante, quod hæredis institutio diem non admittat, quia non idem hic subest virium, cum non ponatur defunctus partim testatus, partim intestatus, quia fideicommissum præsupponit directum hæredem, quia etiam post restitutionem, totius licet hæreditatis, hæres manet, quia semel hæres non potest desinere esse hæres; *l. Et qui 88. in fine sup. De hæred. Inst.*

10 Notandum autem in casu, quo pater filium rogat restituere hæreditatem post mortem, non alias censeri eum fideicommisso onerasse, quam sine liberis moriatur, uti responsum est à Papiniano in *l. cùm avus 102. sup. de condit. & demonst.* cujus sententia probatur à Justiniano, in *l. Cum acutissimi 30. C. De fideicom* idque tum suadente ratione, quæ absurdum judicat extraneum præferri suis; tum conjectura & præsumpta voluntate testatoris, quæ facit non esse verosimile, testatorem, si de nepotibus cogitasset, fuisse gravaturum restitutione filium, *l. 6. §. 1. Cod. de Instit. & subst.* & alienas successiones suis præpositurum. *d. l. 30.* Quæ præsumptio est quidem juris, non tamen juris & de jure, ut proinde probationem in contrarium admittat. Ad majorem autem *d. l. Cùm avus & d. l. Cum acutissimi* explicationem, tria sunt notanda. I. In cujus gravati persona locum habeat casum dispositio. II.

Qui

Qui liberi faciant excludi substitutum. III. Qui substituti excludantur.

11 Quantum ad primum, locus est prædictæ dispositioni tantùm in liberis vocatis & rogatis, non etiam in extraneis, cùm ratio illius tantùm fundetur in pietate, quæ non respicitur quoad descendentes extraneorum. Jas. *d. §. 1. n. 6.* Liberorum loco non tantùm est nepos neptisve ex filio gravato aut filia, sed etiam proneptis, & deinceps. Nec tantùm respectu patris, qui oneravit, sed & matris, cùm & in hac sit pietas: ut etiam in emancipatis obtineat; cùm licet extra potesta-

12 tem positi, veri tamen sint filii. *Naturales quoque gravatos istâ dispositione contineri colligitur ex *d. l. 6. §. 1.* eadem pietatis ratione hic militante, quòd scilicet non possit intelligi pater relinquens filio naturali portionem suę substantię, fraudare voluisse ex eo natos portionis suæ emolumenta. Menoch. 4. *Præsumpt. cap. 89. n. 21.**

13 Quod multò magis procedet in legitimatis, cùm tales sint ad instar legitimorum. Habebit etiam locum in natis ex matrimonio putativo, quod licet contractum coram parocho & ex testibus, non subsistit tamen ob impedimentum Canonicum, quod quia utrumque vel alterum saltem latet, ejus ignorantia faciet natos haberi loco legitimorum filiorum, *c. pen. X. Qui filii sint legitimi.* Quod & dicetur, si adjecta fuerit expressa conditio, *si sine liberis*, nisi testator addiderit *ex vero matrimonio natis*: tunc enim tales liberi excludentur, cùm non possint dici nati ex vero matrimonio. Menoch. *d. c. 89. n. 7.*

14 In adrogato filio idem procedere negat Mantica *lib. 10. De conject. ult. volunt. t. 18. numer. 19.* quod in eo deficiat & ratio affectus naturalis, in quo fundatur dicta decisio, solaque potestas, quæ ponit vinculum civile, non sufficiat. Rectiùs tamen dixerit quis, cum Menochio, *d. c. 89. num. 2.* adrogato idem concedi, ob potestatem, quæ facit operari exclusionem substituti, in casu, quo liberos reliquit adrogatus post mortem gravatus.

15 De adoptivo dubium est, non à patre naturali, cùm in hoc & naturalia & civilia jura caussent affectum, ut obtineat decisio, sed ab extraneo. In quo licet Menoch. *d. loco n. 32.* idem velit obtinere, quod in adrogato, videtur tamen mihi probabilior opinio Manticæ, *d. loco n. 20. & seqq.* scilicet non obtinere in eo dictam decisionem. Nam licet adoptans ostenderit affectum suum erga adoptivum, eum instituendo, non tamen gravando post mortem vult liberos ejus præferri substituto, neque naturali, neque civili ratione suffragante, cùm istis modis adoptio non subjiciat potestati patris, adoptantis adoptatum, nec dissolvat jus potestatis patris naturalis: ut, cum omninò sit extraneus, idem in eo, quod in extraneo sit statuendum, rogato restituere post mortem, cùm & affectio quædam sit erga talem extraneum. In quo tamen non intelligitur ista conditio, *si sine liberis*, cùm dictæ leges loquantur de liberis gravatis. Idem sentiendum de filio spirituali instituto & gravato: quod scilicet & in eo cesset dicta conditio.

16 Quid si filium & extraneum testator instituerit heredem cum isto gravamine? Probabilius est, etiam eo casu esse locum conditioni, quòd adjuncta persona non faciat cessare pietatem paternam, nec prædictam conjecturam; neque implicet conjunctos diverso jure censeri, quando est ratio in altero singulare quid exigens, quæ in altero cessat, *arg. l. Si Titius 48 inf. De fidejussoribus*, ubi non impeditur beneficium Vellejani mulieri competens, quòd cum viro intercesserit, nec minor restitutionis privatur beneficio, quòd intervenerit cum majore: & *arg. l. 8. C. Ad S. C. Vellejan.* ubi filiæ non prohibentur uti beneficio Vellejani, quòd unà cum aliis paternam susceperint obligationem. Atque hanc opinionem propugnat Menoch. *d. Præsumpt. 89. num. 82.*

17 De uxore dubitatum. Verùm cùm & hæc sit extranea suo marito, videtur in ea instituta & gravata post mortem per maritum, non habere locum ista conditio, etiam quoad liberos ex eo matrimonio natos, cùm dicti textus tantum loquantur de liberis institutis & gravatis, ut ad uxorem decisio illorum non pertineat. Et ita habet communis opinio, ut videre est apud Manticam, *d. t. 18. num. 27.* & Menoch. *d. loco num. 62.* Quamvis in contrarium urgeat ratio *d. l. 30.* quòd testator non videatur extraneos anteponere voluisse suis liberis. Habebunt tamen eo casu liberi præteriti jus dicendi testamentum paternum nullum, exhæredati verò querelam proponendo tabulas everrent.

18 Non habet etiam locum conditio ista in patre per filium instituto, cum tali gravamine: cùm ratio prædicta non respiciat personam instituti, sed liberorum, qui aliàs contra paternam pietatem manerent privati. Quæ ratio hic non ha-

habet locum, cum ex testatore nati dici nequeant nati ex patre ejus, Suarez *ad l. Quoniam* 32 *Ampliat.*16.*num.*3. *C. De inoffic. testam.* * Unde & in fratre cessabit dispositio *d. l.* 30. ob cessantem rationem pietatis. *l. Hoc colore ubi Gloss sup. De inoff. testam* & quia successionis ratio, de qua in *d.l* 30. non habeat locum in fratribus, cum posteritas unius non possit dici successio alterius. Menoch. *d. loco num.*54. Grassus, *§. Fideicommissum quaest.* 23. *&* 24.

19

20 Quantum ad secundum, scilicet exclusionem substituti fideicommissarii, liberorum nomine veniunt hoc loco non tantum nepotes, sed & pronepotes, aliique descendentes, sive masculi sive fœminae: nam in his omnibus obtinet praedicta ratio & conjectura pietatis, quòd scilicet affectus in eos major sit quàm in extraneos.

21 De eo dubitatum, An liberi jam nati faciant locum isti conditioni? Quod posset videri; quia non minor in jam natos, quàm nascituros praesumatur affectus, & non minus illos, quàm hos dilexisse, in eosque pius fuisse censeatur testator, non distinguendo inter masculos & fœminas. Quae opinio rectè procedit, si testator ignoraverit liberos natos esse gravato: nam si scivèrit, posset non immeritò dubitari de ista opinione. Pro qua licet videatur stare aequitas & ratio in *d. l.* 30. expressa, quam & benigniorem vocat Menoch. *d. loco n.* 77. contraria tamen videtur probabilior, propterea quod in *l.*6 *§. cum autem Cod. De instit. & substitut. sub condit.* dicatur, *Si pater efficiatur*; & postea *non esse verosimile, patrem, si de nepotibus cogitasset, talem fecisse substitutionem.* Quae ratio non habet locum in testatore, qui filio gravato scivit esse liberos, quorum si rationem habere voluisset, eos instituere aut substituere nominatim potuisset. Ut nihil obstet generalitas *d. l.* 30. qua dicitur in casu quo filius gravatus cum liberis decedit, non censeri gravatum: neque enim potest hoc referri ad liberos jam natos, quasi & illos relinquens debeat censeri non gravatus, ex conjectura voluntatis; nam generalitas ista restringenda ad casum *d.l Cum avus*, cujus mentio fit in *d.l.*30. *& d. l.*6 in quibus continetur distinctio inter natos & nasciturós. Castrensis *ad d. §. cum autem num.*6. Gomez.1. *Var. cap.*5.*num.*36. Cujac. *ad d l. Cum avus lib.*9. *Respons. Papiniani*, Fachin. 4 *contr. c.*50.

22 Dictum de liberis accipiendum de liberis naturalibus justis seu legitimis, non etiam de naturalibus tantùm, per *d. §. cum autem*, in cujus fine fit mentio justorum liberorum. Facit argumentum *l. Si totas* 5. *Cod. De inoff. donat.* ubi non prosunt liberi naturales. Facit & quòd praesumptio circa testatoris cogitationem de liberis versetur circa liberos justos, non autem naturales. Quae interpretatio est honesta, ne videatur aliàs testator invitare ad delinquendum: nisi tamen aliter pateat de ejus voluntate, *l. Ex facto* 17. *§ si quis rogatus hoc tit.* Coras. 1. *Miscell. cap.*7. Fachin 4 *Contr. cap.*10. Forster. *De success. ab intest. lib.*6. *cap* 15. *& seqq.*

23 Legitimos tantùm non venire verius est; nam aliàs in potestate esset gravati ludere testatorem; & hoc expressum est in *l. Fideicommissum* 75. *sup. De condit. & demonstrat. & l. Si ita quis* 51 *in fine. De leg.* 2, ubi Sarmient. *in pr, lib.*8. *Select. Interpret.*

24 Legitimatos per subsequens matrimonium venire extra dubium est, cùm habeantur loco legitimenatorum, quoad omnia *cap. Tanta* ꝗ *Qui filii sint legit.* Quod procedit, etiamsi in articulo mortis inter parentes matrimonium sit initum, cùm istud nihilominùs valide contrahitur. Unde non rectè quis objiciet, animo fraudandi substitutum matrimonium illud initum esse; cùm non possit dici verè aliquem fraudare, qui jure suo utitur, actumque gerit lege permissum, ut nulla possit dici facta injuria substituto. Facit, quod, cum jure tale matrimonium teneat, non sint restringendi ejus effectus. Sarmient. *lib.*1. *Select. Interp. c.*6 *n.*8, *& lib* 7 *c.*4. Covar. *De matrim. p.*2. *c.*8. *§.*1. *n.*2. Menoch. 4. *Praesumpt. c.*81 *n.*28.

25 Quoad eos verò, qui aliis modis legitimantur, non procedit istae effectus, ne in potestate sit gravati illudere dispositioni. Quod & procedit in conditione expressa, *Si sine liberis ex justo matrimonio natis*, cum subsequens matrimonium faciat antè natos haberi quasi natos legitimè ab initio, *d. c. Tanta.*

26 Quod dictum de liberis, non satis est, si postea nati sint gravato, sed debent ei esse superstites, ut operetur conditio: nam ut expressa conditio, *Si sine liberis*, est permanens, ita & haec tacita, quae facit considerari defectum liberorum quandocunque advenientem ante mortem gravati, *d. l. Ex facto* 17. *§ pen. hoc tit.*

27 An ingressus in Religionem faciat dictam conditionem deficere? Ventilata est quaestio; Nam non pauci volunt cessare conditionem, & substitutum eo casu excludi per Monasterium, *Auth. Nisi rogati Cod. eod.* Ubi nomine liberorum, qui sunt positi in conditione, venit Monasterium, quod qui rogatus ingressus est, quod praesumatur

quasi à legatario relictum, *l. Facta 63. §. si cum suspectam inf. Ad S. C. Trebell.* II. * Quando hæres rogatus restituere hæreditatem Titio, eo quoque rogato restituere, poterit hic detrahere quartam, si primus hæres in gratiam fideicommissarii eam non detraxerit. Nisi tamen & ipse fideicommissarius rogatus sit totam hæreditatem restituere. *l. 1. § unde Neratius inf. eod. tit.* Nam licet primo hæredi de jure antiquo non potuerit prohiberi deductio, poterat tamen fideicommissario isto in casu deductio prohiberi, etiam tacitè, cum lex communiter ipsi non permittat deductionem, ex ratione jam dicta. * Non obstat, *l. Pœnales 32. §. fin. h. t.* ubi & legatario permittitur pro portione tantum detrahere, quantum detraxit hæres nomine quartæ, idque ex æquitate, & dicitur ibidem id rationem habere. Verùm hoc ita, non vi aut jure Falcidiæ, ut patet ex verbis, *Nec quia ex sua persona legatarius inducere Falcidiam non possit*, sed ex præsumpta voluntate, in *d. §. fin.* statui tradunt Glossa, Bart. Castren Goveanus: qui inde ex eo colligunt, quòd ibi Titius legatarius, cui ex viginti legatis sunt concessa quinque, rogatus sit restituere quindecim, ut exemplo hæredis legatarius ad ea præstanda obligetur, & quasi hæres quartam deducat, non deducturus eamdem, si omnia rogatus fuisset restituere, *d. §. fin.* Atque hæc ita ex præsumpta voluntate testatoris; quæ si contraria appareat, aliud dicendum erit. Unde in *d. l. 32. in fine* post prædictam decisionem subjungitur, *Nisi fortè testator ita fidei ejus commisisset, ut totum, quidquid ex testamento cepisset, restitueret.* Cessat enim præsumpta voluntas, ubi aliter de mente constat: certum autem est, legatarium rogatum restituere tanto minus præstare ipsi fideicommissario, quanto minùs sibi præstitum; neque enim æquum est, ipse damnum subeat, *l. facta 93. si Titius inf. Ad S. C. Trebell l. Plautius 43. sup. De condit & demonstrat.*

13 Hæredi itaque ultra dodrantem gravato tantùm est licitum legatariis detrahere portionem. Ubi ne quidem pater excipiendus, cui filius, alio instituto hærede, legata reliquit, *l. Pater 28. h. t.* neque enim conjunctioni aut necessitudini hac in re quid tributum, quòd hæredis instituti favor redundet in favorem testatoris, secundum jam dicta.

14 De patre dubitari posset, qui castrense filii peculium, ab intestato decedentis occupavit, cujus fidei filius in codicillis commisit alteri post mortem restituere, an detrahat Falcidiam. Dubitandi caussa in eo est, quod licet filiusfam. testamenta rium hæredem habere possit, *l. proponebatur 9. inf. De castrensi pecul.* intestatus tamen non habeat patrem legitimum hæredem, cui bona ejus non tanquam hæreditas, sed quasi peculium deferuntur, *l. 2. & penult. § pater d. tit.* ut videatur exerceri Falcidia à patre rogato restituere codicillis ab intestato non posse, quòd ejus detractio, secundum dicta tantùm detur hæredi, qualis non est pater. Nec huic contrarium est, inquit J. C. in *l. Filiusfam. 18. hoc t.* quòd in testamento ejus, qui apud hostes decessit, exerceatur Falcidia, *l. 1. §. 1. hoc tit.* cujus tamen nulla hæreditas, nullus hæres, quia decesserit servus; cum hoc ita fiat quod lege Corneliâ fingatur captus decessisse ipso momento captivitatis, & ita liber homo, ut hæreditatem & hæredem habeat. Addit tamen J. C. in *d. l. 18.* se non dubitare hoc quoque beneficium indulgere patri, & Falcidiæ locum esse factum à divo Pio etiam in successionibus intestatorum, cum quasi legitimus hæres filii hæreditatem restituat rogatus codicillis, ut merito ei omnia concedantur quæ hæredi competunt.

15 Deductio hæc tantum est partis quartæ, quam tantum salvam vult ex Falcidia, libertate concessâ testatori circa dodrantem, quod jure Digestorum & Codicis est extra controversiam. De jure novissimo novitia quædam ingenia mutationem inductam volunt, & vel trientem vel semissem hodie esse, *arg. Nov. de triente & semisse 18.* ubi ea mutationis in legitima est statuta per Justinianum: quæ opinio fuisse videtur Græcorum Interpretum, ut constat ex Epitome Harmenopuli, *lib. 5. t. 9. in princ.* quam sequitur Goveanus, *2. Var Lect. c. & ad l. 7. n. 36. & 37. sup. De vulg. & pupil. substit.* Verum paucis ea sententia probata: & merito, cum Novella ista loquatur de legitima liberis debita, in quorum favorum istud augmentum est inductum, ex magna humanitatis ratione, quod iis pluribus concurrentibus exigua portio salva esset in bonis parentis, quam ita augere oportuit. Ut, cum eadem ratio non militet in Falcidia, quæ legitimæ nomine non comprehenditur, & locum habet in extraneo hærede, non fit, quod innovatio circa legitimam trahatur ad Falcidiam. Deinde *d. Nov. 18.* loquitur de exclusione querela, ut nequeat aptari iis, quibus non est querela: ut sunt externi. Non sumitur autem idonea ratio pro hac sententia ex *Nov. De immens. donationib. 92.* in cujus principio ait Imp. se Falcidiam non ignobili incremento auxisse, intelligens augmentum, quod in legitima statuit *d. Nov. 18.* quia nomine Falcidiæ ge-

generaliter designatur quælibet quarta, etiamsi per eam non sit inducta, & hoc pro materia subjecta, quæ in dicta *Nov. 92.* indicat legitimam notari, cum agatur de liberis Viglius *in §. si quis n. 7. & 8. Instit. Quib. mod. testamen. infirm.* Gudelinus *de Iure noviss. lib. 2. c. 11. n. 7.*

16 In ponenda ratione hujus quartæ inspicienda bonorum quantitas, quæ fuit tempore mortis, quia tunc cedit legati dies, idest, legatariis ad legata jus quæritur, quę proinde tanta tunc debentur, quanta tunc sunt, *Inst. eod. §. quantitas*, ut quod postea accrevit, vel decrevit, hæredi sit damno aut commodo, legatariis autem nec prosit nec noceat. Cui tamen consultius pacifcentur cum hærede de certa portione, in casu, quo bona decreverint, ut saltem partem legatorum consequantur, ne alias hærede recusante adire, quia nullam videat emolumenti spem, toto careant.

17 Certa autem quantitas ponenda, cum certa sit Falcidia; certum autem ab incerto detrahi nequeat, quod nulla inter ea sit proportio. Deducendum ante initam rationem omne æs alienum *§. cum autem Instit. eod.* Debentur enim legata tantum ex bonis; bona verò non intelliguntur nisi ea, quæ supersunt, deducto ære alieno, *l. circa 60. §. 1. h. t.* Unde si substantiæ fines occupaverit æs alienum, ut legata non dentur, ita nec Falcidiæ movetur quæstio, *l. Successores 16. Cod. hoc tit.*

18 Quod intelligendum non tantum, si alii debebat defunctus, verum & si ipsi hæredi, non obstante confusione, *l. 6. C. hoc tit.* quia illa non facit, quo minus fuerit in hæreditate. Uti è contra in casu, quo debitor est creditori hæres, confusio non facit, quin locupletiorem percipiat hæreditatem, atque ita computandum ei sit, quod debet, *l. 1 §. si debitor pen. hoc tit.* Hinc nepos avi hæres quod avus ex causa tutelæ debuit deducit, *l. quod bonis 15. §. quod avus hoc tit.* Quo spectat decisio *l. Pater 54. h. t.* ubi filii a patre instituti hæredes, quoad fundum, quem is, prohibitus extra familiam alienare, alienavit, creditores esse dicuntur, atque ita eum deducunt tamquam sibi debitum, nec imputant in Falcidiam. Sic & emptor, si existat venditori hæres, ratione rei evictæ simplum deducet, & quidem ex benignitate, etiamsi convenerit duplum præstari, ut respondit Paulus in *l. Cum emptor 48. h. t.* Uti & contra idem obtinet in venditore hærede emptoris, ut non duplum, sed simplum ponat locupletiorem, tamquam ejus debitor, *d. §. si debitor.*

19 Ad quantitatem bonorum ut ea, quæ in bonis sunt, faciant oportet talia sint, quæ sint mansura, cùm alias quasi non relicta videantur: uti in statu libero responsum est in *l. Statu liber. 38. h. t.* ubi dicitur talis non augere familiam, quòd conditione existente perinde habeatur, quasi in bonis non fuisset. Ubi nihil faciet, quòd ante conditionem impletam vitâ decesserit, modò conditio postea impleatur; nam si deficiat, hæredi periisse dicendus, quia defectus conditionis facit eum semper in bonis testatoris fuisse, ut bonorum auxerit, *l. in ratione 11. §. h. t.* Sic & pars bonorum hæredi postea ablata, etsi mortis tempore in bonis testatoris fuerit, non est computanda, modò tempore mortis in ea fuerit caussa, ut, etiamsi viveret testator, auferri ei potuerit, *d. l. 11. §. Imperator.* Spectanda enim caussa, non etiam ademptio. E converso quæ necdum in bonis sunt, augebunt tamen quantitatem, si talia sint, ut exigi possit, *l. Pretia 63 §. pen. h. t.* neque enim is actionem habere videtur, cui illa inanis futura, ob inopiam debitoris, *l. 8. sup. De dolo.* Quòd si postea debitor auctis facultatibus solvendo fiat ex eventu, ejusmodi nomen augebit hæreditatem, *l. Cum quo 56. §. 1. h. t.*

20 De duobus reis stipulandi quæstio movetur, an altero decedente ejus hæres solidam obligationem imputare debeat? Ratio dubitandi in eo est quod in solidum quisque agere posset, ut dicetur infra *ad tit. De duobus reis constituendis.* Distinguit JC. & respondet tantum dimidiam partem ei imputandum esse, si socii fuerint, secundum ea, quæ traduntur *d. tit.* Si verò non fuerint socii, cum melior sit caussa possidentis in hac stipulatione, *l. Ex duobus 10. d. tit.* si præoccupaverit hæres, eique soluta sit tota summa, augebit illa quantitatem hæreditatis: e contra, si alter præoccupaverit Ita Ulpian. in *l. in lege. Falcidia 62. h. t.* qui eadem distinctione utendum censet in hærede alterius ex duobus reis promittendi, ut si socii fuerint, tantùm dimidiam partem æris alieni loco deducat hæres; si verò socii non fuerint, expectandus sit eventus: ut si solidum ab eo petatur, solidum deducat, si verò ab altero, nihil deducat.

21 Æris alieni loco sunt pretia servorum manumissorum, sive etiam supplicio affectorum, *§. cum autem Inst. eod. l. sed si 36 l. Æris alieni 39. h. t.* quia cùm hæreditatem minuant, meritò deducuntur. Æstimanda autem non secundum privatum affectum, aut utilitatem, sed communem, *d. l. Pretia 63. h. t.* Ejusdem ordinis est impensa funeris

netis, quæ etiam omne creditum præcedere solet, *l. pen. sup. De religios. & sumptib. funerum.*

22 Itaque deductis iis, quæ spectant ad æs alienum, ex eo, quod reliquum est, videndum, an legatis solutis tantum sit reliquum, quod Falcidiam adæquet, cujus alias deductio facienda, secundum ordinem traditum, *Instit. eod. in fine & in l. in quantitate 77. in fine h. t.* scil. ut, quod plus legatum, quam in bonis est, prius deducatur, deinde ex reliquis ad salvandam Falcidiam pro rata portione singulis legatariis detrahatur.

23 * Ut videatur plerisq; hæc quarta esse potius bonorum pars, quam hæreditatis, quæ continet commoda & incommoda; bona autem tantum judicentur ea, quæ deductis expensis supersunt, *l. Subsignatum §. inf. De V. S.* Rectius tamen dixeris & ista bona pertinere ad hæreditatem, cum deductio æris alieni non faciat, ea quæ supersunt, minus spectare ad hæreditatem, nec æris alieni persolutio faciat desidere hæredem esse, Grassus *§. Legitima quæst. 1. n. 2.*

24 Deductio autem facienda à singulis gravatis hæredibus: neque enim quòd alterius pars sit intacta, faciet legatarios solidum consequi, *l. in singulis 77. h. t.* cum ratio non habeatur totius patrimonii, sed portionis cujusque: videtur enim testator tot constituisse hæreditates, quod reliquit hæredes. Unde si alterius pars sit intacta, alterius autem prægravata legatis, non ideo minus in parte gravati Falcidiæ locus erit, cujus deductionem rectè intentat gravatus, *d. l. 77.* Quod ita procedit citra difficultatem, quando uterque hæres pro portione sua agnoscit.

25 Quando autem alter omittit, distinctione utendum est. Nam si portioni oneratæ accedat portio integra & non onerata, cessat Falcidia quoad portionem oneratam. Cujus Ratio est, quod confusio utriusque semissis efficiat, ut circa legem Falcidiam totius assis ratio habeatur, qui totus ad alterum pervenit, ut non possit videri oneratus ultra dodrantem, imò semis illi sit integer, ut legata solida à se relicta præstet, *l. quod si alterutro 78. hoc tit.* Quod si portio exhausta accedat integræ, non esse locum contributioni, sed separatam haberi rationem portionis exhaustæ, & legatorum ab ea relictorum, responsum in *d. l. 78. in fine.* Cui objicitur *l. 1. §. si cohæredis. 14. h. t.*

26 * Ubi dicitur Antonius in ista posteriori specie judicasse, commiscendas esse utrasque partes in computatione legis Falcidiæ. Ubi legendum esse in fine, *non commiscendas*, vult ipse contextus & ratio: nam Paulus, post improbatam sententiam Cassii, qui partes confundendas esse existimarat, & probatam sententiam Proculi ac Juliani, qui asserebat non esse confundendas, quod & ipse probabilius judicat, subjungit sententiam Antonini, non in confirmationem sententiæ Cassii improbatæ, sed (quod est omninò probabile, imò necessarium) in suæ sententiæ probationem. Unde legendum ibi, uti dictum, *non commiscendas*, quod & vult particula, *Sed &*, quæ includit casum eundem cum præcedenti. Et certè frustra probabiliorem sententiam diceret, quæ est improbata ab Imp. ejusque decreto contrario. Cujac. 4. *Obs. cap. 35.*

27 Et hoc ita in cohærede. Aliud statuitur in substituto, non quatenus parti oneratæ accedit non onerata, quia in ea idem obtinet, quod jam dictum, sed in casu, quo onerata accedit integræ & non oneratæ. Distinguit enim Julianus inter substitutionem pupillarem & vulgarem in *l. Qui fundum 87. §. qui filium h. t.* ubi talem casum proponit: pater instituit filium hæredem in semisse, deditque illi cohæredem Titium, eundemque substituit pupillariter. Et ait Julianus distinguendum esse, filius, qui ante pubertatem decessit, extiterit patri hæres, necne. In casu, quo non extitit hæres, vult duos semisses confundi, & totam hæreditatem ad extraneum cohæredem & substitutum pertinere: ideoque in ponenda legis Falcidiæ ratione haberi debere rationem totius assis, quod is totus ad istum pervenerit. Ut, licet pars alii sit exhausta legatis, integra tamen legata sint persolvenda, cum illi supersit alter semis integer, & hæres sit patris ex vulgari substitutione subintellecta sub pupillari. Si vero pupillus adiverit, & ex semisse patri extiterit hæres, non vult haberi rationem assis, sed semissis tantum ex quo filius, est scriptus hæres, & ipse substitutus est hæres filii ex substitutione pupillari. Unde quod juris habet filius in detrahenda quarta portioni suæ legatis exhaustæ, idem etiam habebit substitutus: ut eo casu non debeat fieri confusio portionum, cum ad legata non maneat obligatus suo nomine, sed defuncti pupilli, & qui ita non amplius quàm semissis dodrantem præstare habebit necesse. quod si portio exhausta accesserit oneratæ, utriusque Falcidiæ rationem habendam esse respondit idem Julianus in *d. l. 87. §. fin.* ut ex utraque debeat superesse salva quarta hæredi.

28 Hæc ita, si Falcidiæ locus fuerit, cujus deductio aliquot casibus cessat. Primò, Ratione privile-

vilegii, ut in milite, cujus sola voluntas sufficit, nulla habitâ ratione solemnium civilium, à quibus solutus est, quatenus testatur militariter, *l.7. Cod.h.t.* Nam si jure communi, erit locus deductioni quartæ Secundò, Jure comuni, idque vel ex facto testatoris, vel hæredis, vel conditione rei legatæ.

29 Facto testatoris cessat, quando non ignarus, quis sit modus patrimonii sui prohibet nominatim quartæ hujus deductionem, *Auth. Sed cum testator C. h. t.* Qua in re recessum à jure veteri, quo detractionis prohibitio non erat concessa testatori, *l. Quod bonis 15. §. 4. h. t.* ex ratione, quòd esset juris communis præceptum detrahendi, cui obviare nequit privatus, *l. Nemo. 55. De leg. 1.* Cui non obstat, quod habetur in *l. Si debitor 12. h. t.* ubi creditor hæres à debitore institutus, & rogatus, ne creditum legatariis suis reputet, reputare volens exceptione doli rejicitur: nam ibi non tam prohibetur detractio cum effectu, quàm compensandi causâ debitum cum credito, hæredem instituit debitor, idcoque non deducit legatariis suum creditum, sed legata integrè solvit; ut ea species non pertineat ad prohibitionem legis Falcidiæ de jure veteri inhibitam. Ratio corrigendi juris veteris in eo sita est, quòd rata & inviolata sit servanda testatoris voluntas, *Nov. 1. §. si verò expressim*, ubi dicitur esse viva legis dispositio, ut, quæ sunt disposita à morientibus, impleantur. Non obstat, quòd ejusmodi immutatio faciat rem ad antiquum statum deduci, & ultimas voluntates intercidere, nullo adire volente: nam huic malo subvenit Justinianus in casu recusantis hæredis adire admittendo substitutos, legatarios, fideicommissarios, venientes ab intestato, & fiscum; & hoc, ut salventur relicta.

30 Debet autem ista prohibitio fieri expressim, cùm id ipsum desideret *d. Nov. 1. §. si verò expressim*: legi enim corrigenti, quæ desideat aliquid expressim fieri, non fit satis, nisi singularibus verbis exprimatur, *arg. l. si quis 22. De legat. 3.* Menoch. *1. Præsumpt. c. 45. n. 15.* Sarmient. *Select. Interp. lib. 2 c. 7. n. 11.* Expressim quin censeatur facta prohibitio per verba, *Nolo detrahat Falcidiam, Volo ut re certâ sit contentus, Vltrà non petas*, non est dubitandum.

31 Verùm controvertitur, An si testator jusserit tota, omnia, integra sine diminutione legata præstari, censeatur prohibuisse detractionem? Quod plerisque placet, quos citat Mantica *de conject. ultim. volunt. lib. 17. cap. 9.* Fachin. *5. Controv. cap. 15.* Nituntur argumento *l. Decem 6. in fine ubi Glossa inf. de fideicommiss. libert. & l. fin. C h. t.* Sed neutra ad rem facit; ut probalior sit & textui conformior sententia, istiusmodi verba generalia non sufficere ad prohibitionem hujus quartæ; cùm non sint expressa, uti textus requirit, & admittant explicationem, *quatenus in bonis est, salva Falcidia hæredi.* Videtur enim testator legi se conformare, nisi expressè ab ea recedat: alias videtur præsumpsisse, plus se in bonis habere, quàm habet, juxta *§. in fraudem Instit. Quib. manumit. non licet.* Ut etiam præsumatur secundùm ista generalia verba, non velle præjudicare Falcidiæ, ut rectè tradit Sarmientus *d cap. 7. n. 2.* Facit, eo *d. Nov. 1. §. hæc autem dicimus*, ubi cùm disposuisset Imp. de detrahenda Falcidia, subjicit, hoc ita statui; ubi errans testator de sua substantia hoc agit, aut fortè cum debuisset ampliorem quantitatem hæredi relinquere, pro minori disposuit: etenim hoc errantis est sententiæ, & non puræ & integræ designationis, ut non officiat hæredi subjungi deinde, aliud esse, si expresse detractionem prohibuerit. Si tamen cum generalibus verbis alia concurrant, quæ expressam prohibitionem indicent, aliud est dicendum, Vid. Grassus *§. Trebellianica q. 8.* Guido Papæ *q. 53.*

32 Testatoris etiam facto videtur cessare Falcidia quoad ea, quæ imputantur in ipsum, qualia sunt, quæ judicio testatoris ad hæredem pervenerunt, non simpliciter, sed jure hæreditario, & tamquam ad hæredem, non etiam quæ alio jure, *l. quod autem 74. h. t.* ubi non solùm inspicitur, quid præsenti tempore sit penes hæredem ex hæreditate, sed & quod penes eum erit. Hinc legata, quæ non capiuntur à legatariis, ut in hæreditate manentia imputanda sunt, *l Id autem 76 in fine h. t.* quòd apud hæredem hæreditario jure residere videantur. Unde, inquit Celsus in *l Non est dubium 50. h. t.* non esse dubium, quin ea legata, à quibus hæres submovere petitionem potest exceptione in quartam imputentur, nec cætera legata minuant, ex ratione, quam subjungit, proxima *l. 51.* quòd non intersit, utrum ab initio quasi inutile fuerit, an ex accidente postea in eum casum pervenerit legatum, ut actio denegetur,

33 Sic & fructus rei legatæ sub conditione, vel in diem, faciunt minui detractionem, quòd capiantur ex bonis testatoris usque ad evenientem conditionem, aut diem, *l. Falcidia 45. l. Circa 6. h. t.* Sic tamen in quartam imputantur, si in bonis defuncti fuerint tempore mortis; nam quod post mortem accidit, extra rationem patrimonii habetur.

34 Hinc legitimæ nomine accepta imputanda e-

conditione, ut diminutionem non patiatur, *Auth. sed & in ea re C. h. t.* eò quòd per prohibitam alienationem testator voluerit manere in familia integram, ut nequeat admitti detractio contra voluntatem ejus, quæ rem afficit, *l. fin. C. De reb. alien. non alienam.* Libertas ut sit extra de ductionem, meretur ejus favor, *l. 8. §. 4. sup. De inoffic. testam.* favor enim libertatis sæpè & aliàs benigniores sententias exprimit, *l. Pœnales 32 in fine*

44 *h. t.* * Alimenta, etiam si favorabilia sint, non tamen legata sunt extra hanc diminutionem, *l. Hæreditatum 68. l. Divi 89. h. t.* uti nec legata Principi, ut placuit Adriano, *l 4. C. h. t.* nam licet Princeps sit solutus legibus, utitur tamen jure communi, nisi quid singulariter sit exceptum. Ejusdem ordinis sunt municipes, nam & his legata Falcidiam patiuntur, *l. 1. §. ad municipatum 5. h. t.*

45 Quæstio est de legatis relictis in piam caussam, an patiantur hanc deductionem? Ubi distinguunt aliqui inter jus antiquum & novum; illo detrahi potuisse, non hoc. Prius probant per *d. §. ad municipum*, ubi dicitur, legem Falcidiam pertinere etiam ad ea, quæ Deo relinquuntur. Qui textus accipiendus de iis Diis, qui hæredes institui potetant, quos certos fuisse tradit Ulp. in *frag. tit 22.* Verùm lectio istius *§. ad municipium* videtur dubia ob locum Pauli *4. Sent. cap 3.* ubi disertè tradit Falcidiæ non esse locum, nisi deducto ære alieno, & Deorum donis. Ut dubia sit ista sententia, & Cujac. ibi non malè tradat in *d. l. 1.* legendum esse, *Ad municipum quoque legata. non etiam ad ea, quæ Deo relinquuntur, Falcidia pertinet*: quod idem & antè tradiderat in Notis *Instit. h. t. in fin a.* Facit pro eo argumentum *l. si Sponsus § jure sup. de donat. inter virum & uxor.* Ut sit de jure veteri, jure novo plerique contendunt esse extra hanc deductionem legata Deo, Ecclesiis, pauperibus, in redemptionem captivorum, aliisque piis caussis, ut videre est apud Tiraq. in *Tract. De privil. pia caussa c. 26.* Probant hanc sententiam per *l. si quis ad declinandam 49. C. De Episc. & cleric. & Auth. Similiter. C. h. t.* Verùm etsi ratio idipsam postulare videatur, faciunt tamen loca allegata pro ista sententia eam dubiam: nam quantum ad *d. l. 49* illa potiùs contrarium insinuat, cùm Imp. ibi suadeat, ad evitandum Falcidiam, ipsam piam caussam esse scribendam hæredem; ut præsupponere videatur etiam in legatis piis esse locum deductioni, quia aliàs frustrà cautelam istam suaderet. Quantum ad *d. Auth. Similiter*, illa quidem exptessè dicit, in legatis piis non esse locum Falcidiæ; sed parum respondet textui *Novell. de Ecclesiast. tit. 13. §. fin. autem hæres*, ex qua desumpta est; cujus verba si penitus quis inspiciat, advertet, non tam indistinctè, quam tantum in pœnam contumaciæ & frustrationis in persolvendis legatis ea dici persolvenda, omni cessante Falcidiâ. Verùm ut ita de jure obtineat, in judicando tamen non est recedendum à communi sententia, ut videre est apud Tiraq. *d. loco.* Et facit argumentum à libertate, quæ cùm hoc mereatur, non est denegandum piæ caussæ. Vide Fachin. *5. Contr. c. 17.*

TITULUS III.

Si cui plus quàm per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur.

SUMMARIUM.

1. *Repeti quando & cur possit quod plus solutum quam ratio Falcidia fert.*
2. *Cautio eo nomine præstanda hæredi à legatario.*
3. *Effectus hujus satisdationis.*

Contingit plus legatum esse, quàm licuerit, 1 dubitarique, an Falcidia locum habere possit, ob legata conditionalia, quorum incertus eventus, aut etiam ob æs alienum latens, quod non tantùm partem legatorum reddi facit, verùm interdum & omnia, *l. 1. §. hac verba h. t.* Quo casu licet quod plus solutum, quàm ratio Falcidiæ fert, repeti possit, tamen quia fieri possit, ut legatarius, cui soluta integra legata, fiat non solvendo. * Rectè petitur ab eo interponi cau- 2 tio in securitatem hæredis, ut, si appareat eum amplius legatorum nomine cepisse, quàm per legem Falcidiam capere licebat, quanti ea res erit tantam pecuniam det, dolusque malus abfuturus sit. Cautio hæc ut sit sufficiens, facienda est per fidejussorem, *l. 3. §. 1. h. t.* & quidem ab omnibus legatariis & fideicommissariis, *d. l. 3. §. quamvis*: remissa tamen iis, quibus minuta sunt relicta alimenta, *d. §. quamvis*, Fiscus quoque eam non patitur, cui nihilominus convenitur, perinde ac si cavisset, *d. l. 3. §. Idem sciendum*, ubi dicitur non tantùm, antequam solvantur, legata, sed & post ea soluta interponi posse, imò condici posse, ut cautio

 ista

ista interponatur; quasi plus sit solutum, ob omissam cautionem, *d. l. 3. §. fin.* Solet & remitti hæc cautio ei, cui non est facilè etiam offerre, ne à petitione liberalitatis ex testamento submoveatur, *l. Cùm non facilè 6. h. t.* Exigenda & ab illo, qui legata præcipere, & alimenta dispensare jussus, cùm & hæc patiantur Falcidiam; exceptâ tamen cautione, *Cessantium seu Deficientium portiones reddi*, ut quisque alimentarius decesserit, aut in civitate esse desierit, *l. Divus 7. h. t.* Unde sequitur, talem legatarium partes deficientium lucrari, nec hæredibus reddere cogi.

3 Effectus hujus satisdationis est, ut, si quid amplius legatorum nomine erogatum, ex caussis supervenientibus jam dictis, & aliis, de quibus hoc Tit. committatur stipulatio, & restituendum sit id, quod plus quam falcidia patitur, est erogatum. Nisi res legata perierit apud legatarium, cui exceptione succurrendum, *l. 1. in fine h. t.* Solet enim res perire suo domino; uti & creditori certæ speciei. Quod etiam procedit in casu, quo promisit, quanti ea res sit, *l. 1. h. t.* quod scilicet non debeat luere casum, qui per eum non stat. *l. 2. sup. si quis cautionibus*, nisi dolus ejus arguatur, quem ut præstet, postulat æquitas, *l. 3. in princ. h. t.*

FINIS LIBRI XXXV.

HENRICI ZOESII J. C.

IN LIBRUM XXXVI. DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

Ad Senatus consultum Trebellianum.

SUMMARIUM.

1. *Fideicommissum quid?*
2. *Fideicommittere potest, qui testari.*
3. *Fideicommissum quibus relinqui possit.*
4. *Potest relinqui incapaci ad restituendum capaci.*
5. *Fideicommissa relinquuntur testamentis & codicillis.*
6. *Quæ res relinqui per fideicommissum possint.*
7. *Non gravandus, qui non est honoratus, neque ultra, quam accepit.*
8. *Forma fideicommittendi.*
9. *Fideicommissum quotuplex.*
10. *Filius rogatus restituere non censetur alias gravatus, quàm si sine liberis moriatur.* Ad l. Cum avus De condit. & demonst. & l. Cùm acutissimi 30. C. de fideicom.
11. *Dispositione* d. l. 30. *continentur liberi vocati non extranei.*
12. *Continentur & naturales gravati.*
13. *Item legitimati, & nati in matrimonio putativo.*
14. *An & adrogati?*
15. *An & adoptivi?*
16. *Filio unà cum extraneo instituto & gravato, locum in illo habet conditio, si sine liberis.*
17. *Non etiam uxore institutâ & gravatâ per maritum.*
18. *Neque patre per filium instituto & gravato.*
19. *Cessat & in fratribus dispositio* d. l. 30.
20. *Substitutum qui liberi excludant.*
21. *Liberi nati vivo testatore an faciant deficere conditionem.*
22. *Liberi sint naturales & legitimi.*

23. Non

23. Non legitimi tantum.
24. Legitimati per subsequens matrimonium prosunt quoque ad exclusionem substituti.
25. Non etiam aliis modis legitimati.
26. Liberi postea nati gravato sint superstites.
27. Ingressus in Religionem an faciat deficere conditionem, excluso per monasterium substituto?
28. Aliâ piâ caussâ substitutâ non est locus conditioni.
29. Lectio Auth. Nisi rogati Cod. Ad S.C. Trebell.
30. Ingressus non facit locum conditioni, nisi & professus.
31. Si non in fraudem substituti fuerit ingressus.
32. Fraus quomodo probetur.
33. Monasterium expressè per testatorem excludi potest.
34. Excluditur substitutus quilibet extraneus, uxor testatoris & c. natis liberis gravato.
35. Conditio, si sine liberis, & præsumpta mens testatoris habet locum in omni substitutione extra vulgarem.
36. Item in donatione mortis caussâ.
37. Et in donatione inter vivos.
38. Effectus fideicommissi.
39. Fideicommissi hodie in Belgio effectus non est, nisi eo in acta relato.
40 Heres monitus non restituens amittit lucrum hereditatis.
41. Quibus ea tunc deferatur, & quo ordine.
42. Heres quatenus cogi possit adire & restituere.
43. Effectus restitutionis.
44. Fideicommissa ex voluntate minus solemni.
45. Nisi heres eam agnoverit, expresiè vel tacitè.
46. Ex testamento imperfecto legatum unum solvens an ad reliquorum solutionem teneatur?
47. Intellectus l. Item 7. §. pen. Ad S. C. Macedon.
48. Legati unius partem solvens an & alteram partem solvere teneatur?
49. Legati annui præstatio certis annis facta an obliget in futurum?
50. Intellectus l. Cum de in rem verso 6. De usuris.
51. L. 1. C. De fideicom. an agat de præstando relicto in futurum?
52. Heres certus de voluntate licet minùs solemni an teneatur præstare relictum.
53. Heres rogatus restituere quod ex hereditate supererit, quatenus alienare possit.
54. Rei subjectæ restitutioni purè & simpliciter alienatio tenet, secus si sub conditione.
55. Fideicommissario vel Legatario adversus hujusmodi alienationem non currit præscriptio.
56. Emptor sciens rei gravamen repetit pretium.
57. Trebellianica non est subjecta huic prohibitioni.
58. Alienatio permissa liberis ex caussa dotis, donationisve propter nuptias.
59. Decisio Auth. res quæ C. communia de leg. an habeat locum extraneo rogato restituere?
60. Verba testatoris quoad restitutionem hereditatis strictè accipienda.
61. Fructus percepti non veniunt in hanc restitutionem.
62. Rogatus restituere quando teneatur ad fructus.
63. Intellectus l. Deducta 88. §. pen. h. t.
64. Rogatus restituere quod ex hereditate pervenit, ad quid teneatur.
65. Prohibitio de non alienando ex caussa valet.
66. Prohibitio hæc impedit dominij translationem.
67. Pluribus rogatis non alienare, quam quisque partem alienare prohibeatur.
68. Alienatio intelligi debet voluntaria, non necessaria.
69. Prohibitio de non alienando non nocet fisco.
70. Nec doti aut donationi propter nuptias.
71. An noceat intranti Religionem.
72. Prohibitio hæc an afficiat & heredem heredis?
73. Facta filiis non afficit nepotes.
74. Alienatio tenet, consentientibus illis, quorum respectu facta prohibitio.
75. Consentire videtur partem suam alienans.
76. Alienatio permissa, nullo de familia superstite.
77. Princeps non potest tollere prohibitionem.
78. Prohibitio ista quousq; duret.
79. Familiæ nomine quid veniat.
80. Quid nomine alienationis.
81. Locatio non venit alienationis nomine.
82. Institutio heredis sub prohibita alienatione continetur, quatenus extranei vocantur.
83. Intellectus l. Pater 38. §. duobus de leg. 3.
84. Intellectus d. l. 38. §. filiam.
85. Intellectus d. l. 38. §. fundum.

86. *Olim is, cui ex fideicommisso restituebatur hereditas, vices emptoris obtinebat.*
87. *Post ex S.C. Trebelliano fuit loco hæredis.*
88. *Ex S.C. Pegasiano loco legatarij.*
89. *Vis omnis hujus S. C. hodie transfusa in Trebell.*
90. *Quartam Trebellianicam, exemplo Falcidiæ, detrahit hæres gravatus fideicommisso.*
91. *Fideicommissario quando permissa detractio ista.*
92. *Filius gravatus an detrahat utramq; quartam, legitimam & Trebellianicam?*
93. *Cessat detractio Trebellianica, si hæres adire recusaverit, vel coactè adierit hæreditatem.*
94. *Licet pœnituerit eum recusationis.*
95. *An prohiberi possit?*
96. *Fructus quatenus imputentur in Trebellianicam.*
97. *An & ea imputentur, quæ legati, fideicommissi vel conditionis implendæ caussâ capiuntur?*
98. *Lectio & intellectus varius* l. In quartam 91. Ad L. Aquil.

Quemadmodum directis & civilibus sive imperativis verbis relinquantur res tum universales, tum singulares, ex dictis hactenus satis est colligere. Restat videre, quid juris sit in eis, quæ verbis obliquis sive precariis veluti *Rogo*, *Volo*, *Mando*, & similibus, relinquvntur, directis in eum, qui restituere quid rogatur, quod relicti genus Fideicommissum dicitur. • Nominis ratio ex re nata est, quod ejus, qui rogatur, fideicommittatur, restitutio, cujus pudore olim potiùs continebatur, quàm juris vinculo, ut pulcrè tradit Imp. *Instit. De fideicomm. hæred.*

2 Fidei committendi licentia est cuilibet, testari non prohibito, *l. 1. sup. De leg.* 1. Nam si testamento relinquantur, apertum est, nihil agi ab eo, qui testari nequit: si codicillis testamento confirmatis, idem dicendum: si ab intestato, etiam tunc exigitur, ut testamenti factio adsit fidei committenti. Ratio sumitur ex origine codicillorum, *instit. de codicill.* quæ est, ut qui de facto testari solemniter impediuntur, saltem minùs solenniter codicillis voluntatem indicare possint; quod & insinuat. *l. 3. sup. De jure codicill.* Hinc filiusfamilias fideicommittere] nequit, quod testari sit prohibitus, *l. 1. §. 1. De leg. 3.* licet donare mortis caussâ possit: nam hoc conceditur etiam iis, qui testari nequeunt, & extra testamentum. Non fideicommittit etiam servus, errans in statu suo, captivus, deportatus; nam & his testamenti factio negata. Si tamen codicillos fecerint, & postea sui juris fiant, aut cives Romani civitatemve recuperent, valebunt in iis relicta, modò in eadem voluntate permaneant, *l. 1. §. 1. §. si quis planè sup. de legat 3.* ubi requirit Glossa aliquod novum judicium, secundùm *l. Tribuno* 20. §. 1. *sup. De testam. milit.* Ratio istius est, quòd codicilli nudâ voluntate convalescant, quod in testamentis se non probaturum dicit J. C. in *d. l.* 1. §. 1. in quibus rigorem juris sequimur, requiriturque duobus temporibus adsit testamenti factio, *l. 1. §. exigit. inf. De bon poss. secun. tabb.* Muto & surdo quatenus est testandi licentia, secundùm *l. Discretis* 10. *Cod. Qui testam. fac. poss.* ita & est facultas fideicommittendi.

3 Relinqui potest fideicommissum iis, cum quibus testamenti est factio, *§. legari Inst. De leg.* ab iis, ad quos morte ejus qui relinquit, aliquid est perventurum, *d. l. 1. §. sciendum*, etiam à muto, surdo absente, ignorante, *l. Cùm pater 77. §. surdo sup. De leg. 2.* Nec sine ratione, cum ad eos morte fideicommittentis commodum perveniat. Unde hæredem gravari posse certum est, item legatarium, & fideicommissarium, eumque cui mortis caussâ donatum, *d. l. 77. §. 1.* quia est instar legati, si effectum spectes, *l. inter inf. 38. de mort. causa donat.* Idem est in conjuge, cui à conjuge donatum, quod morte videtur confirmari, *l. Cùm hic status 32. §. sup. De donat. inter vir. & uxor.* Et denique ab omnibus, ad quos aliquid perventurum à defuncto, sive detur, sive non adimatur, id est sive ex testamento aliave ultima voluntate, sive ab intestato, *d. l. Sciendum.* Adeò ut etiam à debitore relinqui possit, *l. Si pecunia 77. & l. Si servus 1 8. §. qui margaritas de leg. 1.* si nimirum, quasi liberationem habens legatam, rogatus sit restituere id, quod ex debito ad eum pervenit. Cavendum tamen, ne fide tacitâ interposita rogetur quis restituere incapaci, nam id ipsum caperet fiscus, qua de re actum suprà, *tit. De his quæ ut indignis aufer.*

4 Dubites hic, An rectè fideicommittatur incapaci ad restituendum capaci? Videri posset non rectè ita fideicommitti, ex eo, quod non fiat transitus per medium habile. Contrà tamen respon-

spondit J. C. in *l. sed si res 40. de legat. 1.* ubi etsi legatarius non habeat rei commercium, rogatus tamen fideicommissum præstare, tenetur, cui possidendi est jus: ita enim ibi legendum, ut monet Cujac. & vult sensus: non etiam negativè, *cui possidendi jus non est.* Idem habet textus in *l. Mortuo 49. de legat. 2. & in l. Multum interest 34. inf. de V. O.* ubi utilis est stipulatio, si stipulator habeat rei commercium, licet non habeat promissor, qua de re ibi latius agetur.

5 Relinquuntur fideicommissa & testamentis & codicillis, etiam ab intestato, *§. præterea Instit. De fideicommiss. hæred. l. Recusare 6 §. 1 hoc tit.* nam ab intestato veniente, sive legitimo honorarioque jure, rogari videtur restituere, *d. §. 1.* Nihil obstante *§. in primis Inst. d. tit.* qui videtur requirere, ut recto jure aliquis instituatur hæres: nam accipiendus de eo, qui testamento fideicommissum relinquere vult, cui necesse est hæredem instituat directis verbis, quem postea gravet. Non verò prohibet Imper. fideicommissa ab intestato relinqui, cùm postea id ipsum ibi permittat.

6 Relinquitur per fideicommissum res quælibet, sive nostra, sive hæredis, sive etiam aliena, ad instar legatorum, ex eadem ratione. Quomodo rectè quis rogatur, aditâ hæreditate rem suam alteri dare, servum suum vel alienum manumittere. Rectè etiam rogatur facere opus, uti monumentum, insulam. Quo casu cogitur rogatus ipse facere opus, quia ad id se obligavit adeundo vel acceptando relictum, non etiam liberatur dando interesse aut pecuniam illi, cui opus faciendum, *l. Fideicommissa 11. §. fin. de leg. 3.* Quod & obtinere in aliis faciendi obligationibus dicetur inferius suo loco.

7 Est autem observandum, ne gravetur non honoratus, *l. Ab eo 9. C. de fideicommiss.* aut restituere rogetur ultrà quam accepit. Neque enim debet quis in plus gravari, quam ad eum pervenerit ex hæreditate, *l. 1. §. si is qui 7. hoc tit.* cum ratio non ferat, ut quis de alieno sit liberalis. Quod verum est, quatenus quantitas cum quantitate confertur, *l. Imperat. 70. §. 1. de leg. 2.* Nam si pecunia accepta rogetur quis rem propriam, veluti domum, agrum, servum, licet majoris pretii, restituere, nô est audiendus, si legato percepto velit computare, *d. §. 1.* videtur enim voluntatem approbasse, & rem suam pluris non æstimasse, *l. Sed si 16. § 1. sup. Ad Leg. Falcid.* Dico, suam; nam si alienam jubeatur restituere, contra est dicendum, eo quod non possit videri rem alienam pluris non æstimasse, cujus ignorat pretium, *l. 6. De fideicommiss. hæredi.* Suarez. *ad l. Quoniam 32. Ampl. 7 n. quinto Cod. De inoffic. testam.*

8 Ad formam quod attinet, non requiritur hic ulla solemnitas, cum fideicommissa relinquantur & epistola, & libello, imò & nutu, *l. Et in epistola Cod. De fideicommiss.* Oportet tamen testes adsint quinque, qui desiderantur in omni ultima voluntate minus solemni, adhibendi eodem tempore, ut evitetur subornatio, *l. fin. §. fin. C. De codicill.* excepto casu, *l. 8. C. de testam.* Alias ex imperfecta scriptura nihil debebitur, nisi gravatus voluntatem testatoris amplectatur, *l. si veritas 15. C. De fideicom* qua de re infrà.

9 Fideicommissum, aliud est universale, quo venit restituenda hæreditas, vel ejus pars, de quo hic; aliud singulare, quo res singulæ restituendæ veniunt, quod in plerisque legatorum naturam sequitur, & quæ de legatis dicta, huic rectè accommodantur. Aliud item expressum, aliud tacitum: aliud purum, aliud non purum, cui annexa conditio, vel dies, quo restitutio facienda, veluti post annos XXX. post mortem hæredis. Non obstante, quod hæredis institutio diem non admittat, quia non idem hic subest vitium, cum non ponatur defunctus partim testatus, partim intestatus, quia fideicommissum præsupponit directum hæredem, quia etiam post restitutionem, totius licet hæreditatis, hæres manet, quia semel hæres non potest desinere esse hæres; *l. Et qui 88. in fine sup. De hæred. Inst.*

10 Notandum autem in casu, quo pater filium rogat restituere hæreditatem post mortem, non alias censeri eum fideicommisso onerasse, quàm sine liberis moriatur, uti responsum est a Papiniano in *l. Cum avus 102. sup. de condit. & dem. cons.* cujus sententia probatur à Justiniano, in *l. Cum acutissimi 30. C. De fideicom* idque tum suadente ratione, quæ absurdum judicat externum præferri suis, tum conjectura & præsumpta voluntate testatoris, quæ facit non esse verosimile, testatorem, si de nepotibus cogitasset, fuisse gravaturum restitutione filium, *l. 6. §. 1. Cod. de Instit. & subst.* & alienas successiones suis præpositurum. *d. l. 30.* Quæ præsumptio est quidem juris, non tamen juris & de jure, ut proinde probationem in contrarium admittat. Ad majorem autem *d. l. Cum avus & d. l. Cum acutissimi* explicationem, tria sunt notanda. I. In cujus gravati persona locum habeat casum dispositio. II.

Qui

habet locum, cum ex testatore nati dici nequeant nati ex patre ejus, Suarez *ad l. Quoniam 32 Ampliat. 16. num. 3. C. De inoffic. testam.* * Unde & in fratre cessabit dispositio *d. l.* 30. ob cessantem rationem pietatis. *l. Hoc colore ubi Gloss sup. De inoff. testam.* & quia successionis ratio, de qua in *d. l.* 30. non habeat locum in fratribus, cum posteritas unius non possit dici successio alterius. Menoch. *d. loco num. 54.* Grassus, *§. Fideicommissum quaest. 23. & 24.*

19

20 Quantum ad secundum, scilicet exclusionem substituti fideicommissarii, liberorum nomine veniunt hoc loco non tantum nepotes, sed & pronepotes, aliique descendentes, sive masculi sive foeminae: nam in his omnibus obtinet praedicta ratio & conjectura pietatis, quòd scilicet affectus in eos major sit quàm in extraneos.

21 De eo dubitatum, An liberi jam nati faciant locum isti conditioni? Quod posset videri; quia non minor in jam natos, quàm nascituros praesumatur affectus, & non minus illos, quàm hos dilexisse, in eosque pius fuisse censeatur testator, non distinguendo inter masculos & foeminas. Quae opinio rectè procedit, si testator ignoraverit liberos natos esse gravato: nam si sciverit, posset non immeritò dubitari de ista opinione. Pro qua licet videatur stare aequitas & ratio in *d. l.* 30. expressa, quam & benigniorem vocat Menoch. *d. loco n.* 77. contraria tamen videtur probabilior, propterea quod in *l.* 6 *§. cum autem Cod. De instit. & substitut. sub condit.* dicatur, *Si pater efficiatur; & postea non esse verosimile, patrem, si de nepotibus cogitasset, talem fecisse substitutionem.* Quae ratio non habet locum in testatore, qui filio gravato scivit esse liberos, quorum si rationem habere voluisset, eos instituere aut substituere nominatim potuisset. Ut nihil obstet generalitas *d. l.* 30. qua dicitur in casu quo filius gravatus cum liberis decedit, non censeri gravatum: neque enim potest hoc referri ad liberos jam natos, quasi & illos relinquens debeat censeri non gravatus, ex conjectura voluntatis; nam generalitas ista restringenda ad casum *d. l Cum avus*, cujus mentio fit in *d. l.* 30. *& d. l.* 6. in quibus continetur distinctio inter natos & nascituros. Castrensis *ad d. §. cum autem num.* 6. Gomez. 1. *Var. cap.* 5. *num.* 36. Cujac. *ad d l. Cum avus lib.* 9. *Respons. Papiniani.* Fachin. 4 *contr. c.* 50.

22 Dictum de liberis accipiendum de liberis naturalibus justis seu legitimis, non etiam de naturalibus tantùm, per *d. §. cum autem*, in cujus fine fit mentio justorum liberorum. Facit argumentum *l. Si totas* 5. *Cod. De inoff. donat.* ubi non prosunt liberi naturales. Facit & quòd praesumptio circa testatoris cogitationem de liberis versetur circa liberos justos, non autem naturales. Quae interpretatio est honesta, ne videatur aliàs testator invitare ad delinquendum: nisi tamen aliter pateat de ejus voluntate, *l. Ex facto* 17. *§ si quis rogatus hoc tit.* Coras. 1. *Miscell. cap.* 7. Fachin 4 *Contr. cap.* 10. Forster. *De success. ab intest. lib.* 6. *cap* 15. *& seqq.*

23 Legitimos tantùm non venire verius est; nam aliàs in potestate esset gravati ludere testatorem; & hoc expressum est in *l. Fideicommissum* 75. *sup. De condit. & demonstrat. & l. Si ita quis* 51 *in fine. De leg.* 2. ubi Sarmient. *in pr. lib.* 8. *Select. Interpret.*

24 Legitimatos per subsequens matrimonium venire extra dubium est, cùm habeantur loco legitime natorum, quoad omnia *cap. Tanta* *Qui filii sint legit.* Quod procedit, etiamsi in articulo mortis inter parentes matrimonium sit initum, cùm istud nihilominùs valide contrahatur. Unde non rectè quis objicier, animo fraudandi substitutum matrimonium illud initum esse; cùm non possit dici verè aliquem fraudare, qui jure suo utitur, actumque gerit lege permissum, ut nulla possit dici facta injuria substituto. Facit, quod, cum jure tale matrimonium teneat, non sint restringendi ejus effectus. Sarmient. *lib.* 1. *Select. Interp. c.* 6. *n.* 8. *& lib* 7 *c.* 4. Covar. *De matrim. p.* 2. *c.* 8. *§.* 2. *n.* 2. Menoch. 4. *Praesumpt. c.* 81 *n.* 28.

25 Quoad eos verò, qui aliis modis legitimantur, non procedit istae effectus, ne in potestate sit gravati illudere dispositionem. Quod & procedit in conditione expressa, *Si sine liberis ex justo matrimonio natis*, cum subsequens matrimonium faciat antè natos haberi quasi natos legitimè ab initio, *d. c. Tanta.*

26 Quod dictum de liberis, non satis est, si postea nati sint gravato, sed debent ei esse superstites, ut operetur conditio: nam ut expressa conditio, *Si sine liberis*, est permanens, ita & haec tacita, quae facit considerari defectum liberorum quandocunque advenientem ante mortem gravati, *d. l. Ex facto* 17. *§ pen. hoc tit.*

27 An ingressus in Religionem faciat dictam conditionem deficere? Ventilata est quaestio; Nam non pauci volunt cessare conditionem, & substitutum eo casu excludi per Monasterium, *Auth. Nisi rogati Cod. eod.* Ubi nomine liberorum, qui sunt positi in conditione, venit Monasterium, quod qui rogatus ingressus est, quod prae-

 sumatur.

sumatur testator, si cogitasset filium ingressurum, non fuisse eum gravaturus fideicommisso, aut saltem eo in casu non prælaturus Monasterio fideicommissarium: & est communi opinione receptum, quòd, ut nativitate verorum liberorum cessat fideicommissum, ita etiam per ingressum, ut videre est apud Alex. *cons.* 121. *vol* 2. Quod tantò magis videtur recipiendum, quo matrimonium spirituale est favorabilius carnali. Menoch. 4. *Præsump. cap.* 83 *n.* 58. Facit & textus in *c. In Præsentia* & *De probationib.* ubi in casu, quo quis gravatus restituere, si sine liberis decesserit, se & sua Monasterio obtulerit, cessat restitutionis gravamen ex ratione, quòd non censeatur sine hærede decedere, qui Monasterium reliquit hæredem.

28 Si tamen alia pia caussa substituta fuerit, Monasterium, quod gravatus est ingressus, per eam excludetur. *Gloss. fin. in d. c. In præsentia.* Nam cum in utrisque militet pietatis caussa, præferendi sunt expressè vocati, in casum deficientium liberorum; solent enim expressa tacitis prævalere, & expressa voluntas præsumptæ. Mantica *De conject. ult. volunt lib.* 11. *c.* 7. *num.* 12. Quo facit *Nov. De sanctiss. Episc.* 123. §. *si quis sub conditione*, in cujus fine dicitur. *Si tamen in redemptionem captivorum, aut egentium alimenta, sub prædictis conditionibus substitutio aut restitutio fiat, ex nullo memoratorum modorum eam excludi permittimus* * Ut

29 posteriora verba *d. Auth. Nisi rogati*, adjecta per Irnerium sint delenda, ut minime respondentia verbis a *Nov.* 123. unde est desumpta; imò potius contraria, cùm quæ in originali textu ponuntur exceptivè, ipse referat sine exceptione. Verùm ut ita obtineat in expressa conditione, *Si sine liberis*, extentio tamen conditionis subintellectæ in dicto gravamine displicet Cujacio, *in d. l. Cum avus circa fin. lib.* 9. *Respons. Papiniani*, ubi negat *d. Auth. nisi rogati* trahendam esse ad casum, de quo jam agimus, cum ipsa & textus, unde desumpta, loquantur de conditione expressa, dicta autem *l. Cum avus* de tacita: cum præterea jus contineant singulare, quod non solet temerè produci ad casum non comprehensum. Deinde eveniret aliàs duo singularia circa idem concurrere, quod non ferunt leges. Quam sententiam veriorem judicat Emanuel à Costa *in c. si pater V. si absque liberis n.* 70. *De test. in* 6. *alios pro ea parte citans*, Grassus. §. *Fideicommissum qu.* 40. *num.* 2. Covarr. *Resolut. Var.* 1. *c.* 19. *n.* 6.

30 Admissa tamen priori opinione, ita demum ea procedet, si gravatus restituere fuerit professus, quia ante non censetur mortuus civiliter, & professio fuerit valida, quia quæ nulla pro infecta est; & bonorum sit capax Monasterium, non ex se tantum, verum & secundum locorum statuta aut consuetudinem. Nam si impeditum per ea fuerit succedere, non ponet impedimentum substitutis sive fideicommissariis, secundum regulam. Non præstat impedimentum, quod de jure non sortitur effectum, *c. Non præstat De R. I. in* 6.

31 * Procedet etiam si non in fraudem substituti ingrediatur gravatus, cum non debeat Ecclesia locupletari ex fraude aliena; & fraus sua nulli tam prosit, quàm obsit. *l. Et eleganter* §. 1. *sup. De dolo.* & *facit tex. in l. Filia* 59 *sup. Soluto matrim.* Nihil obstat, quod modò dictum in legitimatione per matrimonium animum fraudandi non attendi; cum talis proles veniat ex mente testatoris, Monasterium autem ex legis interpretatione, quæ non debet habere locum in fraudante. Menoch. *d. cap.* 89. Tenet eam opinionem Abbas *in d. c. In præsentia num.* 45 & 46. Mantica *De conject. ult volunt. lib.* 10 *tit.* 4. *num* 9. * Fraus, si de ea

32 expressè non constet, conjecturis probatur, veluti si gravatus substituto fuerit minatus. Abbas *d. loco* Fraudem ex hoc solo præsumi subesse, quòd in mortis articulo ingrediatur Religionem, non rectè dixeris, cum non sit verisimile aliquem fraudare velle, qui de meliore vita cogitans se dat vitæ monasticæ: imò fortior pro eo præsumptio est quòd fraudem non cogitet, ut necesse sit alias poni conjecturas fraudis. Mantica *d. tit.* 4. *num.* 10. Molina de *primogen. libr.* 2. *cap.* 8. *num.* 21. *citans* Felin. *ad d. c. In præsentia num.* 36. Grassus *d. q.* 40. *num.* 5. & 6. Menoch. 4. *Præsumpt.* 83. *n.* 38.

33 Quæsitum & de eo, An monasterium expressè excludi possit per testatorem? R. Non videri hoc improbabile, cùm tantùm veniat ex verosimili mente. Unde si certum sit, testatorem nolle ad monasterium bona sua devolvi, id non faciet cessare conditionem, cum veritati cedat præsumptio, & cuilibet sit liberum de rebus suis disponere ad lubitum *l.* 1. *C. De sacros. Eccles.* possitque quilibet suæ familiæ pro pietate, etiam excludendo Ecclesiam, cui nihil juris nisi ex voluntate relinquentis. Mantica *d. lib.* 10. *c.* 7 *n.* 18. ubi alios allegar, & subdit rationem, quòd nemo teneatur invitus alteri benefacere, & favor Religionis non debeat impedire manifestam testatoris voluntatem. Nec rectè quis objecerit, ita aliquem avocatum iri à Monasterio, quod Canonibus prohibitum: nam id verum est, si directè id ageret parens in pœnam.

pœnam ingredientis, non etiam ubi justa caussa eum movet, favor scilicet familiæ. Et deinde, ut bene tradit Covarr. 1. *Variar. Resol. c.* 13 *n.* 7. futilis & levis occasio est avertendi à religione, quòd quis omnia paterna bona ad Monasterium secum deferre non possit, cùm ingressus nihil proprii habere possit, sub gravi reatu, *c. Inter* ✠ *De statu Monach.* Idem dicendum videtur quando ex conjectutis patet voluntas testatoris excludentis Ecclesiam vel Monasterium, veluti si dixerit, *sine justis liberis ex se procreatis* • cùm tacita æquivalcant expressis. Menoch. *d. loco n.* 27.

34 Ad tertium quod attinet, quilibet substitutus excluditur, extraneus scilicet: adeò ut & uxor testatoris substituta cedat liberis natis, nam & hanc dixi extraneam esse suo marito, quem verosimile est descendentes ex se uxori prætulisse. Quod idem dicendum, si alter filius fuerit substitutus; nam quâ charitate dilexit testator filium institutum, eàdem videtur prosecutus ex eo natos. Dicendum & idem in pia caussa substituta, quòd nimirùm & hæc cedat liberis postea natis, ut patet ex *can fin.* XVII. *qu. fin.* Et licet pia caussa interdum habeatur loco liberorum, ut in *d. Auth. Nisi rogati*, non aliàs tamen, quàm in casibus de jure expressis. Mynsing. *cent.* 6. *Obser v.* 96. Pinel. *in l.* 3. *n.* 26. *C. De bonis maternis.*

35 Habet autem dicta præsumpta mens locum in qualibet substitutione, vulgari exceptâ; nam instituto non adeunte hæreditatem, posteris ejus nihil est juris, nisi transmissionis, aut simile beneficium iis sit salvum. Menoch. 4. *præsumpt. c.* 9. *n.* 126. In exemplari omninò locum habet eadem præsumpta mens; uti & in pupillari, quatenus, malitiâ ætatem supplente, pupillo possunt esse justi liberi.

36 * Habet etiam locum ista conditio in donatione mortis causa, cui subjecta substitutio fideicommissaria, ex eadem pietatis & favoris ratione, quæ & hac in materia militat pro liberis contra

37 extraneos. * Idem judicandum de donatione inter vivos, quando ita donatum, ut post mortem filii ad alium voluerit donator bona pervenire; etsi aliter res se habeat in contractibus aliis, in quibus hoc tantùm venit, quod actum. Menoch. *d. cap.* 89. *num.* 150. Covar. *Pract. quæst. c.* 38. *num.* 12.

38 Quantum ad effectum fideicommissi, ab initio ejus nomine nulla fuit actio; quâ cogi posset hæres aut rogatus præstare, & fidem liberare, quòd ejus pudore potiùs continetetur, quàm juris vinculo. Postea temporibus Divi Augusti cœpit hæc res vinculo juris contineri: adeò ut etiam Prætor proprius creatus fuerit, qui de fideicommissis jus diceret, quòd justum & populare esset fidem liberare, ut habet textus *Inst. in princ. De fideicommiss. hæred.* Ut hodie fideicommissarius etiam universalis jure persequi fideicommissum possit & cogere rogatum restituere, ut patet ex hoc Tit. & Cod *De fideicommiss.*

39 * Qui effectus non aliàs in Belgio procedit, quàm si fideicommissum in acta sit relatum, coram loci judice, ubi bona sunt sita isti vinculo obnoxia, ut patet ex Edicto anni 1611 *art.* 15. Quod optimo consilio statutum, ne quid fingatur in aliorum detrimentum.

40 * Quod si non paruerit voluntati hæres, amittet lucrum hæreditatis, non tantùm quoad legata & fideicommissa, *l. ult. in fin. C. De fideicommiss.* sed & quoad ipsam hæreditatem, retento tantum, si competat, naturæ debito, *Auth. hoc amplius C. d. t.* Ita tamen, si à judice monitus non adimpleverit voluntatem intra annum, à tempore judicialis admonitionis. *Nov* 1. *§. his igitur & §. illud quoque.*

41 * Quo casu scripto ablata hæreditas defertur substituto, si aliquis fuerit, non jure substitutionis, quod extinctum aditione, sed beneficio constitutionis; aut accrescet aliis, qui paruerint voluntati; aut si etiam illi desint, defertur lagatariis & fideicommissariis, & servis libertate honoratis, sub cautione de adimplendis, quæ jussit testator, *d. §. his igitur.* His non existentibus, aut recusantibus admittuntur ab intestato venientes, post eos extranei, & fiscus etiam sub cautione de adimplenda voluntate *d. § his igitur vers. si vero institutio.* Excluso omninò exhæredato, *d. Nov.* 1. *§ exhæredatos*, ut servetur voluntas. Quod videtur esse contrà jura pristina, quæ non aditâ hæreditate volunt concidere exhæredationem, & admittunt exhæredatum ab intestato, *l. Si patronus* 12 *§. si ex testamento inf. De bonis libe.* 1. *l. Filium* 20. *vers. cum ex testamento De bon. poss. contra tabb.* Quæ in singulari isto casu correcta videntur, quo hæres non adimplet voluntatem: ut sint dicenda subsistere aliis in casibus, cùm quod non appatet mutatum, non sit impediendum stare & correctio cùm sit odiosa, non inducenda sine textu; etiamsi ratio sit generalior; quia ratio *d. §. exhæredatos* est, ut impleatur voluntas quoad rel cta non etiam concernit exhæredatum, ut, si non adeatur hæreditas alia ex caussa, sit locus exhæredato, secundum leges veteres.

42 Quòd si hæres adire recusaverit tamquam suspectam, cogetur à Prætore, id postulante fideicommissario, adire & restituere, *l.* 2. *hoc tit.* Quæ

compulsio tantùm habet locum in fideicommisso universali, non etiam in singulari *l. Nam quod* 14. *§. non omnis h. t.* Ratio differentiæ est, quòd in fideicommisso universali omne onus ad fideicommissarium transmittatur, non etiam in singulari, cùm onus hæreditatis non teneat legatarium aut fideicommissarium singularem, sed sequatur hæredem: unde sequitur iniquitas, compelli quem adire, ut hæreditatis emolumentum refundat, ipse autem oneribus hæreditatis obstrictus maneat, *d. §. non omnis.* Nihil faciet oblata cautio indemnitatis, quia cum sit privata, hæredem salvare nequit. *d. l. 14. §. quare.*

43 Restitutionis effectus est, quòd eum, cui restituitur hæreditas, sequantur commoda & incommoda hæreditatis, pro rata restitutionis. In quem finem olim interponi solitæ stipulationes, quæ dicebantur emptæ & venditæ hæreditatis, super indemnitate restituentis, quæ addicebatur per imaginariam quandam venditionem uno nummo, de qua Theoph. *Instit. De fideicommiss. hæred. §. restituta.* Cujusmodi stipulationes post ea displicuerunt, & iis omissis statutum, ut per ipsam restitutionem onera transitent pro rata, uti latiùs traditum *Instit. d. tit.* Excipiuntur operæ, *quæ sequuntur filium, si non debeantur patrono* qualis est filius etiam abstinens, *l. Si operarum inf. De oper. libert.* non etiam fideicommissarios. Excipiuntur & jura sepulcrorum, quæ non sequuntur fideicommissarium, *l. 4. & l. Quia hoc tit.* sed hæredem, *l. 6. sup. De relig. & sumpt. funer.* etiam cui ut indigno ablata hæreditas *l. Si quis* 33. *d. tit.* cum hæres maneat, ut alium sequi nequeant, qui hæres non est.

44 Hæc ita procedunt in fideicommissis relictis secundùm præscripta juris, nam aliàs non debentur, *l. Si veritas* 23. *& l. Ex testamento* 29. *Cod. De fideicommiss.* cùm, ut hæres defuncti preces impleat, necesse sit illæ ponantur: poni autem, testamento non perfecto, ob defectum solemnium

45 nequeunt. * Nisi hæres voluntatem agnoverit, non tantùm expressè, verùm & tacitè. Expressè, ejus implementum promittendo, interveniu stipulationis, non etiam nudi pacti tantum, *l. fin. Cod. Ad L. Falcid.* ubi fit mentio cautionis, quâ medià se obligavit hæres legata præstare, quo nomine venit stipulatio, *l. 3. Cod. De verb. signif.* Donellus *ad d. l. 23.* Tacitè, scilicet ea persolvendo, quæ præstare rogatus est, *l. 2. Cod. de fideicommiss.* idque ex conscientia relicti, ut meritò repeti nequeant soluta.

46 Ubi quæritur, An ex testamento imperfecto unum legatum præstans, cætera eodem relicta exsolvere teneatur? Dicendum est, non teneri, ex opinione Glossæ *in d. l. 2.* pro qua facit *l. fin. Cod. Ne uxor pro marito* ubi solvens pro filio aliquid, non potest cogi ad reliqua. Istam Glossam communiter approbant, Bart. Alex. Jason. Fulgos. *ad l. Non dubium Cod. De testam.* Donell. *ibid. num.* 4. Clarus *§ Testamentum qu.* 90 *num.* 7. quòd non aliàs possit videri agnovisse voluntatem, quàm

47 quatenus solvit. * Nec obstat *l. Item 7. § penult. sup. Ad S. C. Macedon.* ubi pater solvere cœperit mutuum à filiofam. sumptum, cogitur reliquum exsolvere, cessante exceptione: nam hoc ibi ita dispositum, tum quia verum erat debitum, & unum tum quia exceptio concessa in odium creditoris, cujus cessante caussâ, ex eo, quòd pater agnoverit debitum, partem ejus solvendo, etiam ipsa exceptio cessare debet. In hoc autem casu sunt plura relicta, quæ cum aliter non videantur agnita, quàm quia hæres solvit, unius aut aliquorum solutio, ex benignitate hæredis, non debet facere eum teneri ad reliquorum exsolutionem, ut caussæ accommodetur effectus. Nihil etiam obstat *d. l. Non dubium*, ubi dicitur cogi implere voluntatem, qui eam agnovit: nam hoc verum est, quatenus agnovit, quia nihil implicat, uni beneficium conferri, alteri id ipsum denegari, cum liberum cuique esse debeat, quo modo & erga quos liberalitatem exerceat. Non obstat denique *l. In testamento 38. inf. De fideicommiss. libert.* nam quòd ibi præter libertatem, licet inutiliter datam, etiam legata præstentur, est ob voluntatem patris ab intestato, quam implere respondet pietati liberorum. Adjuvat hanc sententiam, quòd olim, qui integrè legata persolvisset, non detractâ Falcidiâ, non impediretur eam ex aliis detrahere, *sup. tit. Si cui plus quàm per leg. Falcid. &c.* Quod licet sit immutatum per Justinianum *Nov. 1. §. non autem*, nihil tamen facit ista mutatio ad casum præsentem, qui diversus est, & in quo agitur de relictis non legitimè.

48 Consequenter quæritur, An unius legati minus solemniter relicti partem solvens, cogatur & alteram partem solvere? Posset hoc videri, per *l. 1. §. cœpt. sse inf. De pollicitat.* ubi qui sine caussa promisit, si tamen cœpit facere, tenetur adimplere: & *d. l. 7. §. penult.* ubi pater, qui cœpit solvere mutuum à filio acceptum, tenetur implere. Et ita tenet Alberic. *ad d. l. Non dubium num.* 2. *Cod. De testam.* Contrarium tamen magis probandum videtur, ex dicta ratione, quòd uti

non

non implicat in unum beneficium conferre & non in alterum, ita nec implicet partem legati aut fideicommissi donare, partem denegare, quando non est jus ad rem totam uti hoc in casu ex testamento imperfecto. Non obstat *d. §. cœpisse*, nam licet ibi inutiliter res sit promissa, facit tamen favor Reipub. ut opus inceptum quasi agnitum impleatur, qui favor non est in nostro casu. Non obstat etiam *d. §. penultim.* quod obligatio sit valida, de qua ibi; & tantum impediatur ejus effectus per legem, idque ex caussa, de qua agitur supra ad S.C. Macedon. quæ cum esset in patre incipiente solvere, quod approbasse videatur mutuum à filio acceptum, totum solvere cogitur, secundum dicta paulò ante. Corneus *ad d. l. Non dubium §. illud num* 8 *&* 9. Cephal. *Cons* 377. *num.* 51. *& seqq. volum.* 3.

49 Et hoc ita in rebus, quæ semel præstandæ. Disputatur autem in relictis menstruis, aut annuè solvendis, an ideo, quod sint præstita aliquamdiu, in posterum sint præstanda? Quod videtur velle *l.* 1. *de fideicom.* quæ adserit rogatum præstare alimenta, si triennio præstiterit, teneri in futurum præstare. Quod accipiendum de voluntate non solemni: nam alias non poneretur vis in præstatione aliquamdiu, id est, triennio facta, cum continuò fideicommissum teneat, & cogi possit illud præstare rogatus. Verùm hæc res patitur difficultatem: nam primùm, vel ignoravit hæres relicti inutilitatem, vel scivit. Illo casu non cogitur præstare, quod promisit, cum errantis nullus sit consensus, *l. Cum testamentum. De juris & facti ignor.* sed & repetere solutum potest, *l. Error.* 9. *C. Ad L. Falcid.* hoc verò eo ipso, quod solvit, videtur agnoscere voluntatem, licet imperfectam. Ut frustrà dictæ *l.* 1. decisio videatur se fundare in præstatione triennali. Sed dicendum, non solum in præstatione nuda eam fundari, quod nudum pactum tantum contineat, non efficax ad continuandam obligationem, *l. Si certis* 28. *C. De pactis*, *l. Creditor* 7. *C. De usuris.* nec attribuendum etiam favori ultimæ voluntatis, cum & in usuris idem obtineat, ut solutæ longo tempore à defuncto, præstandæ sint ab hærede, *l. Cum in rem vers.* 6. *De usur.* verum vim ponendam in approbatione sive ratihabitione voluntatis defuncti, quæ colligitur ex iterata terrio præstatione alimentorum menstruorum & vestiarii annui, ut ea præstatio respiciat judicium defuncti, à quo hæres honorem & lucrum percepit, ut quatenus accepit, eatenus & obligetur.

Nihil obstat *d. l. Si certis & d. l. Creditor*, quia tantum loquuntur de præstatione facta secundum nudum pactum, ex quo non est actio: ut solutum quidem condici nequeat, ob exceptionem, quàm dat pactum nudum, non etiam in posterum cogi possit hæres.

50 Non obstat quoque *l. Operis* 31. *De oper. libert.* nam & ibi præstatio erat merè voluntaria, ut ex ea in futurum nulla possit deduci obligatio, cum quæ voluntariè præstantur non labefaciant alicujus privilegium, *l.* 2. *inf. De veteran.*

Non etiam obstat *d. l.* 6. *De usuris*, quæ requirit longo tempore sint præstitæ usuræ, ut obligatio inducatur. Quod interpretatur quidem Cujac. *ad d. l.* t de triennio, alii tamen communiter de decennio. Cujus ratio est, quia ibi incertum, an res, cujus nomine usuræ præstitæ, sit versa in rem patris, qui eas præstitit; quod præsumitur ibi ex plurium annorum præstatione, quæ judicatur non sine causa facta à patre, ut & hæres ad eam teneatur. Quod non obstat dicta *l.* 1. in qua constat fideicommissum inutiliter esse relictum, & tantum quæritur, an ob præstationem obligetur in futurum hæres? Et deciditur, sufficienter agnovisse voluntatem in futurum ex præstatione triennali.

51 Nihil denique obstat *l. Quod bonis* 15. *§. non idcirco sup. Ad L. Falcid.* ubi dicitur, non idcirco cogi hæredem in posterum legata integra solvere, quòd primo & secundo anno, non detracta Falcidia, solvisset; quia ex pura voluntate solverat integra, non etiam ex conscientia relicti, illud agnoscendo, quia defunctus permiserat detractionem, quam non poterat jure isto prohibere. Et hoc ita, quatenus voluntas non continet defectum consensus, sed tantum solemnitatis; nam alias esset tantum nuda voluntas præstantis, quæ non obligat in ejus præjudicium, quo minus, si nolit, amplius præstet.

Quæri hic posset, An rectè dicatur in *d. l.* 1. agi de præstando relicto in futurum? Causa dubitandi oritur ex *l. Non quemadmodum.* 36. *sup. De judic.* ubi judicium non potest esse in pendenti, id est de his rebus, quæ needum debentur, sed postea futuræ: certum autem hoc casu needum deberi pensiones sequentis temporis, *l. Nec semel. Quando dies legat. ced.* Varii variè hanc rem solvunt, ut videre est ex Glossa & aliis ad istam legem. Rectius dicitur, imperatorem in *d. l.* 1. nihil aliud velle, quam fideicommissarium non tantum rectè petere sibi exsolvi præteritas pensiones, verum & ei jus suum salvum esse ad petendas futuras, suo scilicet tempore. Quod nihil continet inconveniens, aut aliis juribus minus respondens. Nihil faciente

d. l. 36. quia loquitur in rebus, quæ necdum debentur, etsi spes sit, quòd debebuntur. Videatur Castren. *ad d.l.1. opposit. 5.*

52 Et hæc ita de voluntate non solemni. Ubi dubitari posset, An eâ non obstante, si hæres fuerit certus de voluntate defuncti, teneatur præstare relictum? Quod etsi negandum videatur, ob loca superius allegata, quæ negant valere actum, ubi desunt solemnia: contra tamen responsum est in *l. fin. C. De fideicom.* ubi hæres, qui dicitur rogatus dare, licet probari nequeat, ob testium absentiam, nisi juraverit ad delationem actoris, se non fuisse rogatum, cogitur præstare fideicommissum; frustrà allegato solemnitatis defectu, cum ubi finis habetur, non debeat curari de mediis, nec sit confugiendum ad externa remedia, quando habentur propria & indubitata. Contraria loca accipienda sunt, quando non potest constare de voluntate, nisi per scripturam, aut testes, uti dictum suprà de testamentis.

53 Spectat etiam ad effectum fideicommissi, quod res fideicommisso obnoxiæ alienari nequeant. Qua tamen in re distinguendum, an simpliciter sit quis rogatus hæreditatem, aut rem certam restituere, an verò id, quod ex hæreditate superest. * Posteriori casu alienatio tenet, si non sit facta studio intervertendi fideicommissi, *l. Titius 34. h.t.* ne malitiis indulgeatur. Quod limitatum jure novissimo, ut non procedat alienandi ista libertas, nisi usque ad dodrantem: voluit enim Imp. fideicommissario salvam esse quartam, datâ eam in rem cautione ab hærede rogato, nisi dotis aut sponsalitiæ largitatis aut redemptionis captivorum causa diminutionem postulet, *Nov. De restit. 108. §. nobis.*

54 Priori casu alienatio non est permissa, & ejus, quòd alienatum persecutio est actionibus vel personalibus ex testamento, vel in rem, non tantum in hæredem, sed & contra quemcumque possessorem. Et hoc, quatenus fideicommissum est purum, aut relictum in diem certum, *l. fin. §. sed quia nostra Cod. Commun. de legat.* Nam si relictum sit sub conditione, aut in diem incertum, qui est loco conditionis, tenet ejus alienatio. Ratio est quia ante conditionem impletam rogatus non potest videri debitori; quo modo antè potest re uti, ejusque dominium transferre; quod tamen revocatur conditione eveniente, *d. l. fin. §. sin autem*, cum resolutio jure dantis resolvatur & jus accipientis. * Ut usucapio aut longi temporis præscriptio non removeat fideicommissarium, quatenus nimirum præscriptio cucurrit, gravato

55 adhuc rei incumbente, quæ non potest nocere fideicommissario, qui agere non potuit. Dicitur autem *d. l. fin. §. sin autem*, non obstare longi temporis præscriptionem; ut possit videri obstare eam, quæ est longissimi temporis, ex regula, quod exclusio unius sit inclusio alterius. Verum contrà dicendum est, nec hanc etiam obstare, per *l. 7. §. illud C. De præscript. 30. vel 40. ann.* ubi non antè præscriptio currit, quàm à die, quo res peti potest: nam præcipuè inducta præscriptio, ne res sint incertæ, ut non currat iis, qui non causarunt incertitudinē, cùm agere non possint, & procedat regula, quod agere non valenti non procedat usucapio. Vid. Balb. *De præscr. p. 3. quinta p. princ. q. 4. & 5.* Pinel. *ad Auth. Nisi triennale C. De bonis mater.* Per. Barbosa *ad Rub. C. De præscr. 30. vel 40. annor. num. 176 & seqq.*

56 Emptor sciens rei gravamen pretium repetere potest, cùm non sit tam grave ejus factum, qui rem non planè alienam emit: qui si ignoraverit gravamen, etiam dupli stipulatione conveniet venditorem. *d. l. fin. § fin.* * Quantum ad quartam Trebellianicam, illa non est subjecta prohibitæ per legem alienationi, cùm debeatur hæredi rogato per legem, & res alienatæ in eam imputentur. *l. 3. §. res hoc tit.* An autem possit prohiberi per testatorem, dicemus infrà.

57

58 Dotis quoque & donationis propter nuptias causa, si legitima doti aut donationi pro dignitate personarum aut natalium non sufficiat, facit diminui fideicommissum, *Auth. res quæ Cod. Commun. de legat. & ibid* Ant. de Padilla *n. 42 & seqq.* Idque ex præsumpta mente testatoris, *l. Mulier. 22 §. cum proponeretur hoc tit.* Menoch. *lib. 4. Præsumpt. c. 189. n. 5.* Fachin. *4. Contr. c. 48.*

59 Dubitari autem posset. An decisio *d. Auth.* locum habeat in extraneo instituto & rogato restituere? Quæ quidem res est extra dubium, inspectis verbis *d. Auth.* quæ facit expressè mentionem liberorum. Verum cùm *d. Auth.* non contineat nisi summarium, expendenda potiùs *Nov. De restitutionib. 39. §. 1.* unde desumpta est: quam volunt quidam non tantum loqui de liberis, sed in genere de omnibus quocumque modo gravatis ex subjecta ratione, quod ea, quæ communiter omnibus prosunt, iis, quæ specialiter quibusdam sunt utilia, sint præponenda. At vero si expendantur penitiùs verba *d. Nov. 39.* videbitur in ejus procemio, in quo ponitur caussa inductiva novæ decisionis, tantùm facta mentione liberorum; & in *d. §. 1.* ipsa decisio relata ad liberos

liberos gravatos tantum, quibus jubetur relinqui legitima & permittitur. eâ non sufficiente ad dotem vel donationem congruam, diminutio fideicommissi, pro qualitate personarum & meriti. Quæ verba non possunt ullatenus ad extraneum transferri, cui non debetur legitima, nec dos, aut donatio propter nuptias constituenda à testatore, cùm tamen Novella se fundet in obligatione constituendæ dotis, aut donationis propter nuptias, quæ tenet ipsum testatorem. Nec est, quod vis ponatur in subjecta ista ratione, quòd *ea, quæ communiter omnibus prosunt, iis, quæ specialiter quibusdam utilia sunt, sint præponenda*; quæ quidem generalis est, etiam comprehendens extraneos, ad eos tamen non potest pertinere, cum de iis nulla sit facta ante mentio. Neque in *d. Nov.* aliorum fit mentio, quam liberorum gravatorum, quibus conceditur diminuere fideicommissum, quatenus requirit dotis aut donationis quantitas, pro qualitate personæ. Unde licet in genere fiat mentio mulieris & viri, est tamen ea generalitas restringenda ad id, quod specialiter agitur, scilicet, ad filium & filiam. Nihil obstante generalitate prædictæ rationis, quæ non est propria & adæquata hujus decisionis, sed ea, quòd, cum teneantur parentes liberis ad congruam dotem, aut donationem, non possint eam impedire. Atque ita subjuncta ista ratio referenda ad id, quod prius dictum, *nuptiis nihil utilius esse*. Quò facit, quòd correctoria sint restringenda, nec extra propositum casum extendenda, qua de re Præses Everardus, *in Loco à ratione legis*, Cujac, *ad d. Novell.* 39.

60 Accipienda autem hæc de restitutione strictè, ut verba testatoris non excedant. Quæ si referantur ad restituendam portionem hæreditariam, id, quòd hæreditario jure ad gravatum venit, restitutioni erit obnoxium, non etiam præceptiones sive prælegata, quæ hæreditatis appellatione non continentur, *l. Si Titius* 96 *sup. De leg.* 3. Censetur enim tantum obnoxia pars ista, quam accipit ut hæres: prælegata autem non accipit ut hæres. Si verò quis rogetur simpliciter portionem suam restituere, venient etiam prælegata, quæ licet non pertineant ad hæreditatem, concluduntur tamen sub portione, *l.* 3. *§. quidam hoc tit.* Idem dicendum, si dixerit testator, Quidquid ex hæreditate mea pervenit, restituas, *l. Cùm verum* 56. *Cod. De fideicomm.* ob verbum, *quidquid*, quod includit omne, quod à testatore perceptum,

61 De fructibus quæritur, An postea percepti restitutione hæreditatis contineantur? Quod negandum, cùm tantùm restituatur id, quod est hæreditatis. Fructus autem post aditionem percepti non sunt hæreditatis, *l. In fideicommissaria* 18. *in princ. hoc tit.* nisi vel testator hoc specialiter expresserit, *l. Quod his verbis* 83. *sup. De leg.* 3. vel ante aditionem percepti fuerint, augent enim hæreditatem; vel mora fuerit commissa ab hærede in restituendo, *d. l.* 18. *in princ.* Ubi sola petitio constituit hæredem in mora, quæ illi, non alii obesse debet. * Interdum & generaliter rogatus restituere tenebitur etiam ad fructus, si ita postulet verborum formula; veluti si jusserit testator restitui quidquid ex hæreditate superfuerit, *l.* 3. *§. nonnumquam sup. De usuris.* Ejusmodi enim verba admittunt quidem bonorum diminutionem per hæredem bonâ fide factam, superflua autem restitui volunt, etiam fructus aut expressè habet *d. §. nonnumquam.* * Cui videtur ex diametro contraria *l. Deducta* 58. *§ penult. hoc tit.* ubi dicitur prædictâ verborum formulâ rogatus hæres non teneri ad fructus. Verùm ibi prior negatio est expungenda, ut vult ratio subsequens, quæ aliàs foret falsa, scilicet quòd fructuum additamentum ea verba non recipiant, id est hæredi non addicantur, ut teneatur eos superfluos restituere, quia aliàs essent additamentum, id est hæredi addicerentur, contra posteriorem partem *d. § penultim.* Cujac. 12. *Observ. cap.* 10. & 9. *Respons. Papiniani ad d. §. penultim.* * Aliud est, si testator jusserit restitui quidquid ex hæreditate pervenit, hâc enim formulâ diminutio quidem removetur, ad fructuum tamen perceptorum restitutionem non tenetur hæres, *d. l.* 83. & *l. Hæredes* 57. *in princ. hoc tit.* quia, uti dictum, fructus post aditionem percepti non tam hæreditati quàm ipsis rebus acceptò feruntur, *d. l.* 18. *§.* 2. nisi de speciali mente aliter constet, ut in *l. Ballista* 31. *hoc tit.* ad quam videatur Cujac. 4. *Observat. cap.* 39. Atque ita cui non licet diminuere res, retinet fructus, & cui licet res diminuere, non retinet fructus superfluos. Habet autem dicta tacita prohibitio tantùm locum in rogato, non etiam in fideicommissario, in cujus favorem ista prohibitio est inducta; nisi & ille rogatus sit restituere, cùm eadem sit ratio non alienandi. Vid. Sebast. Medices *De compensat. qu.* 9. *num.* 19.

62

63

64

65 Est & expressa non alienandi prohibitio usitata testatoribus, de qua in *l. Filiusfamilias* 114. *§. divi sup. De legat.* 1 quæ tamen non alias sustinetur, quàm si caussa vel persona subsit, cujus nomine est facta, veluti caussa conservandæ familiæ, *d. §.*

d. §. divi. Nudum enim testatoris præceptum nullius habetur momenti, ne temerè cuilibet, quòd lubet, liceat, *l Pater* 38. § *Iulius* 4. *l. Lucius* 93. *sup. De leg.* 3.

66 * Prohibitionis ejus, quæ ex caussa facta, ista vis est, quod impediat dominii translationem, cùm testatoris voluntas pro lege habeatur, cujus prohibitio dominii translationem, impedit, *l.* 1. *sup. De fundo dotali, l. fin Cod. De reb. alien. non alienan.* Quo modo proximus repetere potest rem alienatam in extraneum, *leg. Peto* 69. § *fratre & l. Cum pater* 77. §. *libertis* 27. *sup. De leg.* 2. perinde enim est, ac si testator proximam personam vocasset, in casum alienationis. Plures si fuerint gradus rogatorum, præcedunt qui primi sunt, *l. Vnum* 67. §. 5. *in fine, De leg.* 2. sub cautione de relinquenda re in familia, *d. §. fratre.*

67 * Quòd si plures rogati sint hæreditatis vel rei partem non alienare, intelligenda illa prohibitio de re vel parte, quam habet prohibitus à testatore, non autem quoad eam partem, quam habet à cohærede aut adjuncto unà prohibito, *l. pater* 38. § *quindecim* 5. *sup. De leg.* 3. cùm prohibitio alienandi in extraneos concernat singulas personas, & primam alienationem, non etiam ulteriorem: nisi alia appareat mens, uti quando prohibitio concernit favorem familiæ, ut res in ea maneat, tunc enim non tantùm censetur prohibita prior alienatio verùm & ulterior.

68 Dicta accipienda sunt de alienatione voluntaria, quia necessaria causata facto defuncti facit extingui fideicommissum, eo quòd prohibens non possit videri sensisse de hujusmodi casu, *d. §. divi & l. Quis solidum* 78. *in fine sup. De legat.* 2. neque enim caussa vetustior originem habens necessariam venire potest in prohibitionem, ne alteri per alterum injuria inferatur. Caussata necessitas alienandi ex facto prohibiti non statim, sed demùm post hæredis gravati mortem, ponit petitionem fideicommissi: tamdiu enim apud extraneum manebit res prohibita, qui eâ utetur loco hæredis, *d. l.* 69. § *prædium*

69 * Hinc & prohibitio ista non nocebit fisco, si prohibens testator delicto suo caussam confiscandi dederit, ne suo se facto liberet à pœna *d. §. divi.* Si verò prohibitus causam dederit, tum quoad vitam prohibiti delinquentis fiscus incumbit rei gravatæ, non tamen ultra mortem ejus, ne alteri per alterum injuria fiat, *l. Statius* 48. *in fine inf.* D. *jure fisci.*

70 Non oberit quoque eadem prohibitio doti, aut donationi propter nuptias, per *Auth. Res quæ Cod. Commun. de legat.* ubi prohibita alienatio impedimentum non facit, quò minùs dos constituatur ex fideicommisso. Quod obtinet non tantùm in generali prohibitione, verùm etiam in speciali, quâ pater prohibet nomine dotis aut donationis minui fideicommissum. Est enim dos æs alienum, quod pater præstare cogitur per jus commune, & parte invitâ ab eo se non liberat: neque enim potest quidquam jubere testator, quod legibus sit contrarium. Jason *ad d. §. divi Lect.* 1. *n.* 59. *& Lect.* 2. *n* 16 *&* 92.

71 De intrante Religionem quæri posset, An ejus nomine infringenda veniat hæc prohibitio? Quod communius receptum esse tradit Menochius. 4 *præsumpt cap.* 189. *num.* 89. *& seqq.* quam sententiam ipse multis probat, præcipue, quod datum matrimonio carnali non debet denegari spirituali, quod est favorabilius. Gomez. *ad L.* 40. *Tauri num* 87. *vers. Septimo intellige &* Ant. de Padilla *ad d. Auth. Res quæ num.* 54. Rectè tamen quis de ista sententia dubitet, secundum ea, quæ dicta sunt suprà, quòd scilicet testator possit excludere monasterium, etiam tacitè, uti hoc casu videtur, quo vult in familia rem manere, cujus nomine non venit Monasterium. Pro qua parte faciunt, quæ tradit Menochius *d. lib.* 4. *cap.* 85. *num.* 27. *& seqq.* Ubi nihil faciet inopia Monasterii, cùm pro ingressu nihil debeatur, & plures non sint recipiendi, quàm alii possint.

72 Prohibitio itaque hæredi facta ipsum hæredem comprehendit: an & hæredem ejus, quæstio est? Et plerique hoc volunt. In quam partem adducitur textus in *l. Sicut* 5. *si debitori. Quibus modis pignor. vel hypoth. sol.* ubi concessa debitori venditio pignoris ad ejus hæredem extenditur; quæ tamen lex parum urget hac in materia. Magis facit, quod hæredis hæres censeatur testatoris hæres, *l. Heredis* 63 *inf. De V. S. & L.* 7. *in fine De acquir. hær.* Atque ita tenet Bart. *in d. §. divi*, & alii, quos citat Tiraq. *De retract. p.* 1 §. 1. *Gloss.* 6. *num.* 24. In contrarium tamen facit, quòd prohibitio sit odiosa, *l.* 2. *inf. Si quis à parente manumiss.* Ut non tam sit adjuvanda, quam restringenda. *arg. l Cum quidam sup. De liber & posth. hær. instit.* Ut & verius sit, hæredis hæredem non affici dictâ prohibitione, uti patet ex *l. pater* 38. § *filia sup. De leg.* 3. nisi ex adjunctis aliter pateat, veluti si ideo nolit alienare hæredem, ut res in familia maneat. Quò facit, quòd aliàs prohibitio non habeat effectum, quàm si caussa vel persona subsit, cujus respectu ita à testatore dispositum.

73 Idem dicendum de nepotibus, quòd scilicet prohi-

prohibitio facta filiis eos non concernat, cum filiorum nomine non comprehendantur, præcipuè in odiosis, *l. 5. sup. De testam. tut.* cujusmodi est ista prohibitio. Quæ sententia est communiter recepta, ut videre est apud Tiracq. *d. loco nu. 23.* & facit Textus in *Nov. ut restitutiones fideicommiss. 159. §. nos igitur*, ubi prohibitio alienandi facta filiis non afficit eorum nepotes quòd pater noluerit ultra filiorum vitam extendere fideicommissum sive interdictum.

74 Quod si consenserint illi, quorum nomine prohibitio facta, alienatio tenebit, *l. Quoties 11. Cod. De fideicommiss.* cum liceat unicuique præsentis vel futuri juris persecutionem facere deteriorem: quo modo dicitur remittentibus actiones suas non dari regressum, *l. Quæritur §. si venditor sup.*

75 *De adil. edicto.* * Consensisse videtur, qui partem suam alienavit, *d. l. 11.* cùm quod in nobis probamus, in alio frustrà improbemus; & absurdum sit, eum quid petere ex voluntate testatoris, qui ipse ei non paruit, *l. Cum pater. 77. §. libertis De legat.* 2. Ubi si unus solus paruerit, revocat reliquorum partes. Multo magis hæc procedent, si prohibiti simul vendiderint, aut etiam quilibet suam partem; nam hoc facto videntur mutuo consensu precariæ substitutioni renūtiasse. Et hoc ita, quatenus prohibitio eos tantùm concernit, nam si agatur favor familiæ, proximorum consensus sequentes

76 non removebit. * Si nullus de familia fuerit aut superfit, præter possessorem, non potest alienatio diei inhibita ulteriùs, quod desit persona aut causa, cujus favores concernit, ut incipiat esse

77 sine effectu, *d. §. libertis in fine.* * Principis factum nihil potest conducere ad immutationem prohibitionis, cum ex communi sententia non possit alteri jus quæsitum auferre, nisi publica causa aliud suadeat, quæ solet privatæ præferri.

78 Dubitatur, An prohibitio ista duret perpetuo? Receptum communiter, non durare nisi usque ad quartum gradum. *per d. Nov. 159. §. nos verò*, ubi post quartam generationem non est locus prohibitioni. Vult tamen Cujacius istam Novellam non extendi ultra casum, de quo ibi textus agit, scilicet quo mater succedit impuberi filio. Nititur verbis *d. Novell.* quæ habent istam decisionem ita obtinere, quando ab hujusmodi prohibitione facta præterierint quatuor successiones, & ultimus hæredum per intervenientem in medio impuberem hæreditatem capessat. Ut alias hæc prohibitio in favorem familiæ indistinctè posita sit dicenda habere effectum perpetuum, juxta leges antiquas, ita exigente favore familiæ, qui ut perpetuus, ita & perpetuum operatur effectum. Quò facit, quod à legibus pristinis non sit recedendum, nec facilè inducenda correctio, nisi à lege nova exprimatur Jason *ad d § divi nu. 115.* In Belgio non excedit tertium gradum ista prohibitio, ut patet ex Edicto anni 1611. art. 16.

79 Familiæ nomine quid veniat, ex voluntate testatoris est judicandum. Interdum enim tantum agnati significantur eo nomine, interdum & cognati, gener, nurus, *l. fin. C. De V. S.* interdum liberti, libertæ, *d. l. 77. §. libertis.* * Alienationis no-

80 mine venit omnis actus, quo res familiam vel personam, cujus gratiam prohibitio concernit, egreditur, uti venditio, permutatio, in servitutem, feudum, emphyteusim concessio. Donatio quin veniat, extra dubium est, quod per eam contingat dominii translatio. Nec obstat *l. 4. Cod De fideicom.* ubi prohibitus vendere extra familiam, aut pignori dare, sorori rectè donat; nam hoc ideo, quia & ipsa est de familia. * Locationem non

81 venire ex eo patet, quòd non ponat rem extra bona locantis, ut proinde locans non impingat in prohibitionem. Pro quo facit textus in *l Codicillis. § instituto sup. De legat.* 2. ubi prohibitus alienare dicitur indistinctè non contravenire prohibitioni, locando etiam ad longum tempus; nam nec ista locatio facit mutari dominium, ut res non ponatur extra familiam, *Glossa ad d. §. instituto.* Licet in rebus Ecclesiæ locatio ad longum tempus sit inhibita, ex singulari ratione, de qua ※ *De reb. Ecclesiæ non alienan.*

82 Dubitatur, An institutio hæredis sub prohibita alienatione dicenda sit contineri? Quod videtur dicendum, cum per prohibitam alienationem sit prohibitus omnis actus, per quem dominium transfertur, *l. 1. C. De fundo dotali:* per institutionem autem hæredis res in ea causa ponuntur, ut transferantur per aditionem. Et hoc ita, quatenus vocantur extranei, quia contravenitur testatoris voluntati, per *l. Peto 69. § fratre sup. De legat.* 2. ubi prohibitus extra familiam alienare, si externum hæredem instituerit, omnes qui in familia fuerint, fideicommissum petunt. Ut aliud sit, uno ex familia vocato, quia res in familia manet, *d. l. 77. §. cum inter.* Nisi testator voluerit servari ordinem, quia tunc frustrà instituetur remotior, aut res remotiori legabitur: est enim adempta libertas disponendi resque defertur proximis. Si non sint ejusdem ordinis, res

ita tempetanda secundùm Papinianum, ut proximus quisque primò videatur invitatus, secundùm ea, quæ superiùs dicta sunt.

23 Verùm jam dicta de institutione prohibita patiuntur difficultatem per textum in *l. Pater*, 38. §. *duobus De legat.* 3. ubi patronus, duobus libertis hæredibus institutis, ita cavit, *Fundum Cornelianum de nomine meorum exire veto.* Alter libertus ancillæ suæ, quam liberam esse jusserat, partem suam reliquit: quæritur, an reliqui conliberti eam partem ab hærede liberti petere possint? Respondet I. C non contineri. Quæ verba Glossa, Bart. & alii accipiunt, quasi I. C negarit ancillam non contineri nomine *meorum*, ex ratione, quòd libertus liberti mei, non sit meus libertus. Alciatus 4. *Dispunct. cap.* 1. interpretatur, non contineri fideicommisso ancillam, & consequenter fideicommissum ab ea repeti non posse. Videtur hoc dicendum esse, quod non quæratur, an ancilla contineatur sub liberris, sed an ex caussa fideicommissi pars repeti possit, quod negat I. C. per verba, *non contineri* Ratio videtur, quod liberta ista manumissa, etsi non pertineat ad patronum, veniat tamen sub nomine liberrorum in casu *d.* §. in quo non vetuit testator de nomine suo exire, sed de nomine suorum, id est, libertorum, ut insinuat Cuiac. 8. *Respons. Papiniani ad d. l Cum pater* 77 §. *libertis De legat.* 2. & facit ibi textus in §. *cum inter*, ubi quod patronus in familia libertorum suorum retineri voluit non censetur alienatum, si liberta unà ad pretium admissa partem ejus suo filio reliquerit, quasi & hic contineatur nomine familiæ libertorum.

24 Secundo videtur obstare textus in *d. l.* 38. §. *filiam*, ubi institutâ filiâ, ita cavit testator, *Veto adificium de nomine meo exire, sed ad vernas meos, quos hoc testamento nominavi*, unà nimirum & manumissos, *pertinere volo.* Defunctâ hærede & legatariis vernis, ad unum superstitem non pertinet totum ædificium, sed tantùm virilis pars, ut aliæ partes ad hæredes videantur transisse. Dicendum, ibi tantùm esse gravatam filiam, non etiam vernas, ideoque ijs viriles deberi partes. quæ cessante juris adcrescendi transeunt in hæredes præmortuorum, nisi testator ad unum pertinere voluerit, ut in specie *l. Lucius* 22. *De legat.* 2.

25 Non obstat tertiò textus in *d. l.* 38. §. *fundum*, ubi, non obstante prohibitione alienandi, hæredis institutio est permissa: nam ibi tantùm agitur de prohibita alienatione inter vivos, ut non contineatur ea, quæ fit per institutionem, cujus est diversa caussa; ut obtineat regula, quòd à separatis nulla sit illatio. Et ita accipienda *l. Ex edicto.* §. 2. *sup De alien. judic mutan. caus.* & similes, quæ alienationem inter vivos prohibent ex certa caussa, quæ non obtinet in ultima voluntate. Quod attinet ad *l. Qui solidum* 78. § *penult. De legat.* 2. in ea lege in ultimo ex liberis finitum est fideicommissum, ut ille non peccet, extraneum hæredem instituendo.

86 Hæc de testitutione hæreditatis quæ recipientem faciebat olim gerere vices emptoris, ut tradit Theophilus, *Instit. De fideicom. hæred.* §. *restituta*, per imaginariam quamdam venditionem, hæreditate uno nummo adictâ, interpositis stipulationibus, quæ dicebantur emptæ & venditæ hæreditatis, super indemnitate restituendis. Postea loco hæredis habitus; aliquando etiam legatarij.

87 * Hæredis loco quidem erat, si restitutio fieret ex S. C. Trebelliano (quod factum tempore Neronis, Trebellio Maximo & Annæo Seneca Consulibus) quo cautum, ut, restitutâ ex fideicommisso hæreditate, activæ & passivæ actiones in eum, cui restituitur hæreditas, transirent, quia iniquum videbatur, hæredem teneri, apud quem non essent bona hæreditaria, quamvis ipso jure non esset liberatus, & conveniri posset, cùm qui semel hæres est, non desinat esse hæres, *l. Ei qui solvendo* 88. *in fine sup. De hæred. instit.*

88 * Legatarii verò vices sustinebat, quando restitutio fiebat ex S. C. Pegasiano. (quod factum temporibus Vespasiani, Pegaso & Pusione Coss.) quo concessum hæredi restituere rogato retinere quartam, ad modum Falcidiæ, quæ ex legatis retinetur, qualis habebatur loco legatarii partiarii, id est cui legata pars bonorum. Hoc in genere desiderabantur stipulationes, quibus hæres onus hæreditatis transferebat pro rata in fideicommissarium, qui vicissim stipulabatur sibi commodum eorum, quæ ad hæredem postea pervenirent ex hæreditate. Quod si hæres quartam non retineret, ut commodum omne, ita & omne onus in fideicommissarium transibat per stipulationem emptæ & venditæ hæreditatis. Ex parte fideicommissarii stipulatio ita interponi solita, *Quanta pecunia ad te ex hæreditate illa pervenerit, doleve malo tuo factum est, eritve, quo minus perveniat*, tantùm præstari, *l. In illa* 50. *inf. De V. O.* E contrà ex parte hæredis, ut venditoris, videtur interposita fuisse hæc vel similis. *Quantam pecuniam hæreditario nomine dederim, solverim, præstiterim, tantam te mihi præstiturum*

promit-

promittis? Cujac. 2. *Obser. c.* 30. Cavetur etiam eo Senatusconsulto, ut hæres recusans adire hæreditatem ut suspectam, cogatur adire per Prætorem, ad instantiam fideicommissarii, eiq; restituere: in quem hoc casu transibant actiones in solidum, perinde ac si ex Trebelliano esset restituta hæreditas, nullo commodo apud hæredem remanente.

89 * Verùm quòd citra captionem non essent eiusmodi stipulationes, cùm per eas minimè liberaretur hæres ab actionibus, displicere cœperunt & expulso Pegasiano omnis auctoritas attributa Trebelliano: ex quo & hodie fit restitutio, actionibus citra stipulationem transeuntibus in fideicommissarium, pro rata partis restitutæ, §. *sed stipulationes Instit. d. tit.* & remanentibus apud hæredem, pro rata partis retentæ, quæ ex nimis gravata hæreditate est deducenda, vel relicta ab ipso testatore, æquum enim hæredem eatenus sentire onus, quatenus commodum sentit. Nisi rogatus fuerit, deductâ vel præceptâ re singulari, quę quartam aut amplius continet, restituere reliquam hæreditatem: tunc enim, quia est loco legatarii, habet rem sibi relictam sine onere, quòd omne sequitur eum, cui restituta hæreditas, §. *si quis Instit. d. tit.* Legatarius enim rem sine onere consequitur.

10 Quartam itaque ex fideicommissis detrahit hæres universalis restituere rogatus, ex eadem ratione, quà Falcidiæ detractio est permissa; scilicet ne gravatus ob nullum vel exiguum lucrum detrectet adire hæreditatem, & sic intestatum faciat patremfamilias. Detractio ista hæredi quidem permissa, non etiam fideicommissario, quòd in eo dicta ratio cesset, cùm jam sit adita hæreditas, & si nolit eam aliter recipere, parum spectat ad testatorem, cui hæreditas est adita.

91 * Fallit tamen hoc in eo hærede, qui compulsus adijt & restituit; tunc enim fideicommissarius partem, quam potuit hæres deducere, deducit, quia utitur jure hæredis, *l.* 2. *&* 3. § 1. *h. t.* Fallit etiam, si in gratiam fideicommissarij, non detractâ quartâ, integram hæreditatem hæres restituerit; nam & tunc fideicommissarius quartam detrahet, *l.* 1 §. *inde Neratius h. t.* Certum itaque est, posse hæredem deducere quartam, quæ olim dicebatur Pegasianica, hodie autem dicitur Trebellianica.

92 Quæstionis autem est, An ultra istam quartam sit permissum hæredi suo legitimam detrahere? Quod plerique volunt, secuti Canones, quibus permissum est hæredi rogato detrahere quartam Trebellianicam tamquam rogato, legitimam verò tamquam hæredi suo. Quod ut ita rectè sentiant secundùm Canones, quibus hoc est extra controversiam, quippe expressè dec. sum in *c. Raynutius* ✠ *De testam.* non tamen etiam secundum leges. Neque enim valido fundamento probari potest, legibus esse permissum rogato utramque quartam detrahere, cùm certum sit, jure Digestorum tantùm alterius quartæ detractionem esse permissam, ut patet ex *l.* 8. §. 4. *sup. De inoffic. testam.* ubi querelam non movet, qui habet quartam Falcidiam, quæ in legitimam imputatur: & *l. Cohæredi* 41. §. *quod si hæredem* 3. *sup. De vulgari & pupil. substitut.* ubi, retentâ Falcidiâ, reliqua hæreditas venit restituenda. Idem obtinet jure Codicis, uti patet ex *l. Iubemus Cod. hoc tit.* Ubi liberi gravati jubentur restituere reliquam hæreditatem usque ad dodrantem, reservato sibi quadrante; quod est indicium unius tantùm quartæ, non etiam duarum detractionem esse permissam. Idem confirmatur *l. Quoniam Cod. Ad Leg. Falcid.* ubi id tantùm, quòd beneficio legis Falcidiæ filius rogatus restituere potest, ipse ab intestato defunctus transmittit ad suum hæredem. Eodem facit *l. Filium quem* 24. *Cod. Famil. ercisc.* ubi tantùm hæreditaria prædij pars in quartæ ratione retineri posse dicitur. Præsupponere, dictis locis ante fuisse detractam legitimam, meram continet divinationem, nec respondet dictis textibus, qui loquuntur in genere de tota hæreditate diminuenda per detractionem Trebellianicæ, & de reliquo dodrante restituendo, ut non nisi unicam quartam detrahere possit hæres fideicommisso gravatus. Quò facit, quod in Trebellianicam imputentur omnia, quæ gravatus habet ex bonis ejus, qui fideicommissum injunxit, uti dicetur infrà, ut etiam legitima in eam imputanda veniat, quam habens non potest videri gravatus ultra dodrantem. Facit denique, quod nullus detur textus hoc adserens, sine quo loqui erubescit Jurisconsultus. Adferunt quidam, Fachin 5. *Cont. c.* 2. textum in *Nov. de restitutionib.* 39. §. 1. Verum in eo nihil aliud habetur, quam quòd liceat gravato nomine legitimæ deducere sive trientem sive semissem, &, si ea pars non sufficiat ad dotem vel donationem propter nuptias, tum liceat ex reliqua parte substantiæ accipere honestè & secundum personarum qualitatem & merita. Qui locus non potest videri firmare alteram opinionem, cùm potiùs promoveat hanc, quam defendimus, scilicet jure civili non detrahi nisi unam quartam quandoquidem ultra partem legitimam, sive semissem

sem sive trientem pro numero libertorum, non facta mentione Trebellianicæ, dicat subveniendum hæredi in certo casu: Unde extra illum sufficiet sola legitima, & succedet regula, non esse impediendum stare, quod non invenitur mutatum. Est enim correctio evitanda, nisi detur textus expressus. Nihil facit dispositio Canonica, quia ex ea non rectè trahitur correctio juris civilis nisi in causis peccati & spiritualibus. Facit pro hac parte & ratio inductæ detractionis quartæ, scilicet ut hæres invitaretur spe lucri ad adeundum. Quo remedio non est opus ei, qui legitimam habet, cum eam non detrahat filius, nisi & sit hæres, neque enim licet illi, retentâ legitimâ, reliquam hæreditatem repudiare, uti diximus supra, *ad tit. De acquir. vel omitt. hæred.* Facit & *l.* 8. *§. si quis impubes sup. De inoff. testam.* ubi adrogato denegatur querela, ex eo, quod habeat quartam ex rescripto divi Pij: quartam autem al unde habenti denegatur querela, ut ibi dictum. Hæc sententia doctioribus Interpretibus probatur, uti Cujacio 8. *Observ. cap* 3. Goveano *ad l. Falcid. in præfat. num.* 8 *& seq.* Donello 7. *Comment cap.* 3. Fabro *Error. Decade* 11. *cap* 7. *& Dec.* 36. *cap* 4 *in fine*, Hotomano *Illustr. quæst.* c. 43. quamvis contrariam Canonistarum in omnibus ferè totius orbis tribunalibus receptam esse testatur Guido Papa. *quæst.* 52.

93 Cessat detractio hujus quartæ primò, Si hæres adire recusaverit, & coactus fuerit per fideicommissarium adire, quia cùm alieno periculo adiverit hæreditatem, meritò ab omni commodo est arcendus, *l.* 4. *h. t.* Quod non tantùm procedit quoad hæredem, seu & quoad fideicommissarium rogatum restituere hæreditatem Nam licet, legatis & fideicommissis ab hærede relictis, fideicommissarius isto casu quartam detrahere possit, eà ratione, quòd iniquissimum esset, ideo plus ferre legatarium, quòd suspecta adita sit hæreditas, quam alias habuisset, *l.* 2. *&* 3 *in princ. hoc tit.* non tamen si ab ipso fideicommissario relinquatur hæreditas alteri restituenda; tunc enim quartæ deductio ipsi denegata, & hæreditas integra eidem restituenda, *l. Si patroni* 55. *§. qui fidei commissam* 2. *hoc tit.* cùm ejus ratio isto in casu haberi non debeat, sufficiatque hæreditatem esse aditam per hæredem, cujus facto constituitur voluntas defuncti rata, ut non sit invitandus fideicommissarius ad restituendum. Nec est, quòd allegetur, per priorem fideicommissarium, qui coëgit hæredem adire, salvam esse hæreditatem posteriori; nam priore illo recusante cogere hæredem ad adeundum, posteriori est licentia rectâ viâ cogendi hæredem adire, & sibi restituere, *d. l. Si patroni § 2. in fine hoc t.* Quæ lex loquitur quidem de hæreditate, non est tamen ad eam restringenda ejus decisio, cum & in legatis & fideicommissis particularibus idem obtineat, ut patet ex *l. Facta* 63 *§. si cum suspecta h. t.* ubi à fideicommissario relictū, quasi à legatario relictum, est extra beneficium legis Falcidiæ. Et vulti d ipsum ratio, in *d. §. fideicommiss.* expressa, ubi dicitur, aliud esse, ex persona hæredis conveniri, cui detractio fuit permissa, ne alias hæreditas deseratur, ut supra ad Legem Falcidiam dictum est, aliud proprio nomine defuncti precibus obstringi, cujus semel adita hæreditate constituitur firma voluntas. Cæterum hæres coactus adire non tantum admittit quartam, verum & fideicommissum à fideicommissario sibi relictum, quod eo sit indignus, qui destituit supremas defuncti preces. 94

Verum hic quæsitum, An hæres, qui recusavit adire, possit pœnitendo lucrū salvum habere? Negat textus in *l. Nam quod* 14. *§. qui compulsus hoc tit.* hæredem pœnitendo quartam consequi, ob injuriam defuncto illatam, quæ per pœnitentiam non aboletur, *l. Qui ea mente* 65. *inf. De furt.* Nec est contrarium, quod habetur *d. l* 55. *§. quid ergo hoc tit.* ubi dicitur, hæredem pœnitendo posse inducere Falcidiam, ut & fideicommissum videatur sibi servare posse: nam ag tur ibi de hærede, qui ante conditionem impletam recusaret adire; talis enim pœnitere potest, cum ante conditionem non cogatur adire, ut needum possit dici facta injuria defuncto per recusationem, uti facta est in casu *d. §. qui compulsus*, quo nulla subest conditio, aut ea est impleta. Cessat & plerisque casibus, quibus Falcidia, de quibus actum est suprà ad L. Falcidiam. Non perdi ob inventarium omissum dictum est ad Tit. *De jure deliberandi.*

95 Extra dubium quoque est, non potuisse illam prohiberi jure veteri, quod esset juris publici, cui non contravenitur per actus privatorum, *l. Quod bonis* 15 *§.* 1. *sup. ad L. Falcid.* quia tamen Falcidiæ deductio de jure novissimo prohiberi potest secundùm tradita ad dictum Tit. dubitatur. An ea prohibitio locum habeat & in Trebellianica? Videri possit, non habere, quasi jus vetus non mutatum non sit prohibendum stare. Nihil obstante *Nov.* 1. *§. si vero expressim*, quæ tantum loquitur de Falcidia, ut correctio ibi facta non sit trahenda ad Trebellianicam, non comprehensam

sam sub Falcidia. Deinde non videtur eadem esse ratio Trebellianicæ, quæ est Falcidiæ: nam hæres gravatus fideicommisso potest cogi adire, si nolit, non etiam gravatus legatis. Fachin. 5. *Contr. c.* 5. 6. & 7. Verius tamen & Trebellianicæ prohibitionem hodie fieri posse, & esse permissam in *d. §. si vero expressim.* qui etiamsi loquatur de Falcidia, ratio tamen ibi subjecta, scilicet ut servetur voluntas testatoris integrè, & hæres non tam in percipiendo, quàm piè agendo lucrum habeat, convenit etiam Trebellianicæ: Unde & ad eam spectabit nova decis. *d. Nov.* 1. cùm ratio in lege expressa sit pro lege, & ubi illa locum habet habeat etiam locum ipsa lex, etiam in correctoriis, *arg. l. Flumin sup. Ad S. C. Macedon.* Nam extensione non admissâ ad aliū casum, conclusum sub ratione novæ legis, non foret illa adæquata suæ rationi, & sic non justa. Nihil facit ratio disparitatis jam allegata, quia ista nihil facit ad derractionem quartæ. Ita tenet alios citans Vasqu *tom.* 2. *Success. §.* 20. *n.* 2. Quo fiet. quod Falcidiæ nomen non rarò comprehendat Trebellianicam, & in materia detractionis Trebellianicæ frequens sit usus nominis Falcidiæ. Gomez. 1. *Var. cap.* 5 *num.* 11. Covarr. *ad c. Raynaldus §.* 3. *num.* 9. *x De testam.*

96 Quod attinet ad detractionem quartæ in relictis ad piam causam, idem dicendum, quod suprà de Falcidia dictum. Faciunt & ea, quæ imputantur in quartam, cessare detractionem. Cuius ordinis sunt fructus, non tantum percepti ante aditam hæreditatem, quos certum est hæreditatem augere, sed & post aditionem percepti. Quod non accipiendum indistinctè, sed sub distinctione, an sint percepti ab eo, qui purè rogatus est restituere, an verò ab eo, qui sub conditione vel in diem: hoc enim casu tantum imputandi veniunt, non etiam illo *l. Mulier* 22. *§ si hæres hoc tit.* Ratio diversitatis est, quòd ea tantum imputentur, quæ capiuntur ex judicio testatoris, *d. §. si hæres.* Purè autem rogatus non videtur capere ex judicio testatoris fructus, sed ex negligentia fideicommissarii: gravatus vero in diem vel sub conditione, ante ejus eventum ex judicio testatoris fructus percipit. qui videtur voluisse, ut eos perciperet tempore intermedio, non gravando nisi post diem aut conditionem. Non obstat *l. in fideicommissaria* 18. *hoc tit.* in cuius principio dicitur, fructus non restitui, nisi mora sit facta, aut specialiter hæres rogatus eos restituere: & §. 2. nihil aliud restitui, quam quod est hæreditatis. Fructus autem postea percepti non hæreditati, sed ipsis rebus accepto feruntur: nam aliud est restituere fructus, aliud imputare in quartam, ut expresse habetur *d. l.* 18. §. 1. Excipe liberos primi gradus, qui indistinctè fructus in quartam non imputant, sed eam ex rebus hæreditariis detrahunt, *l. Iubemus C. h. tit.* ubi Imp. decisionis istius extensionem prohibet ad alias personas: Ut idem nō obtineat in nepotibus restituere gravatis, quia favorabiliores sunt liberi primi gradus, quam ulterioris. Loquitur autem *d. l. Iubemus* in casu, quo restitutio facienda aliis liberis, ut possit videri ejus decisio non obtinere in casu, quo restitutio facienda extraneis. Verum major ratio est, ut jussi restituere extraneis non imputent fructus, quam jussi restituere aliis liberis. Facit, quòd prohibitio extensionis tantum concernat liberos gravatos primi gradus, quibus beneficium indulgetur, ut non teneantur fructus in quartam imputare; non etiam odium eorum, quibus restitutio facienda. Sebast. Medices *De Compensat. p.* 1. *quæst.* 9. *nu* 19. *& seqq.* Fachin. 5. *Contr. c* 10.

97 Controversum est, an legata, fideicommissa, conditionis implendæ causa accepta, in quartam Trebellianicam sint imputanda? In Falcidiam ea non imputari certum est, quod in eam nihil imputetur nisi quod jure hæreditario capitur, *l. Quod dicitur* 74 *sup. Ad L. Falcid.* non etiam quod dictis ex causis, *l. id autem* 76. *In quartam* 91. *sup. eod tit.* ubi ea de re actum. In Trebellianicam ea imputari habet communis sententia, Glossæ, Bartoli & aliorum. Pro qua videntur facere ipsa verba textus *d. l.* 91. in qua postquam adserverat Martianus J. C. in Falcidiam nihil imputari, nisi quod jure hæreditario capitur, subjungit per adversativam, *Sed in fideicommissaria hereditate restituenda sive legatum, vel fideicommissum datū sit heredi, sive percipere, vel deducere, vel retinere jussus est, in quartam id ei imputatur.* * Ubi

98 Govean. 1. *Animadvers. c. penult.* vult legendum esse, *Sed & in fideicommissaria*: ut non diversum, sed idem jus ponatur in Trebellianica & Falcidia. Verum ita oporteret legere negative ista verba, *in quartam ei non imputatur*; quæ tamen omnes textus legunt affirmativè. Putat quoque Cujac. 8. *Obser. cap.* 4. non esse differentiam ponendam inter istas quartas, quantum ad imputationem, & versiculum, *Sed in fideicommissaria &c.* scribit prioris sententiæ explicandæ gratia subjunctum esse. Sed & tunc legenda essent verba illa negativè, secundum priorem sententiā,

quæ tamen leguntur affirmative, ut contineant contrarium sententiæ priori. Vult & Cujac. ibid. delendum esse versiculum, *Sed & quod implendæ &c.* in quo agitur de eo imputando in quartam Trebellianicam, quod conditionis implendæ causâ acceptum. Quo admisso, manet tamen differentia quoad legata & fideicommissa, quæ in hanc quartam imputari expressè habet *d. l 91.* non etiam in Falcidiam. Fachin. 5. *Cont. c. 15.* Et ut alia in parte videatur corrupta lectio istius legis, ut videre est apud Ant. Fabrum 6. *Conject. c* 4. non tamen in hac parte, cui respondet *l mulier 22 §. si hæres hoc sit.* ubi quod judicio testatoris perceptum, dicitur imputari in hanc quartam, cujus ordinis sunt legata, fideicommissa, & similia. Ut tantum sit quærenda ratio diversitatis: quam Donellus 8. *Comment. cap.* 26 & plerique alii in eo fundant, quod lex Falcidia velit quadrantem hæreditatis integrum, nullis diminutum legatis, apud hæredem manere, atque ita tantùm hæreditario jure acceptum in eum imputari quale non est legati, fideicommissi, conditionis implendæ causâ acceptum: Senatusconsulto verò Pegasiano detractio quidem permittatur quartæ, non tamen iisdem verbis, ut quarta hæreditatis maneat penes rogatum, sed tantùm quartam retineat quomodocumque acceptam. Verùm ea ratio difficultatē non exhaurit, sed petit principium, ponendo differentiam inter istas quartas, cujus ratio petitur. Alii dicunt hæredem favorabiliorem legatariis, fideicommissarium verò hærede: sed neq; hæc ratio nititur fundamento. Posset in eo poni differentiæ ratio, quòd penes hæredem gravatum legatis totum onus hæreditatis maneat, qui ideo in eo sublevatur, quòd non imputet in detractionem quartæ nisi ea, quæ jure hæreditario capit: gravatus verò fideicommisso non sentiat onus, nisi quoad quartam, quam retinet, quia, uti dictum, actiones activè & passivè transeunt cum parte hæreditatis restituta fideicommissario; ut, cùm non subeat tantum gravamen, non sit sublevandus in eo, ut neque imputet in quartam accepta alio titulo, quàm hæreditario.

TITULUS II.

Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat.

SUMMARIUM.

1. *Legati dies cedit mox à morte testatoris.*
2. *Idque purè relicto legato vel in diem certum.*
3. *Legati sub conditione relicti dies cedit conditionis eventu.*
4. *Conditio, quæ tacitè inest, pro non scripta habetur.*
5. *Relictum sub conditione, sub qua & hæres institutus, pro puro debetur.*
6. *Dies incertus est loco conditionis in testamentis.*
7. *Non etiam in contractibus.*
8. *Relictum alicui, cum erit annorum XIV. est conditionale.*
9. *Legati annui seu quotannis conditio.*
10. *Relictum Principi debetur & successori, non etiam relictum Augustæ.*
11. *Legatum servitutis personalis cedit ab adita hæreditate.*

HÆc de legatis & fideicommissis, quatenus consistunt & diminutionem patiuntur: sequitur inquirere, quando incipiant deberi. * De beri non possunt ante testatoris mortem, quia ambulatoria est voluntas hominis usque ad extremum vitæ exitum, *l. 4. sup. De adim. legat,* ut certum legatum esse nequeat nisi morte confirmatum: quâ subsecutâ dicitur legati dies continuò cedere, non exspecta apertione tabularum, nec aditione hæreditatis. Quod ita constitutum ex causa transmissionis ad hæredem, quæ obtinet in iis ad quæ jus est quæsitum, non etiam quærendum, ut cesso legati die, præmoriente interea legatario, jus ejus ad hæredem transeat, *l. 5. in princ. hoc tit. l. 3. Cod. eod.* Quod non tantùm procedit in legatis & fideicommissis particularibus, sed etiam universalibus ut patet ex *l. 3. Cod. De fideicomm.* ubi mortuo intestato fideicommissario ante restitutionem delatæ hæreditatis, cedit ea illius manumissoribus, quia per mortem testatoris fideicommissario fuerit plenum jus acquisitum ad hæreditatem. Et ita tenet Covar. *ad c. Raynaldus §. 1. n. 3.* ✠ *De testam.* & suprà etiam latiùs hoc examinavimus.

Quod limitandum primo, ut tantùm procedat in legatis & aliis relictis purè, vel etiam in certum diem, *d. l. 5. §. 1.* [illegible]cet inter hæc sit differentia, quod in relictis purè venerit dies, id est, relictum peti possit; in relictis autem in diem cesserit quidem dies, id est debeatur, sed ante diem peti non possit, *l Cedere 213. inf. De V. S.* deseritur tamen, & transmittitur ad hæredem, cui rei servit cessio diei. * In relictis sub conditione nec venisse dies, nec cessisse diei potest ante eventum con-

conditionis, quæ ponit quidem obligationis ſpem, ipſam autem obligationem differt in ſui eventum, etiamſi ea fuerit conditio, quæ in poteſtate ſit legatarii, *d. l. 5. §. 2.* aut quæ certò eventura, *l. Hujuſmodi 13. hoc tit.* Niſi ſit talis, quam Prætor remittit, *d. l. 5. §. 3.* qualis eſt jusjurandi, *l. Quæ ſub conditione 8. in fine ſup. De condit. inſtit.* aut impoſſibilis, quæ habetur pro non adjecta, *d. l. 5. § idemq;* ut legatum ſit purum. Illa quoque conditio non impedit diei ceſſionem, quam quò minùs impleverit legatarius, ſtetit per hæredem, aut eum, in cujus perſona implenda erat; habetur enim pro impleta, *d. l. 5. §. item ſi qua*, qua de re latius actum ſuprà *ad tit. De condit. & demonſtrat.* * Non impedit etiam ceſſionem diei

4 conditio, quæ tacitè ineſt, cùm non faciat legatum conditionale, *l. Conditiones 99 ſup. d. tit.* etiamſi exprimatur, *l. ſi Titio. 22. §. 1. hoc tit.* quia expreſſio conditionis, quæ tacitè ineſt, non mutat ejus naturam, *l. 3. Cod. De fidejuſſor. l. 7. § pen. hoc tit.* ut ideo pro non ſcripta habeatur, *d. §. 1.* * Reli-

5 ctum ſub conditione eadem, quâ gravatus eſt inſtitutus, neutiquam poteſt dici conditionale, ad effectum impediendæ ceſſionis diei, *l. Aliquando 107. ſup. De condit. & demonſt. l. Si dies 21. §. 1. hoc tit.* Unde ſi poſtea impleatur conditio, etiam poſt mortem legatarii debebitur legatum ejus hæredi, *d. l. 21. § 1.* Retrotrahitur enim conditio hæredi adſcripta, & facit legati ab eo relicti diem tum ceſſiſſe, quando mortuus eſt teſtator. Idem eſt dicendum, ſi ab hærede ſub conditione inſtituto purè alicui legetur, aut etiam à legatario, cui ſub conditione relictum, *l. Cùm ſine 19. §. 2. h. tit.* E contrario etiam purè relictum tranſit in conditionale, ſi ſub conditione adimatur, *d. l. 107. & l. 6. hoc t.* quòd perinde habeatur, ac ſi ſub contraria conditione ſit relictum: unde ante ejus eventum decedens legatarius nihil tranſmittit, *l. Si legatum 10. ſup. De adim. legat.*

6 Conditionis loco eſt dies incertus, ſaltem in teſtamentis, *l. Dies 75. ſup. De condit. & demonſtr.* Quo modo qui legat, *cùm morietur hæres*, legatario ante hæredem defuncto nihil quæſitum juris, quod tranſmittat, *l. 4. & 5. hoc tit.* Nam licet iſte dies non poſſit non evenire, poteſt tamen contingere, ut præmoriatur legatarius, cui proinde nihil acquiretur, *l. 1. § 2. ſup. De condit. & demonſt.* debet enim ſupereſſe eo tempore, quo cedit dies. E contrà relictum legatario, *quando ipſe morietur*, quia certum eſt diem eventurũ, & quidem utiliter, tranſmittet ipſe legatũ ad hæredem; quandocumque enim morietur, cedit dies, *d. l. 4. in fine* etiamſi in individuo ſit incertus diei eventus. * Dixi, in teſtamentis; quia in contractibus dies etiam incertus facit teneri promittentem. Unde ſi quis promiſerit dare, cùm morietur, non inſpicitur, an ſuperſit tempore mortis promiſſoris is, cui promiſſum: nam hæredi ejus cedit, cùm ſpes conditionis in contractibus tranſeat ad hæredem, non etiam in ultimis voluntatibus. Hinc promiſſum ſub conditione, quando moriar, ſi ante ſolvatur, non reperitur ut indebitum, *l. Nam ſi 17. ſup. De condict. indeb.* Ratio diverſitatis eſt, quod in ultimis voluntatibus teſtator voluerit benefacere illi, cui reliquit, non etiam hæredi; ut neceſſe ſit, legatar ũ ſupereſſe eo tempore, quo ea die dies, al as deficiet voluntas. In contractibus autem non tantũ ſibi quis contrahit, verum & hæredi ſuo.

Eſt & legatum conditionale, quod relictum a- 8 liu ut, *cùm factus erit annorum quatuordecim*: nam licet iſta forma conditionis modum non contineat, ponit tamen conditionem, *ſi factus fuerit annorum quatuordecim*, ut ante mortuus legatum ad hæredem non tranſmittat. *d. l. 22. in princ. hoc tit.* Aliud dicendum, ſi data legata non antè accipi voluerit teſtator, quam legatarius ad certum ſtatum pervenerit, quia continet potiùs moram ſolvendi, quàm conditionem, uti expreſſum *l. penult. Cod. hoc tit.* atque ideo præmortuus legatarius petitionem tranſmittit ad hæredem, *l. Firmo 26. §. 1. hoc t.* Cenſetur etiam tempus ſolvendi, quando quis dari vult quinquaginta ex reditu prædiorum futuri anni, *d. l. 26. in princ.* Ad idem facit textus in *l. Sejus 46. ſup. ad S. C. Trebell.* ubi rogatus reſtituere hæreditatem filio teſtatoris, cùm pervenerit ad annos ſedecim, antè moriente filio, hæredibus ejus reſtituit, eo quòd dies adjectus tantùm contineat prorogationem temporis, non etiam conditionem: ut tempore mortis teſtatoris ceſſerit iſtius fideicommiſſi dies.

Annui vero legati ea conditio eſt, ut non unum 9 legatum tantùm conſtituat, ſed plura, & dies ejus per ſingulos annos cedat, & quidem initio cujuſque anni, *l. Cùm in annos & l. Nec ſemel 12. in princ. & § 1. hoc tit.* quo modo ſufficiet initio cujuſque anni legatarium ſuperfuiſſe, licet paulo poſt deceſſerit: ceſſit enim dies legati, ejuſque petitio ad hæredem tranſmittitur, *l. 1. Cod. hoc tit.* Quod & dicendum, ſi quotannis legatum ſit, niſi alia appareat teſtatoris mens. quæ in hiſce præcipuè attendenda, qui per diviſas penſiones hæredi conſultum voluit, *d. l. 12. §. ſed etſi.*

Quod

10 Quod de conditione dictum, exceptionem patitur in eo, quod Principi est relictum, qui licetante legati diem decesserit, successori tamen ejus legatum debebitur, *l. Quod Principi 56. sup. De leg. 2.* Cujus ratio est, quod Principi sub appellatione Principis relictum censeatur relictum ipsi imperio, quod non moritur. Idem est, si cui alii sub nomine dignitatis aut administrationis relinquatur, quæ non moritur, ut mortuo possessore debeatur nihilominus successori; in quam rem facit *l. Annua 20. sup. De annuis legatis.* Aliter censendum de relictis Augustæ, scilicet ut, si ante diem decesserit, legatum non debeatur ei, quæ succedet, *l. Si Augustæ 57. sup. De leg. 2.* Ratio est, quod legatum Augustæ non possit videri legatum imperio, cujus non habet administrationem.

11 Secundò limitanda dicta de cessione diei, ut non procedant in personalibus, quæ personæ legatarii cohærent, cujus ordinis est ususfructus, usus, habitatio. Cùm enim hujusmodi personam non egrediantur, sed ea cum extinguantur, cessio diei ante aditam hæreditatem nihil in eis operaretur, *l. 2. & 3. hoc tit.* quæ inventa est, ne per moram hæredis non adeuntis (ante aditionem enim non potest capi petive legatum, quia nemo est, à quo peti possit) extinguatur legatum, sed transmittatur ad legatarii præmortui hæredem, quæ transmissio inutilis est in dictis, cùm transmitti nequeant.

TITULUS III.

Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum caussâ caveatur.

SUMMARIUM.

1. *Cautio hæc quare introducta.*
2. *Quid eâ contineatur, & à quibus præstanda.*
3. *Non præstat eam fiscus aut Respublica.*
4. *Quibus præstanda.*
5. *Idonea esse debet, & semel cautum esse sufficit.*
6. *Cautio hæc remitti à testatore potest.*
7. *Cur usufructuario remitti non possit.*

AD perficiendum tractatum eorum, quæ ultimâ voluntate relinquuntur, superest videre de satisdatione legatorum & fideicommissorum servandorum, maxime quæ in diem vel sub conditione sunt relicta. 1 * Nam cùm nondum legatarius rem possit petere, justè postulat sibi caveri, ne inter moras re dilapidatâ, aut hærede facto non solvendo relictum intercidat. Habet & locum in pure relictis, si nonnullas moras exercitium judicii habeat, *l. Hac stipulatio 14. & 15. hoc tit.*

2 Continet hæc cautio, ut quib. testator dari fierive voluit, detur fiatve his diebus, dolusq; malus absit, *l. 1. in pr. h. t.* Præstanda non tantùm ab hærede, sive per se, sive per alium sit heres, sive ex testamento, sive ab intestato, cujuscumq; sit dignitatis vel facultatum, *d. l. 1. §. 1. & l. Etiam 15. in fine hoc tit.* sed & ejus successore *d. l. 1. §. non solum 3.* à substituto, fideicommissario *d. l. 1. § is etiam 7*, & denique ab eo, à quo aliquid relictum. 3 * Excipe fiscum, *d. l. 1. § si fiscum 18.* quòd habeatur idoneus & solvendo. *l. 3. §. item sciendum sup. Si cui plus quàm per leg. Falcid.* Remissa etiam hæc satisdatio Rebuspubl. ex eadem ratione, quòd videantur solvendo esse; à quibus tamen repromissio exigenda, *l. Si quando 6. hoc tit.* Videtur etiam remissa Illustribus, *per l. pen. Cod. De dignitatibus lib. 12.* cùm sufficiat eos exponere juratoriam cautionem.

4 Præstanda est legatariis, eorum successoribus, procuratoribus, *d. l. 1. §. non solùm cum seq.* fideicommissariis, *d. l. Hac stipulatio 14. hoc tit.* Quod si duo sint ejusdem nominis contendentes super legatis, utrique satisdandum esse habet. *l. Si duo 19. hoc t.* ne fortè victori alteri non sit cautum.

5 Cautio illa idonea sit necesse est, scilicet per fidejussorem, quòd certior sit per eum cautio. Sufficiet autem semel cautum esse: neque enim iteratò exigi poterit, ex eo, quòd dicantur fidejussores egeni, *l. 3. in fine inf. tit. seq.* nisi nova causa allegetur, quòd nimirum ex inopinato fortunæ impetu substantiam amiserint, *l. 4. inf. tit. seq.*

6 Dicta de præstanda cautione procedunt, si testator cautionem non remiserit, aut exigi vetuerit, id ipsum lege permittente, *l. fin. in princ. h. t. l. 2. & 4. C. eod.* cùm quòd in favorem ultimæ voluntatis tuendæ inductum est, remitti possit ab eo, cujus favorem concernit, *d. l. 2. & arg. l. pen. C. De pact.* Potest enim quilibet juris sui persecutionem facere deteriorem, *l. Pactum 46. sup. De pact.* Remissionis sive ex testatoris, sive ex ejus, cui caveri debuit, voluntate, expressa tacitave, ea vis est, quòd ampliùs peti nequeat, ut caveatur, ne quidem si hæres substantiam dissiper, *l. fin. in princ. h. t.* 7 * Quæ res patitur difficultatem ob *l. penult. Cod. Ut in poss. leg.* & ob *leg. 1. Cod. De usufructu*, ubi non potest testator remittere cautionem fructua-

fructuario. Dicunt aliqui ibi agi de cautione de utendo boni viri arbitratu, cujus remissio inducit ad delinquendum, de qua tantùm ibi agi patet ex *l. 4. Cod. De usufr. & l. 7. Cod. Ut in possess. legator.* hîc autem agi de legato præstando, quæ res primâ facie non invitat ad delinquendum. Et hanc rationem communiter dari tradit Vasq. *De success. tomo 1. §. 7. num. 21. & seqq.* & Molina *De primogen. lib. 1. c. 15. n. 26.* Non videtur tamen hæc ratio diversitatis omninò secura, cùm eadem detur, & æque invitetur ad delinquendum ipse hæres, ut patet ex *l. fin. in princ. h. t.* ubi etiam dissipans hæres bona non compellitur cavere. Ut rectiùs dicatur, cautionem de utendo arbitratu boni viri esse inductam in favorem hæredis, cui lex consultum voluit, ut nequeat contravenire testator: cautionem verò de præstandis legatis esse in hæredis onerationem, atque ita remitti posse. Quod si non obstante remissione nihilominus cautio exacta fuerit ab hærede, remissionem ignorante, ea condici poterit; nisi sciens eam remissam præstiterit quia videtur se onerare voluisse. Quod & dicendum, si crediderit remitti non potuisse, eo quòd ignoranti jus non succurratur, *l. 1. inf. tit. seq.* Cessat etiam cautio, si manifestum sit, non valere legatum ex eo, quod iniquum sit supervacua cautione aliquem onerari, *d. l. 14. §. 1.*

TITULUS IV.

Ut in possessione legatorum vel fideicommissorum servandorum caussa esse liceat.

SUMMARIUM.

1. *Hærede cavere legatorum nomine recusante fit missio in possessionem.*
2. *Missio ea facienda in omnia bona.*
3. *Effectus hujus missionis.*

Si legatorum vel fideicommissorum præstandorum caussa cautum non fuerit, neque per legatarium aut fideicommissarium stet, quò minùs caveatur, Prætor legatorum & fideicommissorum servandorum caussâ mittit eum, cui cavendum erat, in possessionem, *l. 1. §. 1. hoc tit.* Dico, non stet, quò minùs caveatur, quia si non fuerit, qui interpellari possit, nihilominus in possessionem mittetur, ut sint relicta secura, veluti si per dolum aut latam culpam hæredis steterit, quò minùs caveatur, quod & in hærede hæredis observandum, & alterius nominis successore, *d. l. 1. §. si hæres eum 2. seqq.* Quòd steterit per legatarium aut fideicommissarium, quò minus caveatur, nulli imputandum venit, quàm legatario, ejusque negligentiæ. Neque enim Prætor in possessionem mittit, nisi hærede temerè recusante satisdare: non temerè autem recusat aut differt, qui non interpellatus, cum non teneatur sponte offerre satisdationem. 1

Fit missio in possessionem omnium bonorum, quæ in ea hæreditate sunt. *l. Quamvis 13. h. t.* etiam ea, quæ dolo malo ejus, cui restituta hæreditas, esse desierunt in caussa hæreditaria, *l. Si legatorum 8. hoc tit.* Quod quidam emendatum putant per *Novel. De exhibendis reis 53. § si verò vers. igitur*, ubi dicitur fieri missio pro modo debiti, ut videatur non facienda in omnia bona. Verùm, ut ibi notat Cujac. verba ista non denotant non fieri missionem in universa bona, sed fieri debiti servandi caussâ quorum venditione factâ singuli pro rata debiti portionem ferent. In res hæredi proprias non fit missio, nisi post sex menses, secundùm edictum Prætoris, si hæres neque satisdedit, neque satisfecit legatariis, *l. 6. C. hoc tit.* 2

Hujus missionis non is est effectus, ut missus fiat dominus, sed tantum jus pignoris consequatur, nec tam fit possessionis caussâ, quàm perpetuæ custodiæ: quo modo venditio rei per hæredem non nocebit caussæ pignoris, *l. 3. & 5. Cod. hoc tit.* 3

FINIS LIBRI XXXVI.

HENRICI ZOESII, J. C. IN LIBRUM XXXVII. DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De Bonorum possessionibus.

SUMMARIUM.

1. *Bonorum possessio quid?*
2. *Cur à Pratore inducta?*
3. *Alia ex testamento, alia ab intestato, & hujus varia species.*
4. *Sublata bonorum possessio* Unde decem personæ
5. *Sublata & bonorum possessio* Tamquam ex familia.
6. *Quibus detur, & à quibus agnosci possit.*
7. *Non agnita non transmittitur. Exceptio.*
8. *Filiusfam. etiam inscio patre agnoscere bonorum possessionem potest, adire hæreditatem non nisi jussu patris.*
9. *Agnoscit tutor pupillo, mater filia impuberi &c.*
10. *Possessio intra quod tempus petenda.*
11. *Tempus hoc quibus non currat.*
12. *Ius adcrescendi hic etiam locum habet.*

Succeditur in bona defuncti vel jure civili, ex testamento aut ab intestato, vel jure prætorio. Successio ex testamento prius explicata secundum Legem XII. Tabb. *l.* 1. *in princ. inf. Si tabula test. nulla ext. b.* & secundùm regulam juris, quæ habet, quòd dispositio hominis faciat cessare dispositionem legis. Antequam autem ad legitimam successionem perveniatur, interponitur hæc prætoria, quod ea partim sit ex testamento, partim ab intestato. Consistit in bonorum possessione, quam dat Prætor. * Et est jus persequendi, retinendique patrimonii sive rei, quæ cujusque cum moreretur, fuit, *l.* 3. *§. h. t.* Dicitur persequendi, quia imploratur officium judicis: in quo distinguitur à successione civili, quæ in voluntate consistit, soloque animo acquiritur, citra interpellationem Magistratus, *l. Pro hærede* 20. *sup. De acquir. hæred.* Verba, *quæ cujusq; cum moreretur, fuit*, indicant bonorum possessorem nō differre effectu ab hærede, cùm commoda hæreditaria & incommodo ad eum spectent. *l.* 1. *&* 2. *hoc tit.* Bonorum enim appellatio hic non capitur pro iis, quæ supersunt, deducto ære alieno, ut aliàs, sed pro omnibus iis, quæ in hæreditate inveniuntur. Requirunt aliqui hæc verba, *jure Prætorio*, quibus distinguatur bonorum possessio ab hæreditate: frustrà nam ab ea satis distinguitur per verba: *persequendi retinendique*, actionibus scilicet possessoriis & exceptionibus, non etiam civilibus, quas subministrat hæreditas ex lege, quæ hæredē facit, cùm Prætor tantum faciat possessorem, *§. quos autem Instit. eod.* Alias differentias inter hæreditatem & bonorum possessionem colligit D. Mudæus *ad Tit. Cod. Qui admitti ad bonor. possess. poss.*

Distat hæc bonorum possessio plurimum ab ea, de qua infrà, & in Cod. *De acquir. vel amittenda retinenda ve possess.* cum hæc sit magis juris, *l.* 3. *hoc tit.* illa vero corporis potius & facti. Inducta à Prætore ad mitigandum juris civilis rigorem, quod partim emendat, liberos emancipatos, cognatos, postumum alienum admittendo ad bonorum possessionem, quos jus civile negligebat, *Instit. eod. in pr.* partim impugnat, dando bonorum possessionem contra tabulas, emancipatis testamento præteritis, qua de re infra Tit. IV. partim confirmat, admittendo ad bonorum posses-

sessionem institutos, suos itidem & agnatos ab intestato. Cujus rei utilitas in eo est, quòd licet jure civili admittantur, justiùs tamen possideant, qui Prætore auctore possident, *l. justè inf. De acquir. poss.* quæ possessio prodest an interdictum horum bonorum. Utilem verò hanc de bonorum possessione materiam, nullumque ferè ejus esse caput, quod non alicui sit & hodie necessarium, si velit succedere, tradit dicto loco Mudæus.

3 Est autem bonorum possessio alia ex testamento, alia ab intestato. Illius duo sunt modi, prior contra tabulas testamenti, alter secundũ tabulas, cuius olim octo fuerunt species. Ut in universum fuerint decem bonorum possessiones, quæ enumerantur in §. *sunt autem Inst. eod.* Eas Imperator ibi in sex ordinarias redegit, quos scilicet ex testamento, & quatuor ab intestato; atque unam extraordinariam subjunxit. Vocat autem ordinarias, quòd sint fundatæ in aliqua certa & expressâ Edicti Prætorii parte I. *Contra tabulas*, de qua infrà *Tit. 4. II. Secundum tabulas*, de qua *Tit. 11.* III. *Unde liberi*, quæ est ab intestato prima de qua libro seq. *Tit. 6.* IV *Unde legitimi*, de qua ibidem *Tit. 7.* V. *Unde cognati*, *Tit. 8.* VI. *Unde vir & uxor*, *Tit. 11.* * Sublata itaque bonorum possessio *Unde decem personæ* olim quinto loco posita, quâ extraneo manumissori præferebatur pater, qui filium emancipasset; qui non aliter erat legitimus ejus heres, quam si, contractâ fiducia cum imaginario emptore de filio sibi emancipando manumisisset, ut ipsi manumittendo conservaretur jus legitimæ hæreditatis. Nam si imaginarius emptor filium sibi mancipatum manumisisset, ipse consequebatur jus legitimæ hæreditatis: cui duxit conveniens Prætor decem personas præponere, de quibus *Institut. eod.* §. 3. Cui bonorum possessioni ideo hodie locus non est, quòd per Justinianum sit inductum, ut pater habeat jus succedendi filio emancipato, quasi contractâ fiduciâ emancipasset, & manumissor filii sui extitisset, licet fiducia contracta non fuerit, *l. fin. C. De emancipat. lib.*

4 (marginal number beside "Tit. 11.")

5 * Sublata quoque est possessio, quâ Prætor vocabat *Tamquam ex familia*, vel, ut Cujacius legit, *Tum quem ex familia*, quâ vocabantur agnati patroni: uti & ea, quam habebant patroni, eorum liberi, & parentes, si fortè possessionem. Unde legitimi omisissent; nam & ea erat ijs salva. Quod autem sublatæ sint hæ duæ bonorum possessiones, est propter redactam libertorum possessionem ad eam, quæ est ingenuorum; nisi quòd ad primum gradum sit restricta, sitque eis permissum venire per contra tabulas possessionem & unde legitimi & cognati: & ratio est, quòd decima possessio, quâ veniebant cognati manumissoris, sit sublata.

6 Datur bonorum possessio tam patrifamiliâs quàm filiifam. quatenus huic est testandi jus, *l. 3. §. dari h. t.* Ejus etiam, qui apud hostes decessit *d. l. 3. §. sed & ejus.* Defertur volenti, non invito, *d. l. 3. § invito:* neq; enim quisquam urgetur eam petere, *l. fin. C. Unde legitimi.* Agnosci potest tam ab universitate, uti municipibus, societatibus, decuriis, id est collegiis decurialium, corporibus, *d. l. 3. §. à municipib* quàm à privatis, sive per se, sive per alium, *d. l. 3. §. acquirere*: ex mandato tamen, quo cessante ab aliquo petita non ante competet, quam ratam habuerit. Nisi videatur rata habita, ob favorem ejus, cuius nomine est agnita, si in eam postea inciderit, *l. fin h. t.*

7 * Qui antequam agnoverit decessit, non transmittit ad hæredem eius petitionem, *d. §. acquirere & l. 4. C. Qui admitti ad bon. posses. poss.* ad instar hæreditatis, quam non aditam non transmitti patet ex suprà dictis. Patitur tamen hoc exceptionem in filio suo, qui etiam ignarus mortis paternæ si decesserit, non agnitâ possessione, transmittit hæreditatem ad hæredem. Patitur etiam exceptionem in eo qui est impeditus petere, ut in casu *l. 4. § ult. & l. 5. inf. De bon. poss. contrà tabb.* & in casu *l. Scriptus 12. inf. De Carbon. edicto.* Subvenitur enim tali decreto Prætoris, præmissâ causæ cognitione, qualis possessio dicitur decretalis.

8 Per se agnoscere potest quilibet, cui judicium est. Filiusfam. etiam inscio patre, cui eam acquirit: non antè tamen ei cedet emolumentum, quam si ratum habuerit, *l. 1. Cod. h. tit.* Quod aliter se habet in aditione hæreditatis, quam jussus patris præcedere debet, *l. Si quis 23 §. jussum sup. De acquir. hæred.* Ratio diversitatis est, quòd aditio sit perpetua, hæc autem possessio intra tempus petenda, in quo posset fieri præjudicium filio, si foret illi exspectandus patris jussus.

9 * Potest & tutor delatam possessionem pupillo agnoscere, & pater nomine infantis; *l. Bonorum 7. C. Qui admitti ad bon. possess. poss. & l. Si infanti C. De jure deliber.* Nam & absenti & non petenti dari possessio potest, si idipsum Prætor non ignoret: uti & datur servo, de cujus conditione Prætor est certus, *l. 7. h. t.* ubi & fœminæ pro alio eam petere conceditur. Uti & mater petit filiæ impuberi, cui tamen non acquiritur, nisi Prætor sciat eam impuberem. Impuberi non conceditur eam petenti, sine tutoris auctoritate, nisi Prætor sciverit

eum,

eum, qui petit, impuberem esse, atque ita voluerit evidentes impuberi date, *d. l. 7. C. Qui admitti ad bon. poss. possunt*. Infantis nomine agnita transmittitur ad ejus successorem, etiamsi, antequam loqueretur, sit mortuus, *l. 3. C. d. tit.*

10 Petenda est coram quocumque judice, *l. fin. C. d. tit.* & quidem intra tempus. Liberis & parentibus est tempus annuum utile, *l. fin. inf. Quis ordo in bon. poss. servet.* Quod iis datum in honorem sanguinis: neque enim arcendi erant, qui ferè ad propria bona venirent. Reliquis est tempus centum dierum utilium, ex quo sciverint possessionem sibi delatam esse, *l. 2. inf. d. tit. l. 2. & 4. C. h. t. Qui admitti &c.* ubi satis est, filium scire, etiamsi pater nesciat, quia potuit patri indicare. Patris

11 absentia non nocet filio. *l. fin. inf. d. tit.* * Non currit etiam tempus istud impedito per justam causam, *l. 5. & 8. C. d. tit.* Ignorantia juris non excusat. *l. 1 l. In bonorum 10. h. t.* & ne quidem mulieri prodest, *l. 6. C. sed* cùm agatur de lucro. Nec facit, quod quoad parentes & liberos successio videatur includere debitum, non tamen proprium, cùm amittens spem successionis non dicatur propriè in damno poni; ut potiùs ad lucrum spectet, ad quod non solet juris error prodesse etiam mulieribus. *l. Error 8 sup. De iuris & facti ignor.* In quod differt à jure adeundæ hæreditatis possessio, quod est perpetuum, nisi testator vel judex tempus præscripserit ad petitionem aliorum, qua de re supra actum.

12 Habet & hic locum jus adcrescendi, si fortè aliqui ex iis, quibus delata possessio, eam negligant: adcrescit enim eorum portio aliis, qui eam agnoverunt, *l. un. C. Quando pet. partes adcresc. non petentib. l. 3. in fine & l. 4. C. h. t.* quatenus tamen eodem jure veniunt, nam si diverso, uno scilicet petente contra tabulas, alio secundùm tabulas, non adcrescet pars, nisi Prætor patrono vacantem partem nominatim dederit, ut in casu *l. Sed suus 6. in princ. hoc tit.*

TITULUS II.

Si tabulæ testamenti extabunt.

SUMMARIUM.

1. *Extantibus tabulis decernet possessionem Prætor.*
2. *Licet postea perierint tabulæ.*

Bonorum possessio non antè decernitur, quàm constiterit, tabulæ testamenti extent nec ne, & an petatur ex causa testamenti, an ab intestato.* 1 Extantibus tabulis, etiamsi non proferantur, modò certum sit, eas extare, decernet tamen Prætor possessionem, *l. 1. §. suffic. inf. De bonor. poss. secund. tab.* Si appareant quidem tabulæ, sed in ijs nomen hæredis sit deletum, ut legi nequeat, secundum eas non danda possessio, quia non potest ex conjectura videri scriptus hæres, *l. 1. hoc tit.* * 2 Quod si semel extiterint, etiamsi postea interierint, decernetur nihilominus possessio, quia verùm fuit tabulas extare, *d. l. 1.*

TITULUS III.

De bonorum possessione furioso, infanti, muto, surdo, cœco competendi.

SUMMARIUM.

1. *Tempus bonorum possessionis non cedit ignoranti, & qui pro tali habentur.*

Tempus bonorum possessioni agnoscendæ 1 præscriptum utile est, nec cedit ignoranti mortem testatoris: ut nec furioso, infanti cedat, quia habentur pro ignorantibus, etiamsi tutores & curatores potuerint petere possessionem. Uti nec excluditur infans, si pater ejus nomine possessionem petere negligat. Quòd si curator nolit accipere possessionem, justiùs & utiliùs proximo possessio dicitur danda, ne jaceant bona, *l. 1. hoc. tit.* Mutus, surdus, cœcus, si quid agatur intelligunt, ad bonorum possessionem admittuntur, *l. 2. hoc tit.*

TITULUS IV.

De bonorum possessione contra tabulas.

SUMMARIUM.

1. *Possessiones ordinaria quæ dicantur.*
2. *Possessio contra tabulas quæ & quotuplex.*
3. *Datur liberis naturalibus emancipatis præteritis.*
4. *Non adrogatis emancipatis.*

5. Non

5. *Non exhaeredatis.*
6. *Non adoptatis.*
7. *Datur & suis praeteritis.*
8. *Institutio non datur.*
9. *Vt neque liberis praeteritis testamento matris.*

Bonorum possessio, ut suprà quoque dictum est, alia ex testamento, alia ab intestato. Illius duæ sunt species, alia contra tabulas, alia secundùm tabulas. Huius olim octo fuerunt species, quæ hodie reductæ ad quatuor, de quibus infrà.

1 * Ut hodie tantùm sint sex ordinariæ possessiones, uti videre est *Instit. eod. tit.* quæ ita dictæ, quòd sint fundatæ in aliqua certa & expressa Edicti prætorii parte. Subjuncta est septima, extraordinaria dicta, quod non est edicto Prætoris, sed ex lege aliqua nova aut constitutione deferatur. Exemplum ponit Cujac. 11. *Observ. cap.* 14 in milite capitis damnato ex delicto militari, cuius ex Constitutione Adriani hæreditas & bonorum possessio defertur cognatis ejus, usque ad tertium gradum, *l. 2. inf. De vet. success.* qui aliàs jure communi non veniebant.

2 Possessionis ex testamento species prima ponitur contra tabulas, secundùm ordinem edicti perpetui, quæ & dicitur contra lignum; non quòd contra hæredem scriptum detur, sed quòd contra tabulas testamentarias, quæ ligneæ erant. Scribebant enim veteres & testamenta & instrumenta in tabulis ligneis; unde dicuntur Tabularij, qui tabulas deferunt, ut apparet ex illo Juvenalis, *Satyr.* 16.

Vana supervacui dicens chirographa ligni.

Est autem hæc possessio triplex. Prima datur liberis, de qua hic præcipuè, altera patronis, cuius etiam hic fit mentio; tertia patri contra testamentum filij emancipati, ad exemplum patroni concessa, de qua infrà, *tit. Si à parente quis*

3 *manumissus sit.* *Possessio, de qua hoc loco, competit primò liberis naturalibus emancipatis præteritis, in aliena familia non existentibus, quatenus non emancipati in nepotibus suorum suissent: ut non competat nepotibus ex filio emancipato superstite, *lib. 3. §. si filium habens, lib 4. §. 1. h. t.* quia non sunt futuri sui hæredes, nisi pater præmortuus fuerit, aut deportatus, aut per adoptionem in alienam familiam transierit, *lib. 1. in fine, l. 3. §. si emancipatus, l. 6. & 9. hoc t.* cùm hoc casu sint futuri sui heredes. Quod & procedit; si nepos ex emancipato fuerit adoptatus ab avo, *dict. lib. 3. si filium habens.* * Dico,

4 naturalibus; quia non datur adrogatis emancipatis, quòd non sint ex liberis; solvuntur enim omnia adoptioni jura per emancipationem, *l. 1. §. liberos inf. Si tabulæ testam. nulla extab.* Ut non sint ampliùs habendi loco liberorum, quibus tantùm voluit provisum Prætor: in potestate tamen existentibus adoptivis pater, *l. 1. h t.* quòd catenus habeantur ejusdem juris, cujus sunt quæsiti juris nuptiis. *§. adoptivi Instit. De exhared. liber.* Quod posset hodie videri immutatum per *l. penult. Cod. de adoptionib.* Bart. *ad l. 1. hoc tit.* * Di-

5 co, præteritis; quia non datur hæc possessio exhæreditatis, *d. l. 4. §. 1.* Ratio est, ne contingat tabulas temerè everti, cùm possit esse justa exhæredatio; quo tamen casu salva est querela exhæredato. * Dico, non existentibus in aliena familia;

6 nam in adoptionem dati, eâ durante non habentur ex liberis patris naturalis, sed sunt ferè loco extraneorum. Nisi sint instituti hæredes, & per alium committatur edictum; tunc enim & illi admittentur cum non sint in totum extranei, *l. Non putavit 8. §. in adoptionē h. t.* Posset & hoc videri mutatum per *d. l. penult.* ubi per adoptionem non extinguuntur jura patris naturalis.

7 Secundò, Accommodatur hæc bonorum possessio suis præteritis, licet non necessariò, cùm possint dicere testamentum nullum. Utiliter tamen erunt, si cum paterno judicio agere velint verecundiùs, *l. 1. h. t. l. Is qui 15. in prin. inf. et seq.* Utilitas in eo consistit, quòd ita succurratur scriptis hæredibus, qui, licet tabulæ sint nullæ, jure tamen prætorio bonorum possessionem secundùm eas signatas septem testium signis petere & accipere possunt. Cujac. *ad d. l. Is qui 15. & seq.* Ut & detur postumo hæc possessio, licet nativitate testamentum rumpat, si nec sit institutus, nec ut oportet exhæredatus, *l. 2. Cod. h. t.* * Institu-

8 to non datur, quia is non habet quòd conqueratur, nisi alter emancipatus sit præteritus, cuius occasione & instituto accommodatur hæc possessio, *l. 3. §. si quis ex liberis h. t.* modò non adierit aut immiscuerit se hæreditati secundùm testamentum, quia tum secutus est judicium patris, *l. Si duobus 14. in princ. h. t. l. 5. in princ. & seq.* Nec obstabit, quòd præteritus repudiet possessionem, *l. Si post mortem 10. h. t.* nam sufficit fratri præterito esse viā petendi possessionem, quæ hoc ipso alteri instituto competit, cùm si ex liberis, ut per aliam personam consequatur, quod ex sua non haberet. Quod etiam aliis casibus contingit, ut refert Jason. *in l. Si mater nu. 10. Cod. De inoff. testam.*

 Hæc

9 Hæc ita quoad testamentum patris. Contra matris, aviæ, avi materni testamentum non est hæc possessio liberis præteritis; tum quòd illis nec sint sui, nec futuri, cum fæmina suos hæredes non habeat, *l. 4. §. ad testamenta h. t.* tum quòd præteritio talis sit loco exhæredationis; exhæredato autem non competat ista possessio, uti dictum.

TITULUS V.

De legatis præstandis contra tabulas bonorum possessione petitâ.

SUMMARIUM.

1. *Legata præstanda certis personis petitâ contra tabb. possessione.*
2. *Quod ius & iure novissimo obtinet.*
3. *Differentia hac in re inter suum emancipatum.*
4. *Altero præterito, altero instituto quid juris?*
5. *Quid item juris suo & emancipato præteritis?*

1 Contra tabulas possessione petitâ rescinditur testamentū, ad instar inofficiosi, ut nihil ex eo debeatur, *l. 8. §. penult. sup. De inoffic. testam.* Placuit tamen Prætori ex æquitate quadam naturali, secundum judicium testatoris, quibusdam præstari legata & fideicommissa, parentibus scilicet & liberis, uxori nuruique dotis nomine legatum, *l. 1. in princ. hoc. tit.* in cuius §. 1. dicitur id accipiendum esse de parentibus & liberis in infinitum, quòd generaliter eos Prætor exceperit quatenus inter eos sunt jura cognationis. Ubi veniunt etiam postumi, *d. l. 1. §. fin.* & liberi dati in adoptio-
2 nem, *d. l. 1. §. 2.* * Quod non potest videri correctum per *Novell. 115.* quę loquitur quidem de legatis præstandis, everso per querelam testamento, non tamen de petita contra tabulas possessione. Ut quod dicitur hic de præstandis legatis certis personis, dicendum sit etiam hodie obtinere, quòd jus non mutatum non sit impediendum stare; quamvis aliquibus aliud placeat.

3 Est autem differentia inter suum & emancipatum quoad hanc possessionem, quod scilicet hic teneatur præstare legata saltem exceptis personis, *l. Is qui 1. h. t.* non etiam ille, quòd e-
4 jus respectu tabulæ sint nullæ. * Quòd si alter sit præteritus, alter institutus, interest, ille possessionem petat, an omittat: Nam, præterito possessionem petente, institutus tenetur tantùm ad legata exceptis personis præstanda, de quibus *d. l. 1.* Et hoc sive institutus obtinuerit hanc possessionem, sive adiverit hæreditatem; nam Prætor eum tuetur, qui ex liberis est, & potuit possessionem petere, etiamsi non petierit, ne oneretur magis, quàm alij, qui bonorum possessionem petierunt, *d. l. 15. §. 1. vers. sed si scriptus.* Quod & dicetur, si suus fuerit institutus. Præterito verò omittente possessionem, legata omnibus perinde præstare cogitur institutus, etiamsi contra tabulas obtinuerit, atque si non esse commissum edictum, *l. Nonnumquam 14. h. t.* cùm, præterito non utente jure suo, nihil decedat instituto, nec sit ratio ob quam legatorum præstatio diminuatur; neque enim debet emancipati præteriti occasio lucro afficere institutum. Exhæredato non prodest alteri aperta possessio contra tabulas, *l. Si post 10. §. exhæred. sup. De bon. poss. contra tabb.* quia judicio defuncti est remotus. * Quòd si & suus & emancipatus 5 sint præteriti, suus non tenebitur præstare legata ne quidem certis personis, cum eius respectu non teneat testamentum, & rem ab intestato habeat, *Si duo 16. hoc tit.* Quod non tantum procedet de jure veteri, sed & novo, quo hac in parte nihil immutatum. Nam *Auth. Ex causa Cod. De liber. præter.* loquitur in casu, quo per inofficiosi quęrelam testamentum rumpitur, ut tunc maneant salva legata, non etiam quo suus est præteritus: at emancipatus contra tabulas agens præstat pro sua parte legata personis exceptis, *l. pen. § leg. tit. præced.* Quod & dicendum in casu, quo emancipatus institutus, suus autem præteritus. Nisi suo præterito non concurrente, emancipatus fruatur plena voluntate, tunc enim ęquum est plenum obsequium præstet judicio testatoris, cùm præteritus ei nihil adimat, *d. l. 16. h. t.* Cujac. *ad d. l. Is qui 15. hoc tit. lib. 41. Pauli ad edictum.*

TITULUS VI.

De collatione bonorum.

SUMMARIUM.

1. *Collationis huius origo.*
2. *Conferre & Collatio quid.*
3. *Olim non conferebant emancipati.*
4. *Non sui aut emancipati inter se, neque ascendentes.*
5. *Emancipatus quando conferat suo.*
6. *Emancipatus non confert exhæredatis.*
7. *Emancipati ex testamento venientes olim non conferebant.*
8. *Collatio in quibus bonis locum habeat.*
9. *Emancipati hodie quibus conferant.*
10. *Sui an & quando conferant emancipatis.*

11. Eman-

11. *Emancipati emancipatis non conferunt.*
12. *Sui suis quid conferant.*
13. *Conferre tenentur jure universali succedentes.*
14. *Collationi hodie locus est etiam ex testamento.*
15. *Non habet locum in legatis, fideicommissis.*
16. *Diverso jure venientes hodie conferunt.*
17. *Conferuntur hodie bona profectitia acquisita.*
18. *Non adventitia, neque castrensia aut quasi.*
19. *Non confert filius lucrum dotis.*
20. *Ne quidem ubi pater sustinuit onera matrimonij.*
21. *Ususfructus bonorum adventitiorum, quem pater filio cessit, an conferendus?*
22. *Donatio simplex facta à matre aut avo materne non conferenda.*
23. *Donationem simplicem an conferat filius emancipatus?*
24. *Donatio hac non confertur, repudiata paterna hareditate.*
25. *Donationem simplicem an conferat filiusfamilias?*
26.27. *Conciliatio* l. Si donatione 13. C. De collat. *cum* l. Filiæ 18. C. Familiæ ercisc.
28. *Sumptus in militiam filio comparandam facti conferendi.*
29. *Bona adsignata loco tituli benefitialis conferenda.*
30. *Ut & sumptus impensi ratione dignitatis acquirenda.*
31. *Differt militia à dignitate.*
32. *An conferantur sumptus studiorum causa facti?*
33. *Ratio dubitandi quoad hos sumptus.*
34. *Moderatio, nisi alia mens fuerit parentis.*
35. *Veluti facta protestatione in contrarium &c.*
36. *Quid juris quoad debita studiorum causa contracta?*
37. *Quid item quoad libros?*
38.39. *Libri an peculio quasi castrensi adscribendi?*
40. *In redemptionem filij expensa an conferenda?*
41. *Conferenda exposita pro filio in pœnam delicti.*
42. *Item furto patri à filio subtracta.*
43. *Et soluta pro filio ex causa fidejussionis.*
44. *An & lucrum proveniens ex administratione rerum paternarum?*
45. *Qui & qua ex causa ad collationem teneantur.*
46. *An & liberi inaqualiter instituti?*
47. *Quæ res & quatenus in collationem veniant.*
48. *Collatio quo modo facienda.*
49. *An res in specie sit conferenda?*
50. *Collatio fit & per cautionem.*

Admittit quidem Prætor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos præteritos, facitque eos participes bonorum paternorum cum his, qui sunt in potestate; consequens tamen esse credidit, ut sua bona in medium conferant, qui appetunt paterna, ut videatur per hoc collatio non obtinere, nisi post datam & acquisitam possessionem, ut patet ex principio legis 3. *hoc tit.* Potest tamen, si velit, antè conferre, *d. l. 3 emancipatus:* quo modo videtur accipiendus locus Pauli 5. *Sentent. c. 9. §. fin.* qui habet, eos antè debere conferre. 1

Est autem conferre hic in commune redigere & communicare, & ita in medium conferre, ut fit commune. Ut Collatio sit rei propriæ in communem illatio, ut hæreditati communi permixta inter omnes hæredes æqualiter dividatur: Inducta est à Prætore, ut servaretur æqualitas inter liberos, ne eodem jure venientium alter altero sit potior. 2

Habebat olim locum tantùm in emancipatis, qui contra tabulas cum suis concurrebant, æqualiter cum iis participantes bona paterna, etiam quæsita per liberos in potestate, quæ patri jure potestatis cedebant. Ex quo oriebatur iniquitas, si ipsi sibi quæsita servarent propria, participarent autem æqualiter cum alijs bona paterna; quod iniquum, non tantùm in filiis, verùm & nepotibus. *l. 1. §. si duo h. t.* * Sui inter se non conferebant, eo quòd inæquale in ijs nihil esset, cùm omne, quòd quæsivissent, patri cederet. Emancipati etiam inter se non conferebant, *l. 1. in fine l. 3. §. quoties hoc t.* quod nulla inter eos esset iniquitas, cum singuli sibi acquirant, & si quid uni plus quàm alteri obtigerit, industriæ potius veniat imputandum. Ex hac quoque caussa ascendentes non conferunt, non tantum cum liberis concurrendo, quod indubitatum, cum non concurrant cùm iis, nisi ex testamento, quo casu, secundum jus vetus, ut inferiùs dicetur, non erat collatio; ab intestato autem excluduntur à descendentibus, ut dicetur quoque infrà suo loco: sed nec inter se, cum in ijs cesset ratio inæqualitatis. Chassan. *ad Consuet. Burg. Rub. 7. §. 5. V. meilleur n. 4.* Itaque emancipati præteriti, contra tabulas petitâ bonorum possessione, conferebant suis in potestate manentibus, sive præteritis sive institutis, præcipuè contra tabulas possessionem petentibus, *l. 1. §. 1. h. t.* Nam si ex testamento adierint, vel se immiscuerint, non fiet collatio ex edicto, sed æqualitas, quæ est mater concordiæ, vult fieri collationem, ne injuriam patiantur, 3 4

tur, *l. Si filius* 10. *hoc t.* unde & ab intestato ei locus

5 est, *l. Si emancipati* 9. *C. h. t.* * Tum demum autem confert emancipatus suo, quando aliquid ei aufert; nam aliàs nulla ei fit injuria. Quo modo & cessabit, si institutus plus ferat commisso edicto, quam ex institutione haberet. *l. Non putavit* 8.

6 *§. fin. sup. De bon. possess. contra tabulas.* * Exhæredatis etiam non confert emancipatus, etiamsi exhæredatio sit facta irrita, deserto testamento per scriptum hæredem metu emancipati præteriti, *l. pen §. videamus sup. d. tit.* ex ratione, quod emancipato nihil auferat, imò potius conferat, cum emancipati occasione sit desertum testamentum: ei autem, cui nihil aufertur, non est conferen-

7 dum. * Non erat etiam locus collocationi venientibus emancipatis ex testamento, secundum judicium paternum non plus accipientibus quam pater dedit, *l. 1. §. vel maximè h. t.* nisi pater aliter cavisset, *l. 1. & 7. C. h. t.* quasi non esset reprobanda inæqualitas descendens ex voluntate defuncti, qui potuit de bonis suis pro lubitu disponere & vocare cum liberis extraneos, multo magis e-

8 mancipatos. * Habebat collatio olim locum non tantum in peculio profectitio, sed in adventitio, *l. 1. in princ. h. t.* non etiam castrensi & quasi castrensi, quod hujusmodi peculium sit proprium filiorum, etiam in potestate existentium, circa quod patri nihil est juris.

9 Hæc ita jure veteri, quæ novo acceperunt aliquam immutationem; & primò quidem circa personas. Ubi certum est, emancipatos conferre suis, ex supradicta ratione. Et hoc, sive tempore mortis nati fuerint, sive postea nascantur, modo nati vivo patre fuissent sui, *l. posthumo.* 11. *h. tit.* Non tantum autem conferunt fratribus, verum & suis filiis, qui in potestate avi manserunt, *l. 1. in princ. inf. De conjung. cum emancip. lib.* nam etiamsi tales nepotes soli avo succedant, ut sui ex jure civili, emancipatus tamen filius venit per possessionem contra tabulas ad successionem, qua de re infrà agetur latius.

10 An è contra sui emancipatis conferant, dubitari posset? Et videtur nihil eos conferre teneri, quod nihil habeant, cum omne, quod acquirunt, patri cedat. Speciali tamen jure eis aliquid acquiri certum est, ut dotem, donationem propter nuptias, & adventitia aliquibus in casibus ex jure novissimo, *l. 6. C. De bonis quæ liber.* ubi si dos vel donatio sit profectitia, id est, profecta à parente, cui succeditur, conferenda erit, quasi ex ejus bonis non discesserit, non etiam si dos sit adventitia, sicuti nec ulla alia adventitia conferuntur, uti mox dicetur.

11 Emancipati emancipatis ne quidem hodie conferunt, cum inter eos non possit dici esse inæqualitas: ut in iis jus vetus obtineat non immutatum, nisi quid ab eo parente sint consecuti, cui succedunt, idque ad servandam æqualitatem, quo modo loquitur textus in *l. Vt liberis* 17. *Cod. hoc tit.* qui non est accipiendus generaliter, sed tantum de bonis profectitiis, si quæ habent, conferendis.

12 Fachin. 5. *Contr. cap.* 77. * Sui suis conferunt dotem, si quam habent profectitiam, quia ex bonis parentis abscessit, *l. 4. h. t.* atque ita ponit inæqualitatem. Aliter se res habet in adventitia, quæ licet filiis acquiratur proprietate tenus, cessat tamen ejus collatio, *l. fin. Cod. h. tit.*

13 Non alias autem qui cogendus ad collationem, quam quatenus universali jure succedit, *l. Filiam.* 16. *C. h. t.* nam tantum legatum aut fideicommissum relictum habens, non urgetur conferre, quod potius capiat extero jure, *l. A patre* 10. *C. hoc tit.*

14 Secundò, quoad modum succedendi: nam hodie etiam stante testamento fit collatio, quia præsumitur testator collationis præceptum per oblivionem omisisse, *Auth. Ex testamento C. hoc tit.* Facit, quod testamentum non faciat cessare inæqualitatem, altero fortasse liberorum habente dotem, vel donationem propter nuptias, aut aliud quid singulare, altero nullo munere affecto;

15 * nisi parens expresse collationem prohibuerit, *d. Auth. Ex testamento*, vel etiam tacitè, singulis certas hæreditatis partes adsignando; videtur enim velle adsignatam singulis partem eos integram capere, *l. Ex parte* 39. §. 1. *sup. Famil. ercisc.* ubi Costal. Sic cessat collatio in legatis, fideicommissis, *d. l.* 16. mortis caussa donationibus, & similibus. Et hoc tum propter defuncti voluntatem, tum ob acquisitionis tempus, quæ contigit post ejus mortem, de cujus bonis agitur, licet initium habuerit in vita ejus; cum ea tantum recipiant collationem, qui vivo eo quasi

16 ab ejus patrimonio abscesserunt. * Diverso jure venientes, alter ex testamento, alter ab intestato, non conferebant, jure quidem pristino, *l. 6. & 7. inf. tit. seq.* Hodie enim conferre debent per *d. Auth. Ex testamento*, quâ inducta collatio tam ex testamento, quàm ab intestato.

17 Tertiò, quoad res: nam hodie tantum conferuntur profectitia acquisita filio, veluti dos, donatio propter nuptias profecta à parente, de cujus bonis agitur, & omnia, quæ in le-

in legitimam imputantur, *l. Illud* 20 *C. h. tit.* Acquisitorum nomine non veniunt ea, quæ quis acquirere cum posset non acquisivit, *l.* 1. §. *confertur hoc tit.* ubi omittens acquirere, dicitur sibi magis insidiatus fuisse, sibi non acquirendo, quam alteri fraudem fecisse. Non veniunt etiam ea acquisitorum nomine, quæ post mortem obveniunt, unde non subjacent collationi, *l. Si d natione* 13. & 15. *C. h. t.* nisi fingantur retro acquisita,

18 *d. l.* 1. §. *si is qui bona.* * Castrense & quasi castrense peculium est extra collationem; uti & adventitium, quod proprietate tenus cedit liberis, quia per id inducitur inæqualitas, cum cedat singulis acquirentibus, licet in potestate existentibus, saltem proprietate tenus: ususfructus enim apud patrem remanet, exceptis certis casibus, de qui-

19 bus *C. De bon. quæ liberis &c.* * Quo modo filius lucrum dotis, quod ratione pacti vel statuti acquirit, non confert, cum sit mere adventitium, quod non est conferendum, *per l fin. Cod hoc tit.*

20 Quod omninò procedit, quando filius sustinuit onera matrimonij. * In casu, quo pater sustinuit onera matrimonii, an lucrum dotis veniat conferendum posset dubitari. Et verius nequidem ium conferendum esse, sed soli filio competere, attento jure Codicis, cum spectet ad lucrum adventitium, quod non est hodie conferendum. Nec facit, quod pater sustinuerit onera matrimonii; nam hoc tantum contemplatione filii, qui eorum loco percepit fructus dotis. Quod ita procedet ex communi opinione, nisi verba pacti aut statuti ei deferant lucrum dotis, qui dotem recepit, vel onera matrimonij sustinuit: quæ cum verificentur hoc casu in patre, cedet & illi lucrum dotis, & proinde communicandũ. Bart. ad *l Dotem inf De castrensi pecul.* Alex. *ad l. Si cum dotem* 22. §. *transgrediamur sup Soluto matrim.* Fachin 13. *Contr c.* 95

21 Dubitatur, An ususfructus adventitiorum, quẽ pater filio cessit, debeat conferri? Quod posset videri, argumento *l. fin. Cod hoc tit.* ubi ideo non conferuntur adventitia, quod suo jure liberi ista habeant, non etiam à patre: ut hunc usumfructum, cùm à patre concessum sibi habeat filius, videatur debere conferre, ne aliàs ponatur inæqualitas quoad alios liberos. Et ita velle videtur Cujac. *ad Novel. De triente & semisse* 18. Quæ opinio ut possit videri probabilis, obstat tamen ei textus in *l.* 6 §. *non autem Cod. De bonis quæ liberis*, ubi in usufructu concesso filio per patrem videtur cessare collatio, eo quod filius hujusmodi usumfructum dicatur ibi lucrari post mortem patris, nec transmitti posteritati aut successioni patris. Cujus ratio est, quia res redit ad naturam suam. Nec est, quod quis objiciat, è bonis paternis usumfructum abire, ad filium verò venire; nam ille non tam amittit, quam non acquirit: hic non tam acquirit, quam non amittit *l.* 4. §. *si maritus sup. De donat. int. vir. & uxor. l. in pr. Quæ in fraud credit.* Gomez. *ad L. Tauri* 29. *numer.* 29. Caldas *ad l.* 3. *V. lesis num.* 148. *C. De in integ. restitut. minor.* Et hoc non tantum, si apud patrem nunquam fuerit ususfructus, sed & si illi semel fuerit constitutus, cum ususfructus consistat in facto, & censeatur singulis diebus constitui & legari, *l.* 1. §. *interdum vers. sed usufructu & l.* 3. *in fine sup. De usufr accresc.* Ut ratione concessionis factæ à patre filio non tam videatur amitti, quàm repudiari, aut non acquiri. Si aliunde quàm ex facto patris ususfructus adventitiorum sit apud liberos, ut in *Auth Excipitur Cod. De bonis quæ liberis &c.* certum est collationi locum non esse, quòd nihil à patre sit profectum.

22 Controversa admodum est quæstio, An donatio simplex conferenda veniat? Quantum ad eam, quæ facta est à matre, vel avo materno, de cujus bonis agitur, non videtur conferenda per *l. penult. in princ. C. hoc. tit.* in qua ea tantum conferuntur, quæ in quartam imputantur; non imputatur autem in quartam prædicta donatio simplex, per *l. Si quando* 35. §. *& generaliter Cod. De inoffic. testam.* nisi vel ea lex sit adjecta donationi, vel aliàs oriretur inæqualitas, ut quia cohæres donationem propter nuptias aut dotem conferre cogitur, qui proinde in damno maneret, minus accipiendo, si alter donationem simplicem, quam solam accepit, præcipuam haberet.

23 In emancipato idem juris quidam ponunt, quòd scilicet non aliàs simpliciem donationem cõferat, quàm si lex ista sit adjecta, aut aliàs exurgeret inter cohæredes inæqualitas: quod non debeat aliud jus poni in liberis, respectu matris, atque in emancipatis, cum utrobique cesset potestas, & utrobique donatio pleno jure cedat donatario, & facta videatur ob benè merita: præterea quòd extraneis facta ejusmodi donatio omninò ijs cedat, quibus non debent liberi esse pejoris conditionis: denique quod textus in *d. l. penult.* loquatur indistinctè. Communiùs tamen contrarium est receptum, scilicet emancipatum teneri conferre simplicem donationem Pro qua parte est textus in *l. Ut liberis.* 17. *in fine Cod hoc tit.* ubi emancipati coguntur conferre omnia, quæ

tempore emancipationis aut postea consequuntur. Nec obstat generalitas textus in *d. l. penult.* quia rectè restringitur secundùm jura priora, quæ non nisi emancipatos gravant onere collationis, non etiam liberos; respectu matris aut avi materni; unde hi non aliàs conferent, quam dictis duobus casibus. Ita Jason *ad Authenticam Ex testamento n. 4 Cod. hoc tit.* Batt. *ad l. 1. § nec castrense nu. 11. circa finem eod.* Fachin. 13. *contr. cap.* 93.

24 * Ita autem ista opinio de conferenda dicta donatione est accipienda, si liberi non duxerunt respuendam esse paternam hæreditatem, *l. Si ex caussa 23. C. Famil. ercisc.* quia cessat ratio inductæ collationis.

25 Tota quæstio est circa donationem simplicem filio in potestate factam. Ubi communiùs non improbabiliter receptum, non esse conferendam. Pro qua opinione facit I. textus in *l. Filia 18. Cod. Famil. ercisc.* ubi rescriptum, res filiæ nomine à patre comparatas præcipuas ei adjudicari. II. Quod non conferantur ea, quæ post mortem quis consequitur, & quæ sunt loco legati, cujusmodi est hæc donatio, quæ non antè firma est quàm post mortem patris, *l. Donationes 25. C. De donat. inter virum & ux.* ut videatur habere vim relicti ultimâ voluntate. Quò facit, quod ei detrahatur Falcidia. *l. In donationib. 12. C. Ad L. Falcid.* III. Quòd non conferatur ejusmodi donatio nisi in certo casu, de quo in *d. l. penult. § 1.* ut aliàs videatur esse extra collationem. Ita tenet Batt *ad d. Auth. Ex testamento, & ibi* Castren. & Jason *n.* 9. Gomez. *ad L. Tauri 29. nu.* 26

26 * Quæ opinio ut possit videri probabilis, ex diametro tamen ei adversatur *l. Si donatione 13. Cod hoc tit.* ubi filiafam. constituta fundum à patre sibi donatum malè contra jura præcipuum habere postulat. Quem textum ut concilient cum *d. l.* 18. quidam accipiunt unam de filia sua, alteram de emancipata. Verùm non fit distinctio quoad eam rem in dictis legibus: nam licet altera simpliciter loquatur de filia, accipienda tamen de filiafam. Alij distinctionem ponunt inter rem comparatam nomine filiæ, & rem ei donatam. Quæ distinctio evertitur per *l. Cùm hic status 32. sup. De donat. inter vir. & uxor.* ubi comparata censentur donata. Alij addunt dictæ *l.* 13. negativam, sed repugnat omnium textuum fides. Subtilior videtur conciliatio, quàm aliqui tradunt, scilicet quò *d. l.* 13. non agat de re donata filiæ, sed de re data ei in peculium, ut proinde manserit in bonis patris, ideoque frustrà postulet eam præcipuam sibi habere. Nec facit, quòd Imp. ibi utatur verbo *donationis*, quia ejus usus etiam est in donatione in peculium, ut patet in *l. Donationis 31 § species & 5. pater inf. De donationib. & in l. Per servum 37 § quod Pomponius inf. De acquir. rer. dom.* quæ præsumptio hic facilior, quàm contraria, quòd donatio non præsumatur; dicta verò *l.* 18. agat de propria donatione quâ pater donator, quatenus potuit, voluit rem datam filiæ propriam esse, non etiam in bonis suis retinere. Duar. *hic cap.* 3. Verùm ista conciliatio videtur niti diversitate verborum, *Comparavit, Donavit*, quam esse nullam antè diximus. Deinde non est extra divinationem, & videtur inferre vim verbis *d. l.* 13. Ut rectè possit videri alicui opinio illa verior, quæ prædictam donationem non liberat ab onere collationis, quam textus in *d. l.* 13. apertè adstruit. Pro qua facit in primis ratio æqualitatis, propter quam inducta collatio. Facit & quòd tantum excipietur peculium castrense & quasi, quòd scilicet illud non veniat in judicium familiæ erciscundæ, *l. 4. C. Famil. ercisc.* Unde rectè collegeris, donata filiofam. venire in judicium familiæ erciscundæ, quia non excepta. Ut ita donatio simplex sit dicenda venire, cùm invalida donatio nequeat attribui peculio castrensi aut quasi, *d. l. Filia 12 C. h. t.* Ubi minùs rectè quis objecerit, confirmari ejusmodi donationem morte patris; atque ita habere vim relicti, quod non subjacet collationi: nam licet prius possit esse verum, non tamen & posterius, cùm retrotrahatur ad tempus illud, quo conscripta, *d. l. Donationes 25, C. De donat. inter vir. & ux.* Ut videatur vivente patre ex ejus bonis abscessisse, & nequeat attribui ultimæ voluntati, quia relictum non trahitur retrò tamquam ante mortem captum, & procedat textus in *l. 1 § si is qui bona hoc tit.* ubi quod fingitur retrò acquisitum confertur. Atque ita non obstat secundum argumentum. Non obstat etiam tertium desumptum ex *d. l. penult. §* 1. ubi agitur de donatione, quæ ab initio est valida, ut quæ facta à matre, quæ non conferenda, nisi in casu, de quo ibi, ut dictum paulò superiùs; vel facte emancipatis, qui jure veteri non conferebant ejusmodi donationem, secundùm *d. l. penult. in fine*, Cujac. *ad l. 1. col. penult. Cod. hoc tit.* non etiam de ea, quæ facta fuis, qualis non tenet ante mortem donantis, & tunc retrotrahitur, uti dictum.

27 Difficultas verò omnis est in *d. l. 18. C. Fam. ercisc.* quæ videtur insinuare donata præcipua esse

esse adjudicanda filiæ. Posset videri iste textus accipiendus in causa testamenti, ob verba, *Si non postea contrarium judicium*. quæ faciebat olim cessare collationem bonorum; dicta verò *l.* 13. in causa intestati, cùm ibi nulla fiat mentio testamenti, & dicatur filia communiter succedere, scilicet ab intestato. Ita Cujac. 3. *Obser. cap.* 3. & 9. *Obser. c.* 17. qui & ad *d. l.* 1. *in fine* tradit dictam *l.* 18. loqui in casu, quo pater, qui donavit, mansit in eadem voluntate, ut patet ex verbis, *Si non postea contrarium ejus judiciũ probetur.* & donatio non confirmetur ipso jure, sed per judicium familiæ ercifcundæ? at *d. l.* 13. loqui in contrario casu quo non patet eum perseverasse in eadem voluntate, ut judicii familiæ ercifcundæ nullæ sint partes. Vide Fachin. 5. *Cont. cap.* 80. & *l.* 6. *c.* 65. & *lib.* 13. *cap.* 92.

28 Consequenter quærendum venit, An sumptus ratione militiæ filio comparatæ conferantur. Ubi notandum, nomine Militiæ non venire armatam, de qua *Tit. De testamento militari*, & *De re militari*. cùm ejus nomine expensa castrensi peculio adnumerentur, quod neutiquam confertur; verùm officium Palatinum, unde & militia palatina dicta, quam in commercio fuisse, emi, vendi, legari, aliasque relinqui & ad hæredem transmitti potuisse, constat ex *l. Lucius* 22. *sup. De legat.* 2. ubi dicitur militia relicta, sive pecunia ex ejus venditione redacta, & ex *l. Mortuo* 49. §. 1. *d. tit. De legat.* 2. *l. Fideicommissa* 11. § *si servo De legat.* 3. ubi servo legatæ militiæ debetur æstimatio: & *l. Creditor* 12. §. *inter De actionib. empti*, ubi agitur de venditore & emptore militiæ. Ut ejus generis militia imputetur in legitimam, *l. Omnimodò* §. *imput. Cod. De inoffic. testam.* & subjaceat collationi, uti rescriptum *l. penult. Cod. hoc tit.* Habet enim filius reditum provenientem ex tali officio, cuius lucrum non debet ei esse præcipuum in aliorum detrimentum, nisi aliter pater disposuerit. Vid. Garsias *De expensis & meliorat. c.* 4. *n.* 14. & Gutierrez *lib.* 2. *pract. qq. c.* 64. *ad Leg.* 26. & 29. *Tauri.*

29 Hinc & bona adsignata loco tituli beneficij, sine quo nemo ordinatur *l. Cùm secundùm* ✠ *De preben.* in collationem venire constat, cùm sint data ob causam, scilicet alimenta, instar dotis & donationis propter nuptias, quæ conferuntur. Et ita rectè tradit Covarr. *ad cap. Impuberes* §. 2. *n.* 14. ✠ *De testam.* Vid. Caldas *ad L.* 3. *V. lasßn.* 132. *C. De integr. restit. minor.* Aliter Chassan. *ad consuet. Burg. Rub.* 7 §. 5. *V. meilleur. num.* 51. Faber *in* §. *igitur instit. De inoff. testam.*

30 Non idem dicendum de impensis ratione dignitatis filio acquisitæ, quam non sine sumptu quis adsequitur, danda enim honoraria pro introitu, munera ob ademptum honorem, erogatur etiam quid suffragii nomine: non, inquam, idem dicendum, quia non confert eas filius, ob onus dignitati cohærens, uti responsum est in *l.* 1. §. *sed an id hoc tit.* quod facit nihil apud filium videri remansisse. Facit *d. l. penult.* quæ vult conferri impensa in comparandam militiam, ex ratione, quod vendi possit, ut sit commodum ejus penes filium, quod non debet habere præcipuum: ut à contrario, si vendi nequeat, ut est dignitas personæ cohærens, non debeat conferri.

31 * Unde à militia distat dignitas, quia illa emebatur, hæc non; ex illa proveniunt commoda, hæc habet onera, quæ honoribus adhærent. Cuiac. 3. *Obser. cap.* 30. & *Comment. l.* 1. §. *nec castrensi hoc tit.* Costal. in *l. Quæ pater sup. Famil. ercif.* Hinc ex eadem ratione, si pater necdum solverit impensas nomine dignitatis, non onerabitur is, qui dignitatẽ meruit solus, sed commune omnium hæredem erit hoc debitum, *d.* §. *sed an id.*

32 Idem juris erit in impensis nomine magisterij sive gradus, ut vocant, Licentiæ, Doctoratus, cùm ex iis nihil apud filium remanserit: gradus enim vendi nequit, aut ad hæredes transmitti Deinde huiusmodi impensæ adscribuntur quasi castrensi peculio, quod non confertur *d. l.* 1. §. *nec castrense hoc tit.*

33 Quòd autem dubitatur de impensis in studia, dubitandi causa in eo est, quòd pater non teneatur alere filium in studiis, ut tradit Gomez. *ad L. Tauri* 29. *n.* 18. & quòd sumptus ejusmodi videantur facti ob causam, atque ideo conferendi, argumento dotis, cui æquiparantur. Dicendum tamen non conferri: Nam licet non teneatur pater filium in studiis alere, sed possint alteri rei applicare, specietenus magis proficuæ, tamen cùm eos subministraverit, videtur alimentorum causa subministrasse, ita movente pietate, *l. Si quis à liberis sup. De agnosc. & alen. liber.* Quod & dicendum de sumptibus factis in addiscenda arte mechanica. Deinde tempore mortis patris nihil ex ijs consumptis exstat, quod conferri possit. Non facit, quòd per artem mechanicam aut per magisterium per studia acquisitum plurimum lucretur, hoc enim est per accidens, nec tam ex bonis patris profectum, quàm aliquâ eorũ occasione

quæsitum, principaliter & primario per industriam filii. Addunt & aliqui eam rationem, quòd ejusmodi impensæ sint loco quasi castrensis peculii, quod non confert. Gomez *d. loco num. 16.* de qua sententia rectè quis dubitet, ut infrà dicetur. Vid. Garf. *De expensis d. cap. 4. nu. 1.* Graffus §. *Collatio qu 10 num. 4.*

34 Moderantur autem aliqui prædicta, nisi alia sit mens parentis, qui eos sumptus voluit imputari. Eam mentem volunt apparere, quando penes patrem sunt bona filii, *l. fin. sup. De hared pet.* Quò facit, quod existens administrator filii in dubio præsumatur administratorio nomine expendisse, *arg l. Cùm post mortem 43. §. 1. sup. De administr. tutor.* Nec obstat *l. fin. Cod. De dotis promiss.* ubi pater dans aut promittens dotem filiæ, cujus bona penes se sunt, non censetur dare aut promittere ex bonis filiæ, sed suis: nam hoc ita, quia ad dotem pater tenetur, *l. Qui liberos 19. sup. De ritu nupt.* etiam filiæ diviti, ut tradidimus suprà *De jure dot. num 6.* Non tenetur autem pater subministrare necessaria in studiis, imò ne quidem alimenta, modò liberi aliunde habeant, unde alantur. Non obstante *d. l. Si quis à liberis De agnosc. lib.* quæ accipienda in casu, quo aliunde non habent, unde alantur, ut colligere est ex contextu istius leg s Quod autem ad dotem teneatur etiam filiæ diviti, procedit ex favore publico, ut facilius inveniat, cui nubat, Gomez. *d. num. 16 versic. quod tamen.*

35 Prædicta moderatio faciliùs procedet, si parens sit protestatus, se sumptus facere animo imputandi, aut ex alia conjectura animus iste possit colligi, ut quia retulit in librum rationum, quia videtur tantùm credendi animo sumptus impendisse *l. Qua pater 50. sup. Famil. ercisc.* Quo tamen casu necessaria alimenta, quibus filius indiguisset domi detentus, non videntur conferenda, quòd eatenus nihil plus in eum possit videri collatum quàm in alios. In quam rem optimè facit textus in *l. Alimenta Cod. De negot. gest.* ubi quod mater in res filii impendit animo repetendi, rectè institui sibi postulat, propter alimenta Gomez *d nu 26. limitat 2.* Potest & similis conjectura sumi ex eo, quòd in filium impensa gravent partem aliorum, Garf. *d. c. 4. nu. 2. & seq.*

36 Dicta de sumptibus à patre submissis *obtinent etiam quoad debita vivo patre contracta à filio in studiis, cum ea tamquam à patre contracta habeantur, ut ex communibus bonis venient luenda, *arg. d. §. sed an id.* Si tamen licita sint & honesta, debitum modum non excedentia, *l. 5. C. Ad S. C. Macedon.* Nam si illicita sint, & ex causa inutili contracta, pecunaive missa studiorum causa inutiliter aleis, Venere, commessationibus consumpta, rectè dicetur esse conferenda, filioque imputanda, eo quod causa, propter quam missa, non sit secuta, atq; ita cesset voluntas patris. Facit, quod non debeat lascivia lucro esse lascivo, nec impune illi licere emungere pecuniam, eamque falsâ spe promotionis aut emptionis vel simili dilapidare. Bart. *ad Authent. Quod locum n. 4. C. h. t.* & ibi Jason, reprehendens Paulum contrarium tenentem, eamque sententiam etiam approbat Navarr, in *Manuali. ap. 11. n. 164* Garsias *d. cap. 4. nu. 3.* Post mortem patris debita contracta in studiis ad onus cohæredis non pertinent, sed portioni filii sunt imputanda, *l. 1. si filius inf. De muneribus & honorib.* Bart. *ad l. 1. §. nec castrense nu. 12. hoc tit.* cessat enim voluntas patris.

37 Ad libros quod attinet, cùm tempore mortis patris extent, possent videri conferendi, ne filius quid amplius consequatur aliis fratribus. Communius tamen receptum, non conferri, ex ratione, quod censeantur esse peculii quasi castrensis, atque ita extra collationem, argumento castrensis peculii, *d. § nec castrense, l. 4. Cod. Famil. ercisc.* Ita tenet Glos. in *d. l. Qua pater sup Famil ercisc.* ubi libros & arma comparat, Garf. *d. cap. 4. num. 6 & 7.* Verùm quidquid sit de ista sententia, de ratione non immeritò dubitaveris *Et plerique

38 negant peculio quasi castrensi adscribi libros filio in studiis agenti à patre transmissos: quorum opinio est probabilis, cum quasi castrensi peculio id tantum attribuatur, quod occasione togatæ, urbanæ, forensis, literatæ militiæ adquiritur. Cujac *in Parat. C. de bonis matern in princ.* Non possunt autem dici esse in tali militia in studiis agentes, nisi demum post exactum debitum studiorum cursum missionem sint consecuti, & inter Jurisconsultos habiti, aut tales, qui in foro versantes, & operam suam aliis navantes, aut aliter quid acquirunt, *lib. 5 §. pen. Cod. De advoc. divers. judic.* Caldas *dict. loco num. 102.* Quo facit *l. 7. Cod De Assessorib. & l. 4. Cod De advoc. divers. judic.* ubi tantum advocatis dicitur esse peculium quasi castrense; & *l. Advocati 14. C. d tit.* ubi advocati dicuntur militare, & *l. fin. inp. C. De inoffic. testam.* ubi quasi castrensia dicuntur esse iis, qui in dignitate sunt. Ut libri filii studiis agentis non possint adscribi quasi castrensi peculio, nec alias extra collationem poni, quàm subsecuto magisterio sive gradu,

per quem foro destinantur: tunc enim habetur finis, quem pater intendit; eo modo, quo arma non aliàs imputantur quasi castrensi peculio, quam filiusfamilias militare cœperit. Et hoc quidem in vita patris, ut tradit Bart. *ad d. § nec castrense n. 2.* quia cum ante mortem patris non patiatur filii qualitas, ut quasi castrensis peculii judicentur, non erunt extra collationem, etiamsi à patre sint tradita.

39 Vult tamen Jason ad *l. Filia nu 4. Cod. h. t.* filio Clerico. etiam primæ tonsuræ tantum, donatos libros à patre quasi castrensis peculii esse, & continuò eius proprios fieri, hoc solo argumento, quod testamentum facere possit. Quod argumentum minus est firmum: nam etsi filiosam. militi sit testamenti factio super iis, quæ occasione militiæ adquisivit, sive mobilia sint sive immobilia, non tamen super iis, quæ aliunde accesserunt. Quo modo super hæreditate materna, aut aliis adventitiis non disponit, *l. 1. C. De castrensi pecul. lib. 1. l. 4. C. Famil. ercisc.* Vt & idem dicendum sit de libris Clerico studenti missis, qui a non tamquam Clerico dantur, sed ut studiis operam danti, in quibus ante missionem non potest dici habere tale peculium, licet clericale habeat, cum sit loco addiscentis, non etiam magistri, cuius proinde privilegiis non utitur. Aliter Caldas *d. loco nu. 103.*

40 De iis quæri posset, quæ parens, de cuius bonis agitur, expendit in redemptionem filii à captivitate? Nam licet per ea aliorum portio diminuatur; tamen quia causa pia subest, videntur, ex affectione impensa animo non repetenda, *arg. l. 1. C. De negot. gest.* Facit in eam rem *l. Liber. C. De postlim. reversf.* ubi non decet matrem de redempto ab hostibus filio pœnitere, & de pretio quicquā tractare. Gomez *d. loco n. 19* Garf. *d. c. 4. n. 12.* Sichard *in l. Certum 13. n. 9. C. Famil ercisc.*

41 In pœnam autem delicti à patre exposita pro filio rectè quis dixerit conferenda, ne delictum unius alteri noceat. Nec est, quod quis hic obiiciat pietatem, quæ non est tam voluntaria, quam coniuncta necessitati, in qua nemo liberalis. Deinde non ita intendendum pietati, ut fiat locus impietati, dum fratres innoxii fraudati bonis paternis luunt pœnas alieni sceleris: etsi aliud videatur velle Aufrer. *Decis 121.* Quæ præcipuè obtinent, si ex forma statuti delicta liberorum parentes luere debeant; nisi tamen pater delicto filii causam dederit, quia non tam alienum quàm suum factum luit. Vid. Gomez, *ad L. 29. Tauri nu. 20.*

42 Ea quoque conferenda, quæ furto filius patri subtraxit. Et quidem cogi potest emancipatus, quia contra eum actio est mota. Filius verò in potestate per actionem cogi non potest, quę nulla est inter eum & patrem, *l. 4. & sup. De judic.* tantum enim naturalis obligatio inter eum & filium est orta, cuius num ne tamen aliis liberis est conferendum, saltem per compensationem *

43 Quæ & locum habent in iis, quæ ex causa fidejussionis pater pro filio exposuit. Solvit enim ductus nec ssitate, ut non possit videri donasse: & ut donaverit, non tamen nisi donationem simplicem ea res continebit, quam conferendam supra diximus, si aliud non sit expressum. Nec rectè quis dixerit, solutum non extare, cùm hoc ipso, quo a debito liberatus, videatur locupletior: remissio enim debiti ditiorem facit eum, cui facta, pauperiorem verò remittentem; unde & dicitur spectare ad fraudem creditorum, *l. 1. in fine inf. Quæ in fraud. credit.*

44 Quæritur & de lucro, quod filio accessit ex administratione rerum paternarum? Dici posset non esse conferendum, quod videatur adventitium, quale hodie non conferri diximus. Quod verum erit, si filius acquisiverit sua potius industriâ & labore, quàm occasione rei paternæ. Si verò profectitio peculio lucrum illud attribuendum foret, collationi obnoxium erit. In dubium volunt dividendum esse illud lucrum, & partem attribuendam industriæ citra collationem, partem verò rebus paternis obnoxiam collationi, Bart. *in l. 1. §. nec castrens. n. 5. h. t.* Gomez *d. loco. n. 42.* Navarr. *in Manuali cap. 17. num. 144.* Chassan *ad consuet. Burg. Rub. 7. §. 5. in fine nu. 52.* Gutierrez. *De tutelis p. 3. cap. 31. nu. 4.*

45 Hæc de collatione bonorum: ad quam tenentur liberi ad paternam vel avitam hæreditatem concurrentes cum aliis, si ex aliquo præcepto inæqualitatem ponant, non tantùm ab intestato, verum & ex testamento, secundùm jus novissimum, modo pater aliter non disposuerit. Dico concurrentes; nam si parte sua contenti non concurrant, non coguntur conferre, etiamsi maiorem partem habeant. *l. 1. §. vel maximè 6 l. 2 § si tres hoc tit.* Dico, inæqualitatem ponant; nam si ea nulla sit, frustranea est collatio, quæ tantum inducta ad evitandum in altero liberorum incommodum, *d. l. 1. §. toties 5.* Cessante enim causa cessat effectus. Dico, ex testamento; jure scilicet universali, non particulari, uti dictum in principio hujus Tit.

46 Ubi quæritur, An id procedat in casu, quo liberi inæqualiter sunt instituti, si alicui eorum quid alia de causa accesserit à testatore? Potest videri id esse extra collationem, quod ex inæquali institutione appareat, partem non intendisse æqualitatem, atque ita cesset ratio fundamentalis inductiva collationis. Et facit pro ista parte textus in *l. Ex parte 39. §. 1. Fam. ercisc.* Ubi à patre facta divisione codicillis inter liberos inæqualiter, filius, cui minor pars relicta, non cogitur ad conferendam dotem, quam accepit. Secundum quam legem Costalius *ibid* in casu similis divisionis vult cessare collationem in Gallia, ubi est locus collationi ex testamento & ab intestato. Ratio esse posset, quod inæqualitas descendat ex voluntate patris, quo casu non est locus collationi. Fachin. 5. *Contr. c.* 78. Et hoc ita juxta jus pristinum; quo ex testamento, id est, quando ex testamento succeditur, cessat collatio, nisi pater, ut fieret, expressè cavisset, *l. 1. Cod. hoc t.* Secus se res habet, inspecto jure novissimo, quo etiam ex testamento collationi est locus, nisi aliter sit cautum à testatore, *Auth. Ex testamento Cod. eod.* cujus verba cùm sint simpliciter & indistinctè posita, intelligenda etiam taliter, sive æqualiter sive inæqualiter sint instituti liberi. Nec obstat, quod ipse pater admiserit in æqualitatem; nam hoc tantùm in relictis testamento, non etiam in iis, quæ in vita ad aliquem eorum pervenerunt. Nam si quoad ea etiam intendisset inæqualitatem, id expressisset: potuit enim memoriâ lapsus esse, aut præ metu mortis angustiatus omisisse collationis præceptionem, secundùm *Novel. De triente & semisse* 18. §. *illud.* Nec obstat. *d.* §. 1. nam, ut rectè ibi tradit Bart. portio ex causa istius divisionis habenda loco portionis hæreditariæ: Atque ita lex ista intelligenda secundùm jus vetus, non etiam secundùm novũ, quo est collatio etiam ex testamento. Non obstat etiam, quòd sic contingere posset, ut ex iis, quæ conferuntur, maior pars cedat aliis; nam hoc imputabit sibi conferens, qui poterat omittere possessionem bonorum, 2. §. *si tres & l.* 3. §. *quoties* 2. *hoc t.* Ita tenet Gomez *ad L.* 29. *Tauri n.* 5. allegans Roman *in l Si emancipati* 9. *Cod. hoc t. col.* 2, *nu.* 9. & Fulgos. *ibid. col.* 5. *num.* 9.

47 Certùm dicta de collatione, eatenus vera sunt, quatenus res est in bonis eorum, qui conferre debent; qualis est non tantùm ipse, qui succedit, verùm & hæres ejus, *l.* 1. §. *ibidem* 8. *h t. l. illam* 19. *eod.* & quidem tempore mortis, *l Eademum* 6. *Cod, hoc. tit.* ubi non habetur ratio nisi æstimationis rerum, quæ est tempore collationis, non etiam quæ fuit antè *l. Illud* 20. *in princ. C. h. t.* Deducendum quoque æs alienum, cùm in bonis nihil aliud censeatur esse, quam quod deducto ære alieno superest. Deducendæ sunt & expensæ in rem factæ, cùm faciant ipsam rem esse minorem. Res amissæ aut perditæ citra dolum malum sunt extra collationem, quòd scilicet casus soleat nocere creditori, uti mox dicetur de dote perdita. Dico, citra dolum malum; quia quod dolo esse desiit conferendum est, cùm dolus rem repræsentet, *l.* 1. §. *confertur h. t.* Quòd multo magis dicendum, si locupletior sit factus, qui rem habuit. Dico, habuit; nam qui dolo egit, quo minùs acquisiverit, non tenetur conferre, quia non potest dici desiisse habere, *d.* §. *confertur.*

48 Quod attinet ad modum, quo facienda collatio, ille vel consistit in re, vel cautione. *d. l.* 1. §. *quamvis.* Re fit pluribus modis, scilicet dimissione bonorum conferendorum, *d.* § *quamvis*; ubi etiam suam personam in partibus faciendis numerabit conferens. *d l* 1. *in fine*: minus capiendo ex hæreditate: remittendo: tantum ex bonis paternis, quàm haberet ex collatis, *d. l.* 1. *sed et si*: dando fundum, rem ve aliam, juxta proportionem ejus, quam conferre debet: delegando debitoris paterni nomen, *d.* §. *sed et si*: liberando fratrum pro parte à necessitate præstandæ dotis promissæ *l.* 1. *penult* §. *tit. seq.*

49 An res in specie conferenda sit, dubitatur? Aliqui volunt satis esse, si conferatur ejus æstimatio, quòd collatio fiat per compensationem, delegationem, minus etiam capiendo, secundùm dicta, Roman *ad Auth. Ex testamento nu.* 20. *C. h. t.* Verum hoc, si pars admittat: aliàs in specie conferenda erit, cum *l.* 1. *in princ. hoc tit.* dicatur filius bona sua conferre debere; ut succedat decisio *l.* 2. §. 1. *sup. De reb. cred.* aliud pro alio invito creditori non solvi, modò commodè id fieri possit. Vid. Mud. *C. h. t. cap. Quomodo conferendum.*

50 Per cautionem fit collatio, datis fidejussoribus aut pignoribus, de conferendis iis bonis, quæ apparet esse conferenda, si non constiterit inter partes, quid sit in bonis ejus, qui conferre debet. Sic mulier, si sub conditione habet promissam dotem, cavebit se collaturam, ubi dotata esse cœperit, *l.* 1. *si sub conditione tit. seq* Stipulatio per quam cautum, tunc committetur, quando obligatus conferre potuit & distulit, *l.* 5. *in fine inf. tit. seq.* quo casu & usuræ sunt conferendæ. Si quis per contumaciam conferre nolit, actiones ei sunt denegandæ; qui tamen audiatur postea conferre volens,

volens, *l. 1. si pater & §. si cum duobus h. t.* Potest & miscens se bonis paternis cogi per arbitrum familiæ erciscundæ, *l. 1 inf tit. seq.*

TITULUS VII.
De collatione dotis.
SUMMARIUM.

1. *Dotem conferre tenetur, qui eam accepit.*
2. *Modò res in dotem data adhuc extet.*
3. *Dos apud maritum extans conferenda.*
4. *Sumptus convivij nuptialis an conferendi?*
5. *Dos data ingredienti monasterium conferri debet.*

1 Spectat hic Tit. ad collationem dotis, ad quam tenetur, qui eam accipit, quia non potest videri dotans eam voluisse esse præcipuam ei, qui dedit, quia dotavit coactus, *l. Qui liberos 19. sup. De ritu nupt.* Quod olim procedebat, dotante ab intestato mortuo, hodie etiam ex testamento, secundùm dicta superius. Conferebatur etiam olim dos tam adventitia quàm profectitia, *l. 1. §. sub conditione h. t.* Idem obtinet in donatione propter nuptias, ex eadem ratione.

2 * Et hoc ita, si res extet, nam si perierit, non est conferenda, si nulla arguatur mulieris culpa, *d. §. confertur*: conferenda enim dos tanta, quanta est tempore collationis, *l. plerumque 10. in princ. sup. De jure dot.* Facit, quod debitor speciei, qualis est qui dotem recepit, liberetur ejus interitu: perit enim res debita creditori, qualis hoc casu est is, cui conferendum. Costal. *ad l Si filiafam. ercisc.* Culpa si argui possit mulieris, ut quæ marito ad inopiam vergente dotem, uti potuit, non exegerit, ipsi ea res obierit, nec à conferenda dote liberabitur, *Auth. Quod locum Cod. De collationib.*

3 * Dos si apud maritum fuerit, licet non tam ipsa mulier quàm maritus dotem videatur habere, tamen eo non obstante quòd naturaliter penes filiam dos mansisse intelligatur, *l. In rebus 30. Cod. De jure dot.* & ejus emolumentum ad mulierem redeat, rectè decisum *l. 5. Cod. De collat.* dotem conferendam esse, non quidem eogendo maritum ad ipsius rei collationem, sed minus accipiendo.

4 Quod attinet ad sumptus conjugii nuptialis, etiamsi possint videri in collationem venire, quia facti causa matrimonii, contra tamen resolvit Bart. *in l. 1, §. nec castrense num. 9. tit. praced.* propterea quod, licet sint facti causa matrimonii, spectent tamen ad honorem parentis, qui eos fecit: ut non videatur habere animum onerandi filium vel filiam eorum collatione, si aliud non pateat: quam sententiam etiam sequitur Gomez. *ad L. 29. Tauri num. 15.* Grassus *§. Collatio bonorum q. 10 n 8.* Contrarium isti sentiunt in vestibus pretiosis, annulis, armillis, similibusque, ex ratione, quod cedant loco doris, donationisque propter nuptias, quæ non est extra collationem; ut ejusmodi res sint extra eam. Garcias *De expensis c 4. n. 10.* Grassus *d §. qu. 12. nu. 6.* Gail. *2. Obser. 91. nu. 2.*

5 Dicta etiam locum habent in dote data ingredienti Monasterium; nam & ejus caussa videtur necessaria, & per eam constituitur inæqualitas, si filia ingressa dotem haberet præcipuam, & nihilominus cum aliis participaret bona paterna. Nec obstat, quòd dos ista videatur data sub ratione alimentorum quæ non conferuntur: alio quippe nomine dari nequit citra simoniam, pacto scilicet prævio, quia æstimaretur ingressus pretio, quod est quid spirituale. Quod autem alimenta non conferantur, verum est, quando merè ut talia exhibentur, non etiam, quando datur res, ut ex ejus reditibus se alat filius aut filia, patre libero ab alendi onere; ut in casu præsenti, quo res manet apud eum, qui accepit, & si præcipua maneret, caussaret inæqualitatem. Gomez, *d. loco nu. 14.* Grass. *d. qu. 12. nu. 5.*

TITULUS VIII.
De conjungendis cum emancipato liberis ejus.
SUMMARIUM.

1. *Nepotes ex filio emancipato in potestate qualiter cum emancipato succedant.*
2. *Item posthumus ex emancipato.*

1 Ad bonorum possessionem contra tabulas non tantùm admittuntur filii, sive sui sive emancipati, verùm & nepotes, qui ex filio emancipato in potestate manserunt; qui hoc in Edicto dicuntur conjungi cum emancipato patre, ita postulante æquitate, ne in potestate existentes ab emancipato patre secluderentur, vel ipsi potestatis jure patri suo subjicerentur, secundùm jus civile, quo in potestate jerenti eman-

emancipatum excludunt, etiam qui jure naturæ gradu prior est, *l. 1. §. 1. h. t.* Quo casu fiet divisio hæreditatis, ut filius emancipatus dimidium ejus capiat, alterum verò nepotes. Plures filii si sint habentis ejusmod liberos, dividetur inter eos hæreditas, & ipsi quadrantes capient; nepotes itidem quadrantes. Si verò alter eorum liberos habeat, alter non habeat, fiet nihilominus æqualis divisio inter filios, & qui eorum liberos habet; sibi quadrante retento, reliquum quadrantem cedet liberis, *d. l. 1. §. inter.* Si nepotum unus suam portionem omiserit, ea non tam patri quàm fratribus adcrescet ut conjunctis, *d. l. 1. § si quis.* Erit & eo casu locus collationi ejus; quod pater emancipatus acquisivit, *d. l. 1. §. nunc videamus cum seq.* * Conjunctio ista habet etiam locum in postumo ex emancipato, concepto tamen ante emancipationem, quia avo nascitur suus, *d. l. 1. §. si pater in potestate in fine.* Verùm hæc de re anxiè multa inquirere non attinet, cùm non videatur usus ejusmodi Edicti hodie obtinere, ob datum certum ordinem succedendi, non habitâ ratione differentiæ potestatis, qua de re infrà suo loco.

TITULUS IX.

De ventre in possessionem mittendo.

SUMMARIUM.

1. *Possessio hæc datur matri nomine existentium in ventre.*
2. *Requisita ad hoc, ut sit prægnans.*
3. *Ut venter sit præteritus.*
4. *Ut mulier paritura sit suum, vel qui suus futurus.*
5. *Missio hæc quamdiu duret.*

1 Ut postumorum Prætor non est oblitus, ita nec in ventre existentium, ut indicat hæc Rubrica, & ejus contextus, quorum nomine venter, id est mater mittitur in possessionem, estque alenda, vestienda ex bonis defuncti, procuranda ei domus, servi necessarii. *l. 4. h. t.* ne qua

2 fiat injuria existentibus in ventre. * Ubi requiritur primò, Mater sit prægnans moriente eo, de cujus bonis agitur, nec sufficit dicere se prægnantem esse: & præterea ut fuerit prægnans eo tempore, quo se mitti petit, *l. 1. §. h. t.* Quod si scivérit se prægnantem non esse, & tamen petierit se mitti tamquam talem, re comperta sumptus repetentur, *d. l. 1. §. fin.* actione eam in rem comparata, de qua supra. *Tit. XXV. lib. V. Si ventris nomine mulier &c.* ne, dum in favorem partus Prætor possessionem pollicetur, aliis prædæ occasionem præbeat. Actio ea est famosa, quia mulier damnatur ut calumniatrix, *l. Notatur 15. sup. De his qui not. infamia.* A bona fide missa facti sumptus non repetentur, quod missio teneat ut diminutiones sint ratæ, etiamsi partus non edatur ob abortum, aut aliàs, *l. 3. h. t.* quia, ut ait I. C. *d. l. 1. §. toties*, æquius est, nonnunquam impendi ac fieri, quàm denegari aliquando ei alimenta, qui dominus bonorum fortè futurus est.

3 Secundò, Necessarium est, venter sit præteritus; nam ei exhæredato non datur contra tabulas possessio, *d. § quoties:* præteritis enim tantum succurrit Prætor, non etiam exhæredatis uti dictum supra Tit. IV. Si tamen exhæredatio hæc formula sit facta, *Si filius mihi nascatur exhæres esto*, edicto locus erit, eo quòd filia nasci possit, ad quam non trahitur exhæredatio, cum in odiosis non contineantur appellatione masculorum fæminæ, *l. Cum quidam sup. De lib. & postum. hæred. instit.* Possunt & nasci plures, vel filius & filia: in odiosis autem singularis numerus non porrigitur ad multitudinem. Ut satius sit, sub incerto ejus, qui edetur, etiam alı eum, qui exhæredatus est, quàm eum, qui non exhæredatus, fame necari, ratumque esse debeat quod diminutum, etiamsi is nascatur, qui exhæredatus, *d. l. 1. § quare.* Idem dicendum, si postumus sub conditione sit exhæredatus, nam ea pendente venter in possessionem mittendus, quia sub incerto utilius est ventrem ali. Hodie hoc obtinere nolunt, quod exhæredatio non fiat nisi ex causa, quam nec postumus, nec venter dare potest. Quod ut verum esse possit quoad hanc missionem, exhæredationem tamen constituere testamentum validum diximus supra, *ad Tit. De liberis & postumis hæred. instit.*

4 Tertiò, Ut mulier sit paritura suum, vel eum, qui suus futurus erat, *d. § toties* Neque enim est necesse, ut suus sit, sed sufficit esse potuerit, si emancipatio patris non intervenisset: nam & ideo datur emancipato, quia suus futurus erat. Si ante emancipationem conceptus fuerit, etiamsi in potestate avi nasceretur, admittitur nihilominus venter ad bonorum possessionem patris, quia & ei nato datur contra tabulas bonorum patris possessio, *l. Si retentus 7. sup. De bon. poss. contra tabul.* Mittetur & in possessionem bonorum avi, patre

patre mortuo, quia in ejus est familia, nec quisquam ei obstat; imò & vivo patre jungetur in possessione bonorum avi tamquam suus, *d. l.* 1. §. *si pater*. Post emancipationem concepto ventri denegatur hæc missio quoad bona avi, quia ei pater obstat. 5 * Non ultra autem durat hæc missio, quam ubi peperit, aut abortum fecit, aut certum est eam prægnantem non esse *d. l.* 1. §. *fin*. Cessat [illegible]mis, ob quem missio facta. Jubet & Prætor excedere possessione mulierem, si partus sit repulsus. *l.* 2. *h t.* si exhæredatio habeat effectum, v. g. si in casu, quo filius jussus exhæres esse, filius unicus sit natus, qui se invenit rectè exhæredatum.

TITULUS X.

De Carboniano edicto.

SUMMARIUM.

1. *Edictum hoc in quibus locum habeat.*
2. *Causæ cognitio cur hic necessaria, & in quo illa versetur.*
3. *Datur hæc possessio prævia satisdatione.*

SPectat & hoc Edictum ad bonorum possessionem contra tabulas, dictum à Carbone Prætore, qui usum ejus introduxit. 1 * Habet locum in impuberibus, quibus status quæstio movetur, an sint inter liberos, necne. Datur his possessio, causa cognita, perinde ac si nulla super ista re controversia foret. *l.* 1. *in princ. h. t.* dilata quæstione status in pubertatem; ex ratione æquissima, ne & de statu simul & de bonis periclitentur, antequam sint suæ tutelæ, *l.* 1. & 2. *C. h t.* Habet quidem hoc Edictum locum præcipuè contra tabulas, uti indicat Titulorum ordo; obtinet tamen & locum secundùm tabulas, & ab intestato, *l.* 3. *in princ. l. De bonis* 5. §. 2. *h. t.* 2 * Caussæ cognitio, quæ hic interponenda, in eo potissimum versatur, an non per calumniam petatur possessio: quæ si appareat, deneganda est, ne fiat adversariis, qui post pubertatem actoris partes subeunt, difficilior persecutio. In eo quoque posita, utrum expediat pupillo differri quæstionem status: nam si in promptu sint ejus defensiones, non opus est dilatione, quæ inventa in pupillorum gratiam cederet in eorum detrimentum, cùm repræsentata occasio posset postea d[illegible]cere, *d. l.* 3. §. *dua autem*.

3 Non aliàs hæc possessio datur, quàm prævia satisdatione bonis restituendis, casu quo completa ætate contra pupillum judicetur, *l.* 1. *Cod. h. tit.* Satisdatione nulla pro pupillo interveniente, simul ad possessionem admittitur adversarius, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* cui satisdanti committitur administratio, aliàs curator bonis datur, *l. Sed si is* 5 §. *quoties hoc tit.* Ita tamen, ut alimenta, cæteraque necessaria pupillo præbeantur, quorum nomine etiam bona minui concessum. *d. l.* 5. §. *quoties*.

TITULUS XI.

De bonorum possessione secundum tabulas.

SUMMARIUM.

1. *Possessio hæc quibus detur.*
2. *Cur & quando competat.*

COntra tabulas possessione bonorum non occupata, dat Prætor petentibus possessionem secundùm tabulas, qua tueatur defuncti voluntatem. 1 * Competit scriptis hæredibus, sive substitutis sive institutis, cuilibet suo ordine, *l.* 2. §. *defertur hoc tit.* modò tabulæ sint signatæ septem testium signis, eæque supremæ, id est post quas nullæ aliæ sint factæ, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Si tamen septem testes adhibiti fuerint sine tabulis, utilis hæc possessio datur ex nuncupativo, quia non datur ex verbis Edicti, sed ex mente, *l. Si ita* 8. *in fine hoc tit.* 2 * Non est autem ita necessaria hæc possessio, cùm vocati ex testamento possint adire hæreditatem, nisi in casu, quo testamentum jure civili esset ruptum, & ex æquitate prætoria deferentur bona. Exemplum est in § *non tamen Instit. Quib. modis testam. infirm* aut quando suus prætentus abstinet se hæreditate patris, uti potest. *l. Filio* 17. *sup. De justo rupto &c.* quia tantùm sibi præjudicat. Idem est, si postumus natus vivo testatore decesserit, *l. Postumus* 9. *d. tit.*

TITULUS XII.

Si à parente quis manumissus fuerit.

SUMMARIUM.

1. *Æquitas hujus edicti.*
2. *Pacto pater excluditur à successione filij ingrati.*

Eeeee Non

NOn liberis tantùm, sed & patentibus datur bonorum possessio contra tabulas filii emãcipati, à quo sunt præteriti, ad exemplum patroni. [1] * Quod æquissimum Prætori visum, quia non poreft parens à filio aut nepote emancipato per manumissionem pie & citra noxam præteriri, *l. Nam etsi 15 sup. De inoffic. testam.* Dico, per manumissionem, quæ scilicet fiebat contracta fiducia; nam si absque ea emancipasset pater, hæc possessio ei non competebat, sed illa, quæ vocabatur Unde decem personæ, *§. quæ autem Inst. De bonor. possess.* Nititur æquitate hæc possessio, quippe beneficium liberationis à patria potestate, quo quod quærebant liberi, sibi habebant, permagnum est, & meritò remunerandum. Ut testamento filii ingrati, rescisso, rectè vel ad certam portionem pater admittatur; vel etiam in casu personæ turpis à filio institutæ, ro orum bonorum contra tabulas possessio ei detur, *l. 3. h. t.* [2] * Nisi tamen ut emanciparet filium, parens pecuniam acceperit, *l. 1. §. si parens h. t.* Removetur enim pater per exceptione n doli ob ejusmodi pactum à successione, quia validum est pactum, cùm non concernat repudiationem futuræ successionis, & tantùm id remittatur, quod patri non tam jure successionis, quàm in remunerationem & authoramentum emancipationis debetur, *l. Cum oportet § cum autem C. De bonis quæ liber.* quod pactis relinqui & repudiari potest, *l. fin. C. De emanci pat. liber.* Removetur etiam pater ab hac possessione, si filium contra pietatem afficiens coactus fuerit emancipare, quia non sit dignus honorari ab eo, quem contra pietatem tractasset, *l. fin. h. t.*

TITULUS XIII.

De bonorum possessione ex testamento militis.

SUMMARIUM.

1. *Possessio ex testamento militis datur etiam in hostico decedentibus.*
2. *Eaque secundum tabulas, non etiam contra eas.*
3. *Et quoad bona in castris quæsita.*

[1] DIcta Tit. superiori exceptionem patiuntur in testamento militis, secundùm quod datur bonorum possessio, non attento, quòd non habeat septem testium signa, sed quocumque modo militibus permisso sit factum. Et hoc ita, si in expeditione degant, ubi quoquo modo possunt & volunt testantur, *l. 1. hoc tit.* Ubi idem conceditur iis qui in hostico decedunt, licet jure militari testari nequeant, ex ratione, quòd eadem pericula experiantur, ut eadem quoque jura sibi meritò vindicent, *l. fin. sup. De testam. milit.* Ejus ordinis sunt Præsides, Legati, & alij, de quibus *d. l. 1.* [2] * Et hoc ita quoad possessionem secundùm tabulas. Aliud dicendum de possessione contra tabulas, quia hæc denegatur exhæreditatis, ex ratione allegata suprà, *Tit. 4.* scilicet ne contingat exhæredationem justam temerè rescindi, militum autem præteritio sit loco exhæredationis.

[3] Et hoc ita quoad bona in castris quæsita, nam si saltem filius miles emancipatus testamento facto præterierit patrem, possessio contra tabulas ejus datur patri quoad bona non castrensia. *l. Si à milite 29. in fine sup. De testam. milit.* nam licet testamentum quoad omnia bona valeat, non tamen liberum quoad bona non castrensia à possessione bonorum contra tabulas, quia eatenus præteritio non est loco exhæredationis.

TITULUS XIV.

De Jure patronatus.

SUMMARIUM.

1. *Jus patronatus acquiritur manumissione.*
2. *Eoque nomine datur successio patrono.*
3. *In actionem adversus ingratum libertum quæ veniant.*
4. *Jus patronatus quando amittatur.*

DEcernitur etiam bonorum possessio patronis præteritis contra tabulas libertorum, vel etiam secundum eas. Ratio est, quod sint loco parentum, ut hoc ipsum det jus patronatus, quod dat jus parentum. Quo modo autem acquiratur & amittatur, & quæ sint ejus commoda hic enarratur. [1] * Acquiritur manumissione non tantùm servi proprii, verum & alieni legati, ea conditione, ut manumittatur, *l. 3. h. t.* [2] * Ejus nomine salva est patrono successio in bona liberti, qua in re sæpè variatum est, ut constat *Instit. De success. lib. & inf. Tit. 2. lib. seq.* Salvum est hoc jus & patroni liberis, etiam in casu, quo pater perduellionis est damnatus, ut benignissimè dicitur rescriptum in *l. 4. hoc t.* Rectè, benignissimè; cum de rigore ejus, qui civitatem amittit, hæreditas & jus libe-

liberis adimatur, secundum *l. 3. inf. De interdict. & releg.* Debentur etiam patrono obsequia, de quibus *Tit. seq.* Potest & liberto imponere operas, donum, munus, de quibus *lib. seq. Tit.* 1. Est & actio Faviana ac Calvisiana, *lib seq. Tit. 5. Si quid in fraud. patroni.* 3 * Est item actio sive querela adversus ingratum libertum, ex qua variè fit condemnatio, pro modo iniuriæ patrono illatæ. Interdum enim pars bonorum liberti patrono additur: Interdum & fustibus cæditur, *l. 7. in fine h. t.* Interdum mitiùs punitur, interdum damnatur in metallum, mittitur in temporale exilium, *l. 1. h. t.* Interdum & in patroni redigitur potestatem, ut ministerium præbeat; qui si contumax persistat, emptori addicitur, & pretium eius patrono tribuitur, *l. 6 in fine sup. De agnosc. liber.* Facit & ingratitudo in servitutem retrahi, *l. 5. hoc tit.* quod hodie videtur generale esse, *l. 2. C. De libert. & eor. liber.* idque in odium ingratitudinis statutum, quam aversantur leges, & liberos emancipatos ob illam in potestatē redigunt, *l. 1. C De ingrat. liber.* 4 * Hæc ita, donec salvum est jus patronatus; quod amittitur, si negligat patronus libertum alere. *d. l 6 in fine:* si adegerit jurejurando, ne nubat, *l. 6. hoc tit.* aliisque modis, de quibus passim hoc Tit.

TITULUS XV.
De obsequiis parentibus & patronis præstandis.

SUMMARIUM.

1. *Patronis liberti quid debeant.*
2. *Filio patris liberto patroni persona cur sancta.*

IN signum grati animi debent liberti patronis 1 reverentiam & obsequium, non minus quàm parentibus debent liberi, etiam milites, *l. 1. 2. 3. h. t.* etiam si inæqualis sit potestas, quia æqualis est pietas, eo quod libertis patrono tanquam altera vita accepta sit ferenda libertas, *l. Servitutem 109. De R. I.* Unde in multis idem jus est patronis circa libertos, quod est parentibus circa liberos. Est autem jus patronatus præcipuè positum in obsequiis, quæ consistunt in amore, 2 reverentia, pietate libertorum erga patronum. * Unde liberto patroni non secus ac filio patris persona honesta & sancta videri debet, *l. Liberto 6. h. t.* Unde eum egentem alere cogitur, *l. Si quis 5. § solent sup. De agnosc. lib.* quod & idem in liberis patroni juris esse ibi dicitur *in §. utrum autem.* In jus non vocat sine venia, *l. 4. sup. De in jus vocan.* Actionem de dolo aut iniuriarum, aut ullam aliam famosam non movet contra patronum, etiamsi per procuratorem judicium accipiat, *l. 2. & 5. in fine h. t.* Condemnatus præterea patronus liberto, non ultra quam facere potest, tenetur, *l. 7. §. 1. hoc tit.* & in summa omnis honor & reverentia ei attribuenda.

FINIS LIBRI XXXVII.

HENRICI ZOESII J. C. IN LIBRUM XXXVIII

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.
De operis libertorum.

SUMMARIUM.

1. *Opera quid? Alia officiales, alia artificiales.*
2. *Non debentur nisi imposita.*
3. *Ad quas operas libertus teneatur.*
4. *Cuius impendio edenda.*
5. *Operarum præstatio quando cesset.*

PRimis quinque huius libri Titulis alia expediuntur quæ causam juris patronatus concernunt. Et primo quidem hoc Tit. de operis libertorum agitur, quæ patrono præstandæ. * Sunt autem Operæ diurnum officium consistens in ministerio & officio liberti, *lib. 1. hoc tit.* Aliæ sunt Officiales, quæ in officio exhibendo consistunt, veluti adesse patrono, comitari, & similia: Aliæ Artificiales, quæ in certo & designato artificii genere promittuntur, uti pictoriæ, medicæ, & similes. Priores pecuniâ non redimuntur, quia sunt personales, propriæ patroni, ad hæredem aut alium non transeuntes, *l. Opera 9. hoc. tit.* Posteriores pecunia æstimantur, & ad extraneum transeunt, *l. Fabriles 6. hoc tit.* *Non debentur autem nisi impositæ à patrono, quamvis citra impositionem præstitæ non condicantur, quòd naturaliter debeantur, *l. Si non sortem 26. §. libert sup. De condict. indeb.* Non alias autem censendæ impositę, quàm stipulatione interveniente, cujus *l. 3. & 5.* & alia loca hic meminerunt, aut prævio juramento, *l. 7. hoc tit.* cui singulare est, ut hac in materia causet obligationem. Hac in parte differunt obsequia ab operis, quod etiam non imposita debeantur, & fiot præstanda. Idem obtinet, si donum munusve patrono stipulanti spoponderit vel juraverit libertus, *l. Qui libertinus 37. h. t.* * Hæc ita quoad operas qualescunque, quas edere & præstare libertus potest, si modo probè, honestè & jure licito imponantur, & præstari possint, *l. Vt jurisjurandi 7. §. jurare hoc tit.* sine turpitudine & vitæ periculo, *l. Ejus 16. hoc tit.* ubi circumstantiæ utriusque personæ, quoties operæ debitæ petuntur, sunt observandæ, ætas scilicet, dignitas, vitæ propositum, & cætera eius generis, *d. l. 16. in fine.* Quo modo liberta major quinquagenaria, libertus quinquagenario à præstatione liberatur, *l. Liberta 15. hoc tit.* Uti & dignitas, quæ iis contigit; ut vice versa dignitas, quæ accessit patrono, auctiores & graviores operas ab iis præstari facit, *l. Interdum 34. h. t.*

Debet autem libertus suo impendio operas edere, victu, vestituque suo, si tamen aliunde alere se possit, *l. Suo victu 18. h. t.* Si non habeat, à patrono est alendus, aut tantum temporis illi dandum, quo quæstum faciat, unde alatur, *l. Aut certè 19. h. t.* Alias patrono deneganda operarum præstatio, *l. Quod nisi 20. h. t.* Juxta quam interpretationem accipiendæ sunt leges, quæ volunt patroni impendio edendas operas esse, cuius ordinis est *l. Operæ 21. & l. pen. h. t.* loquuntur enim in casu, quo libertus se alere non potest. * Cessat autem hæc operarum præstatio variis casibus, ut si promissæ quidem sint, non tamen à liberto, *l. Si quis pro eo De fideijussorib.* & aliis casibus, do quibus in *l. Liberta 46. cum seqq. hoc tit.*

TITULUS II.

De bonis libertorum.

SUMMARIUM.

1. *Quid juris fuerit olim quoad successionem in bona liberti.*
2. *Distinctio Iustiniani circa hanc rem.*

PRæcipuè spectat ad jus patronatus jus, quod est circa bona liberti, in cuius successione diversitas fuit, pro temporum diversitate, ut videre est ex iis, quæ traduntur *Institut. De success. libertor.* Nam antea patroni soliti erant manumissionis causa magnas res exire à libertis, ad remunerandum tam grande libertatis beneficium. Postea Prætor certæ, id est dimidiæ partis bonorum possessionem pollicitus, *l. 1 h. t. §. Instit d. t.* nisi liberos reliquisset, qui patronum excludebant. Quæ res exinde adaucta per legem Juliam Papiam admisso patrono etiam in casu, quo liberi essent pauciores tribus Denique Justinianus aliam distinctionem adhibuit, de qua *Instit. d. t.* ut scilicet centenario minor libertus, id est non habens centum aureos in bonis, liberè testari quear, etiam patrono præterito; maior autem centenario relinquere debeat patrono tertiā partem, quam & patronus contra tabulas sibi adrogare potest, non extantibus liberis: ut verò ab intestato consequatur integram hæreditatem, nisi supersint liberi, aut nisi jus patronatus liberto remiserit, aut aliquid fecerit, quo se reddidit eo indignum, ut in *l. Eum qui contra 15. & penult. sup. De jure patron.* aut servus nummis suis sit emptus, interposita fide manumissoris, quia talis non potest videri beneficium aliquod præstitisse, *l. 3. sup. De obseq parent. & patrono præstan.*

TITU-

TITULUS III.

De libertis municipum & aliarum universitatum, cum duob. Tit. seqq.

SUMMARIUM.

1. *Adsignatio libertorum quo modo fiat.*
2. *In quo & quando ea utilis.*
3. *Alienata in fraudem patroni quatenus & qualiter revocanda.*
4. *Cessat revocatio, patrono ratam habente alienationem.*
5. *Revocatio non impeditur quod in cujus fraudem est facta hæres fiat alienantis.*
6. *Nondum acquisita non revocantur.*
7. *Manumissio servi in fraudem patroni est nulla.*
8. *Quid circa prædicta moribus obtineat.*

SPectant etiam tres sequentes Titu'i, tertius scilicet, quartus & quintus ad possessionem bonorum. Et tertio quidem traditur, idem esse de municipibus, & cuivis universitati id juris esse in bonis libertorum, quod est patronis. *l. 1 d. tit.* quæ petit bonorum possessionem non per se, sed per alium.

Quarto Tit. agitur de patrono; cui sunt plures liberti, ad quos omnes, non quasi hæredes, vel proportionibus hæreditariis, sed tamquam ad liberos æqualiter pertinent jura patronatus. Quo modo & patrono patre perduellionis damnato, jus patronatus liberis salvum manere ex benignitate d. tit. est supra de jure patronatus. Cautum tamen est S. C quod factum Claudianis temporibus, licere patri uni liberorum libertum adsignare, penes quem sit jus patronatus, ejusque commoda, *l. 1 d tit. 4.* * Adsignatio ista fit, sive inter vivos, verbis, nutu, epistola; sive ultima voluntate, *l. 1. §. adsignare, l. 7. d. t. 4.* sive pure, sive in diem, sive sub conditione, *d. l. 7.* * Ita tamen hæc adsignatio utilis est, si in potestate fuerit is, cui facta, *d. l. 1. §. 1. & § datur,* in eaque manserit; nam emancipatio facit cessare adsignationem, *§. datur Instit De adsignat. liberi.* Ut multo minus ab initio fiat emancipato, cum jus patronatus non transeat in extraneum. Non obstat *l. V. trium 9. d. titulo 4.* nam in ea non fit soli emancipato, sed conjunctim cum filio in potestate, ut, quod per se non habet emancipatus, per conjunctam personam consequatur: quod & a'iàs usu venire patet ex *l. Mulieri 74. sup. De conditionib. & demonst. & l. fin. D. lib. præterit.* Videatur Jason *in l. Matern. 10. C. De inoff. testam.* Utilis præterea ut sit ista adsignatio, necesse est, ut plures sint in potestate, nam in persona unius adsignatio est inutilis, cum per eam nihil accedat ei, qui solus jus habet, & sit loco electionis, cuius usus tantùm est in rebus pluribus.

Quinto Tit. agitur de alienatis in fraudem patroni per libertum revocandis, quatenus læditur legitima patroni, quia a'iàs frustrà quereretur. Revocatio hæc fit per actionem Favianam, si agatur ex testamento, aut Calvisianam, si succedatur ab intestato, quæ differentia apertè probatur per *l. 3. § 2. & § 3 d tit 5. & l. 2. C. Si in fraud. patron. alien. facta sit*, ubi Cujac. *in Recitat.* Oportet autem in fraudem patroni alienatio contigerit, quæ probanda à patrono, cùm non præsumatur. In mortis causâ donationibus, uti & legatis, de fraude non quæritur, quia satis est patrono, legitimam non esse integram, *l. 1. § 5. d. tit. 5.* quæ potior est legatis mortisque causa donationibus, cùm sit instar alieni æris. * Cessat quoque disputatio fraudis, si patronus alienationem ratam habuerit, *l. 2. & l. Non videtur d. t. 5.* quia consentienti non potest videri facta injuria: uti & si emptor, de cujus dolo non disputatur, velit rem habere emptam justo pretio, *d l. 1. §. si quis.*

Quid si ille, in cujus fraudem alienatum, hæres fiat alienantis? Videtur id non impedire, quominus agat ad revocandum id, quod est alienatum: non obstante, quòd hæres debeat habere ratum factum defuncti, cuius jus repræsentat, *l. Cum à matre C. De rei vindic. l. Ex qua persona inf.* De R. I. nam idipsum cessat, quando defunctus voluit fraudare hæredem. Bald. *ad l. Si pater Cod. De inoffic. donationib.* Patet idipsum in *l. 1. §. si libertus hoc t.* in quo si libertus in fraudem patroni aliquid dederit, deinde defuncto patrono filius eius acceperit possessionem bonorum, Faviana is uti potest, quòd fraus magis rei quàm personæ facta videatur.

Hæc ita in alienatis iis, quæ iam habebantur: nam repudiatio eorum, quæ acquiri potuerunt, non est obnoxia revocationi, cùm tantum loquatur edictum de alienatis; non possint autem dici alienata, nisi acquisita fuerint. *d. l. 1. §. mirum.* Ex d. ctis patet, alienationem ipso jure valere, cùm veniat revocanda * Quod exceptionem patitur in manumissione servi, quam leges volunt nullam esse, si contineat patroni læsionem,

l. In fraudem inf. Qui & à quibus manumis. Ratio est, quia inconveniens est, libertatem semel jure competentem revocari, *l. 4. §. quid inf. De fidei-commiss. libert.* unde maluerunt leges eam impedire. Quæ inconvenientia non est in revocatione aliarum rerum alienatarum.

8 Hæc ita de jure scripto usum habuere: non etiam de moribus, cùm servorum & libertorum in variis Europæ provinciis non sit usus. Non sunt tamen inutilia omninò cognitu, cum sint & loca, in quibus est quoddam servorum genus, quod dicitur manus mortuæ; uti etiam est aliquod genus adscriptitium, cuius mentio est Cod. *De agricol. censit. & colonis*; ut in locis istis etiam manumissio usum habeat. Sumitur & interdum argumentum ab illis, quæ in usu non sunt, ex similitudine rationis, Sic. 2. *Feudor, tit.* 26. §. *omnes ubi Glos.* adsignatio vasalli ad obsequium præstandum facta est. Vid. Everard. *in Loco à liberto ad vasallum.*

TITULUS VI.

Si tabulæ testamenti nullæ extabunt. Unde liberi, cum duob. Tit. seq.

SUMMARIUM.

1. *Bonorum possessio Unde liberi quando detur.*
2. *Defertur proximum locum habentibus.*
3. *Nepos, relicta hæreditate patris, quatenus consequatur bonorum possessionem avi.*
4. *Bonorum possessio Unde legitimi.*
5. *Unde cognati.*

HActenus de bonorum possessionibus ex causa testamenti: restat ut de iis agatur, quæ ab intestato debentur, quibus tum demùm locus, si nemo aut contra aut secundùm tabulas bonorum possessionem acceperit, qua in re Prætor certos ordines eorum, qui ab intestato succedunt, fecit. 1 *Et primo quidem loco liberos admittit, concessâ eis possessione *Unde liberi*, de qua *Tit.* 6. Ubi liberorum appellatio est generalis, complectens etiam emancipatos, cùm & hos Prætor admittat, emendato hac in re jure civili. Nam Lex XII. Tabb. non nisi suos hæredes admittebat, qui scilicet tempore mortis erant in potestate parentis, § *emancipati Instit. De hæredit. quæ ab intest. defer.* Ut emancipatis hæc possessio fuerit necessaria, non etiam suis, qui jure civili admittebantur, *l. 7. sup. De inoff. test.* Subvenit autem jus prætorium iis tantùm liberis, qui futuri erant sui hæredes, nisi fuissent emancipati, *l. 1. §. liberos autem d. t. 6.* quibus etiam solis subvenitur per bonorum possessionem contra tabulas. Unde in bonis maternis nulla competit possessio liberis in ordine liberorum, sed cognatorum. In nepotibus & neptibus, ex filia idem juris est, *Inst. De hæred. quæ ab intest. defer. §. item vetustas.* Veniunt etiam liberorum nomine adoptivi in potestate, *d. l. 1. §. liberos.* Dico, in potestate; nam emancipatio facit eos omninò extraneos.

2 Defertur autem hæc possessio iis; qui proximum locum habent. Unde filius excludit nepotem; nisi nepos ex eo fuerit retentus in potestate avi, ipso filio emancipato, nam, uti dictum antè de conjungendis cum emancipato liberis, talis nepos admittebatur cum patre ad bonorum possessionem avi. Quod licet controversum sit an hodie obtineat, verius tamen est, non obtinere, sed excludi nepotem secundùm jus novissimum. Et hoc, si filius & nepos sint ejusdem lineæ; nam si diversarum fuerint, filius scilicet ex una parte, & alterius defuncti filii nepos ex altera, vel ex uno filio nepos, ex altero pronepos, propinquior remotiorem non excludit, quòd remotior in locum sui patris succedat, eumque repræsentet.

3 De eo nepote quæri posset, cujus pater post defunctum avum intestatum mortuus est, quatenus possessionem bonorum avi consequatur? Ubi dicendũ, quod aut pater se immiscuit bonis avi, aut non. Illo casu abstinens bonis patris nepos non potest consequi bona avi, quod utroque jure utriusque hæreditas sit confusa, quæ scindi nequit: hoc verò casu datur nepoti licentia apprehendendi hæreditatem avi, non quidem jure civili, quo etiam ad suos ignorantes transmittitur hæreditas, & filio est acquisita, ut postea separari nequeat, sed jure prætorio, quo necdum fuit acquisita patri ob omissam immistionem, atque ita nepos admittetur ad bonorum possessionem avi, *l. ult Cod. Unde liberi*, quæ habet (*maxime emancipatus*) quia in eo minùs dubium, quòd patri non sit suus hæres, ut abstentione non indigeat. Mud. *ad d. l. ult.* & Cujac. 4 *Obser. c.* 6.

4 Secunda hujus edicti parte defertur legitimis bonorum possessio, dicta *Unde legitimi*, de qua *Tit.* 7. quæ denotatur his verbis, *Tum quem ei hæredem esse oporteret*, non tam inspecto tempore mortis testatoris, quàm eo, quo bonorum possessio petitur, quia qui tum temporis capite est diminutus, non potest accipere hanc possessionem, *l. 1. d. t.* 7. cum capitis minutio legitimas faciat cessare successiones.

siones, *l. Capitis* 11, *inf. De suis & legit. hæred.* Legitimorum quidem nomine veniunt etiamsi sui, hic tamen videtur accipi nomen istud de iis, qui non sunt liberi, quales sunt agnati, id est omnes illi, qui per masculos sunt conjuncti, sive sint masculi sive fœminæ, *l* 2. §. 1. *d t.* 7. nisi quod fœminæ ipsæ consanguinitatis jure admitterentur, si sorores essent, non etiam ulteriùs. Verùm hæc mutata sunt, ut mox dicemus.

5 Tertia Edicti parte post legitimos data bonorum possessio cognatis, quæ dicitur *Unde cognati*, quales sunt per fœminas conjuncti, quæ erat iis omninò necessaria, cum jure civili essent incogniti. Hodie agnatorum & cognatorum differentia est sublata per *Nov. De hæredib ab intestato venient.* 118. & confusæ hæ duæ possessiones: ut cognati non tantum usque ad septimum gradum, verum etiam usque ad decimum succedant eo modo, quo agnati, §. *agnati Instit de success. agnat.* Imo etiam ultra, ut dicemus infra de suis & legitimis.

TITULUS IX.

De successorio Edicto.

SUMMARIUM.

1. *Successio graduum olim in agnatis locum non habuit.*
2. *Quod correctum postea.*

1 PLures esse ordines eorum, qui tam ad hæreditatem quàm ad bonorum possessionẽ admittebantur ab intestato, manifestum est, & in singulis ordinibus suos gradus. In legitimis hæreditatibus successionem non fuisse, id est sequentem in locum prioris, qui delatam hæreditatem non acquisiverat, sive quia mortuus erat, sive quia repudiarat, non fuisse substitutum (ita enim verbum istud hic sumitur) habet § *placebat Instit. De legit. agnat. success.* sive de gradu in gradum, veluti nepotes in locum filiorum, qui ei, de cujus bonis ageretur, fuissent superstites, sive de ordine in ordinem, veluti agnati in locum hæredum suorum, exclusi quippe per anteriorem gradum, in quo primo consistebat delata hæreditas, *l.* 2. *h. t.* Ulp. *t.* 26. §. *si plures.* Ratio videtur fuisse, quòd proximo deferatur hæreditas; proximus autem quis intelligatur fuisse tempore mortis, post mortem verò nemo possit incipere fieri proximus.

2 * Quod correctum postea, & concessum, ut in agnatis sit successio, saltem primò per jus prætorium concessa bonorum possessione in legitimis hæreditatibus sequenti in gradu aut ordine, etiam in quinto gradu, *l.* 1. *C. h. t.* Postea Justinianus, secutus æquitatem Edicti, successionem admisit in legitimis hæreditatibus, *d. §. placebat.* Quod autem dicitur in *l.* 1. *Cod. hoc tit.* omissam bonorum patrui possessionem per matrem rectè peti à filio, est, quia illa non petierat ob furorem; neque enim nisi sano ea datur, saltem ex edicto. Ex decreto datur curatori furiosi, præstita cautione de reddendis bonis cognato sequentis gradus, si moriatur furiosus in furore.

TITULUS XI.

De gradibus, & adfinibus, & nominibus eorum.

SUMMARIUM.

1. *Gradus tantùm sunt cognationis, non adfinitatis.*
2. *Gradus unde sic dicti.*
3. *Alij sunt lineæ rectæ, alij transversæ, & illius vel superioris vel inferioris ordinis.*
4. *Gradus tot computantur, quot sunt personæ generatæ, unâ demptâ.*
5. *Fallit hoc jure Canonico in linea transversa.*
6. *Transversalium inter se distantia qualiter sit ponenda.*
7. *Adfinitatis gradus computantur ad instar graduum cognationis.*

QUia antè dictum, secundùm prærogativam graduum deferri successiones, & in locum graduum priorem succedere posteriores, congruè hic de gradibus cognationum, eorumque supputatione, Jurisconsultis cognitu necessaria, ut ait Paulus *l. fin hoc tit.* subjungitur Habet autem Rubrica hæc *De Gradibus, & adfinibus, & nominibus eorum*, rectiùs quàm alii legant *De gradibus adfinitatis.* 1 * Nulli siquidem sunt gradus adfinitatis, ut rectè adserit *l.* 4. §. *gradus hoc tit.* Gradus enim alius ex alio nascitur, non etiam adfinis generat adfinem, cùm ex genero natus non sit mihi adfinis, sed nepos. neque ex nuru nata pronurus: ut, cùm generationes desunt, nec gradus esse possint. Neque obstat, quod in Rubr. fiat mentio adfinium; hoc enim tantum quoad eorum nomina, ut ibidem subjungitur. Neque etiam ob-

jam obstat, quòd habet J. C. in *d. l. fin. in princ. hoc tit.* dicens, *Iurisconsultus cognatorum gradus & adfinium nosse debet*: nam vel legendum ibi *adfines nosse*, aut dicendum Paulum abuti graduum appellatione, pro serie quadam graduum cognationis.

2 Sunt itaque tantum gradus in cognatione, ita dicti secundum I. C. in *d. l. fin. § gradus autem* 10. à similitudine scalarum, locorumque proclivium, quos ita ingredimur, ut à proximo in proximum, id est in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus; quasi per gradus ascendendo & descendendo fiat eorum supputatio.

3 Sunt autem gradus alii lineæ rectæ, alii transversæ. Linea recta iterum est vel ascendentium sive superiorum, id est parentum, vel descendentium sive inferiorum, id est liberorum. Quantum ad lineam rectam in ordine superiori, primo gradu est pater, mater; secundo avus, avia; tertio proavus, proavia, & deinceps. *l. 1. hoc tit.* Ubi usque ad sextum gradum referuntur propria graduum nomina; ultrà deficit speciale nomen. In inferiori sive descendentium ordine, primo gradu est filius, filia; secundo nepos, neptis; tertio pronepos, proneptis, & deinceps. In ordine transverso non est primus gradus jure civili, sed à secundo numeratio inchoatur per patrem, qui cognationis est causa: filius enim cum patre primum gradum facit, pater cum altero filio secundum, iste filius cum nepote tertium, & ita deinceps. In transversa linea pauciores gradus proprijs nominibus notantur, ut patet ex *d. l. fin. & Instit. eod.* nam in plerisque denotandis circumscriptione utendum.

4 Ad faciliorem autem graduum computationem inducta est Regula, ut tot sint gradus, quod personæ, unâ demptâ; sive tot gradus, quot generationes aut generatæ personæ, cùm, ut ait Imp. *Institut. eod.* generata persona gradum adjiciat. Dico, unâ demptâ; nam ad primum gradum constituendum opus est duabus personis, scilicet generantis & generatæ. * Qua in re Canones nonnihil dissentiunt à legibus, non tam quoad lineam rectam (in ea enim eadem est denumeratio, eademque recepta regula, cùm ibi tot gradus cõstituantur, quot sunt generationes) quàm quoad transversam, in qua non computantur singulæ personæ ad gradum constituendum, sed duæ inter se collatæ unum gradum constituunt. Sic filij & filiæ ex eodem patre primum gradum constituunt, secundum patrueles, id est duorum fratrum filij, filiæ; & consobrini, id est duarum sororum filij, filiæ, quasi consobrini, item amitini, amitinæ, id est ex fratre & sorore nati, natæ; tertium sobrini, qui propriè sunt propagati ex patruelibus, consobrinis, amitinis, quamvis ea nomina non rarò confundantur: ut qui Canonico jure tertium gradum constituunt, jure civili, quo generata persona gradum adjicit, sextum constituant. Diversitatis ratio est in diverso fine, quandoquidem juris Canonici computatio sit adventa causâ nuptiarum, ad quas duæ personæ desiderantur, nullo sanguinis aut adfinitatis vinculo impeditæ: * ac proinde utriusque consideranda distantia quoad stipitem, & ponenda Regula, quòd quoto gradu quisque distat à stipite communi, eodem & inter se distent. Et hoc, quando distant æqualiter: nam si inæqualiter, alia Regula obtinet, scil. quòd quoto gradu distat remotior à stipite communi, eodem & inter se distent. Ut, licet non nisi ultra quartum gradum jure Canonico admittatur conjunctio nuptialis, rectè tamen jungatur nepos atnepti, quòd ille quidem sit in secundo gradu, hæc autem in quinto. Jus vero civile non alia de causa disputat de gradibus, quam successionis & tutelarum, in quibus habetur ratio proximitatis in quavis persona.

5 6

7 Dictum suprà, quòd adfinitatis nullus sit gradus, quòd affines alij ex alijs non nascantur, ejusque nomine non deferatur successio, accipiendum est propriè loquendo: nam impropriè & huic tribuuntur ordines & gradus, ad modum cognationis. v. g. quo gradu est pater & mater, eodem & socer, socrus, vitricus, noverca: quo gradu est filius, filia, eodem & gener, nurus, privignus, privigna: quo gradu est frater, soror, eodem & levir, glos, sororius, fratria. Inspicitur ista graduum computatio in nuptiarum prohibitione, quæ in eum gradum se extendit adfinitatis, in quẽ cognationis, qua de re *tit. De consang.* Ut autem ex oculari inspectione graduum dinumeratio facilius, uti solet, percipiatur, subjicitur à Justiniano ipsa figura sive arbor, ut vocant, cognationis, quam Cujac. 6. *Obser. cap. fin.* restituit secundùm veterem formam.

TITULUS XL.

Unde vir & uxor.

SUMMARIUM.

1. *Deficiente omni successione datur bonorum possessio* Unde vir & uxor, *excluso fisco*

2 *Ma-*

2. *Modo justum fuerit matrimonium.*
3. *Vxorque fuerit tempore mortis.*

1 Deficiente omni parentum, liberorum & propinquorum legitima vel naturali successione, olim erat fisco locus, qui bona ut vacantia occupat, ut colligere est ex *l. fin. Cod. Theodos. De legit. successionib.* ubi dicitur, *Fisco nostro matrimonii jura praeponimus.* Postea inducta possessio. Unde vir & uxor nono loco. quae deinde redacta est ad sextum, quibusdam sublatis, ut videre est *Instit. De bonor. Possessionib.* Ratio desumitur ex arctissima coniunctione, quae est inter virum & uxorem. 2 * Ubi necesse est, verum iustumque inter eos fuerit matrimonium, *l. unica h. t.* licet non cousummatum: nrque enim in sponsa de futuro locum habet, quia haec uxoris appellatione non continetur. 3 * Oportet etiam uxor fuerit tempore mortis; nam divortium interveniens, licet interdum non impediat, quin duret matrimonium, facit tamen denegari hanc possessionem, *d. l. un. §. 1.* Qua de re posset videri hodie non esse disputandum, cum divortium non admittatur nisi quoad torum, quod non causat vinculi dissolutionem. Quo tamen non obstante dicendum, & hodie per divortium etiam quoad torum esse denegandam hanc possessionem, uti & successionem mutuam, cum & olim hoc obtinuerit ex causa divortii, durante licet matrimonio, ut dictum; ex ratione, quod quae diversit non videatur coniux, aut saltem non digna praemio. Si tamen superstes non causarit separationem, non est, quod illi successionis jus denegetur. Castren. *ad d. l. unic.* Vide Forster. *De success. ab intest. lib. 9. c. 3.* Hac de re aliqua etiam dicentur ad Tit. penult. huius libri, ubi tradetur series successionis civilis ab intestato.

TITULUS XII.

De veteranorum militum successione.

Inter caetera privilegia militiae hoc unum fuit ex Constitutione Adriani, ut, si miles ex delicto capitis damnatus esset, ejus intestati haereditas, sive bonorum possessio, quoad castrensia, deferretur legitimis haeredibus usque ad quintum gradum *l. 1. & 2. hoc tit.* cui testamentum facere permissum erat. Et hoc, si damnatus esset ex delicto militari. Quod & in veteranis obtinuit, qui honeste missi erant. Caetera bona, quae pagano jure miles obtinebat, fisco applicabantur. Sed si ex delicto communi, veluti adulterio aut simili, damnatus esset, etiam castrensia fisco applicabantur, *d. l. 1. & l. Militibus 13. Cod. De testam. milit.*

TITULUS XIII.

Quibus non competit bonorum possessio.

Constituit & Adrianus, ut haeredi scripto, per quem factum est, quo minus testator mutaret voluntatem, etiam post aditionem haereditatis, denegentur actiones, & bona ei tamquam indigno auferantur ac fisco applicentur, *l. 1. sup. Si quis aliquid test. prohib.* Qui casus etiamsi in Edicto fuerit omissus, aequitas tamen suasit, ut & denegarentur actiones possessoriae patri, vel domino, qui filio vel servo haerede instituto impedivisset testamenti mutationem, *l. un. hoc tit.*

TITULUS XIV.

Ut ex legibus Senatusve consultis bonorum possessio detur.

Post sex ordinarias bonorum possessiones subjungitur una, quam Praetor iis promittit, quibus vel lex lege aliqua, vel Senatusconsulto, vel constitutione uti daretur, comprehensum esset, *l. 1 hoc tit.* quam Justinianus *Instit. De bonor. possess.* vocat septimam & extraordinariam, quod inter ordines Edictis primis expressos non contineatur. Exemplum ejus est in *l. 1. sup. Tit. 12.* Hoc Edictum necessarium iis tantum, quibus lex bonorum possessionem dari exprimebat, non etiam iis, quos jus haeredes faciebat.

TITULUS XV.

Quis ordo in bonorum possessione servetur.

SUMMARIUM.

1. *Caussa testati potior est caussa intestati.*
2. *Bonorum possessio intra quod tempus petenda.*

Conclusurus I.C. materiam bonorum possessionis, ordinem in ea petenda servandum 1 tradit, ut non antè ab intestato petatur, sive à suo sive emancipato, quàm si vel contra tabulas vel secundùm eas non sit petita. *l. 1. h. t.* Semper enim potior est caussa testati, & tunc præferri vult liberos legitimis, hos cognatis, post eos demùm admittit conjuges. * Petenda autem ea intra præ- 2 scripta tempora, idque ne bona diu vacent, in detrimentum creditorum. Liberis & parentibus præscriptus annus, reliquis dumtaxat tempus centum dierum, quod est utile, tantùm currens à tempore scientiæ competentis possessionis, & in quo tantùm numerantur dies, quibus peti potuit coram judice, *l. 2. h. t.* Adeò ut responsum sit *l. 3. h. t.* patris scientiam non nocere filio ignoranti. Spatium istud non tantùm datum filio, si tamquam filius petat, sed etsi tamquam agnatus aut cognatus vocetur ad possessionem, *l. 4. in fine hoc tit.* Quod & in patre ibi responsum, qui tamquam manumissor eam accipit. Hæc de bonorum possessionibus dicta sunt, quæ moribus hodiernis non ita frequentantur, qui non distinguunt inter possessorem & hæredem, cùm promiscuè dicantur hæredes, quibus est debita possessio. Vid. D. Mudæum *ad Tit. Com[illegible] qui admitti ad bon. possess. poss. in princ.*

TITULUS XVI.

De suis & legitimis hæredibus cum Tit. seq. Ad S. C. Tertullianum & Orphitianum.

Summarium.

1. *Intestatus quis dicatur.*
2. *Succedentium ab intestato ordo ex L. XII. Tab.*
3. *Successio inter matrem & liberos ex S. C. Orphitiano & Tertull.*
4. *Succedentium ab intestato ordo ex jure novissimo.*
5. *Succedunt primò descendentes, liberi primi gradus, sublatâ differentiâ sexus, suitatis & emancipationis.*
6. *Nepotes ex altero filio concurrentes succedunt in stirpes.*
7. *In stirpes succedere qui dicantur.*
8. *Qui in capita.*
9. *Nepotes ad successionem avi intestati quando admittantur.*
10. *Habiles sint oportet tempore delata hæreditatis.*
11. *Nepotes an excludant avum ab omnibus bonis patris?*
12. *Liberi omnes in pari gradu succedunt indistinctè & æqualiter.*
13. *Moribus quid in hac successione obtineat.*
14. *Primogenia & jus Maioratus cur introducta.*
15. *Nepos ex filio seniore à jure primogenituræ an excludat patruum?*
16. *Legitimati per subsequens matrimonium qualiter succedant.*
17. *Ex intermedio matrimonio natus in jure primogenituræ excludit legitimatum.*
18. *Succedunt & legitimati per oblationem curiæ.*
19. *Legitimati per rescriptum qualiter succedant.*
20. *Taliter legitimatis debetur legitima.*
21. *Liberis justis extantibus nihil juris eis competit in bona patris.*
22. *Ut neque liberis natis post naturalium legitimationem.*
23. *Liberi legitimi succedunt patri legitimo.*
24. *Ascendentes succedunt, ubi descendentes deficiunt.*
25. *Idque sine discrimine sexus ac potestatis.*
26. *Adoptans non succedit extraneo adoptivo.*
27. *Parentes plures diversæ lineæ succedunt in stirpes.*
28. *Cum parentibus admittuntur fratres germani.*
29. *Nepotes soli ex fratre à successione patrui per avum excluduntur.*
30. *Tunc quoque quando proavus tantum superest.*
31. *Fratres defuncti excludunt avum.*
32. *In hac successione quid mores observent.*
33. *Inter collaterales succedunt primò fratres sororesque utrimque juncti.*
34. *Fratrum plurium libri patruo quo modo succedant.*
35. *Succedunt & legitimati per subsequens matrimonium.*
36. *Adrogati quibus qualiter succedant.*
37. *Post fratres utrimque junctos succedunt ex altero tantùm parente juncti.*
38. *Nepotes ex tali fratre an concurrant cum patruis?*
39. *Frater utrimque junctus & consanguineus tantùm succedunt æqualiter in bona nepotis.*
40. *Collateralium successio an detur in infinitum?*
41. *In hac successione quid moribus receptum.*
42. *Naturales liberi an & qualiter succedant patri?*
43. *Succedunt tales matri.*

ABsoluta successione Prætoria, quæ defertur per bonorum possessiones, tum ex testamento, tum ab intestato reditur ad civilem successionem, quæ ab intestato defertur per legem, absque ordinatione defuncti, unde & Legitima dicitur, de qua hoc & sequenti Tit. * Ubi sciendum, intestatum dici, cui nullum aut non utile extet testamentum, sive quia nullum factum, ut quia non potuit, vel quia non vo'uit; sive factum quidem, sed non debita forma; sive debita quidem forma, sed ruptum irritumve factum aliqua de caussa, aut quia nemo hæres ex eo extat, vires amisit, *Instit. De hæred. quæ ab intest. defer. in princ.* * Hæc in re, inspecto jure veteri, is ordo fuit, ut primò liberis deferrentur bona parentum, secundò agnatis per L. XII. Tabb. exclusis cognatis, etiam per sorores consanguineas. Pater occupabat jure peculij olim etiam castrensia, *l. 2. inf. De castr. peculio*, donec per Constitutiones Principum exceptum fuit peculium castrense & quasi castrense, & tandem etiam adventitium quoad proprietatem, usufructu tantùm apud patrem permanente. qui non impediebat transitum proprietatis ad hæredem. *Instit. Per quas pers. acquiri tur.* Exceptum denique aliquot casibus peculium adventitium, quoad usumfructum, de quibus Cod *De bonis quæ liberis, &c.* ut & in illis ad liberos transeat ususfructus; nam eorum caussa semper est potior in iis, quæ patri non acquiruntur.

Inter matrem & liberos non erat mutua successio, cùm tantùm cognationis jure se invicem attingant: cognatos autem Lex XII. Tabb. negligebat. Postea per Senatusc. Orphitianum liberi admissi ad hæreditatem matris, sive libertinæ sive ingenuæ, *l. 1. inf. Tit. prox. & inst. De S. C. Orphit.* & mater, postpositis consanguineis atq; agnatis, admissa ad bona liberorum; non tamen idem jus datum quoad nepotes & neptes. Aviæ quoque hac in parte non fuit subventum. Et quidem matri tantùm provisum per S.C. Trebellianum in casu, quo ingenua trium liberorum esset mater, libertina quatuor: admissa tamen postea, etiamsi non peperisset tres aut quatuor, ad liberorum bona, *Instit. De S. C. Tertull.* Quia autem contenta de legitima successione his Titulis & similibus in D. & Cod. correcta sunt per jus novissimum, quo ordo simplicior successionis est traditus, omisso ordine juris veteris, qui varius est & perplexus, consultiùs erit ordinem præscriptum per *Novel. de hæred. ab intest. venientib.* 118. explicare.

De successione descendentium.

SUnt *d. Nov.* 118. inducti quinque gradus seu ordines succedentium. Primus est descendentium, exclusis parentibus, quoad ea bona, quæ secundùm constitutiones iis non acquiruntur, de quibus *Instit. Per quas pers. nobis acquir.* id dictante ratione naturali quæ; liberis tamquam tacita quædam lex parentum hæreditatem addicit. *l. fin. inf. De bonis damnat.* * Et primò quidem vocantur liberi primi gradus, remota sexus differentia; quæ olim obtinuit, *Auth. In successione Cod. De suis & legit. lib. desumpta ex d. Nov. cap.* 1. qui ex se descendentes nepotes excludunt: remota etiam differentia suitatis & emancipationis, ut eodem ordine admittantur emancipati cum suis, removeantque & nepotes ex se in potestate retentos. Vult tamen Cujac. *ad l. 1. sup. De conjung. cum emancip. liber. & ad d. Nov.* 118. jura pristina non esse immutata, & non tam civili quàm prætorio jure venire etiam hodie emancipatum ab intestato, quòd ejus *d Nov.* non faciat mentionem, sed tantùm dicat venire liberos, sive suæ potestatis, sive sub potestate constitutos; quod non vult pugnare cum jure antiquo. Idem tenet Alciat. 3 *Paradox. cap.* 10. Verùm repugnat *d. Nov.* 118. § *nullam verò*, in verbis, *In omnibus successionibus agnatorum cognatorumq; differentiam vacare præcipimus*, & indistinctè *omnes secundum proprium cognationis gradum ad successionem ab intestato venire.* Secundùm quem textum D. Viglius communi suffragio receptum tradit, sublata prædicta differentia ab intestato emancipatos iure civili hodie succedere: sic tamen, ut additione opus habeant; cum enim non sint sui, non possunt videri ipso jure hæredes. Vigl. *ad §. sed hæc quidem vetustas nu. 8. instit. De exhæred. liber.* Ubi etiam tradit, sublatum esse Edictum de conjungendis cum emancipato liberis, & nepotes in potestate retentos non conjungi hodie cum patre emancipato, sed ab eo excludi tanquam gradu remotiores. Tradit idem Sarmient. *ad l. Gallus §. & quid si tantum nu.* 53. *sup. De liberis & post. hæred. instit.*

6 Liberis itaque primò defertur hæreditas parentum ab intestato; & quidem proximioribus, exclusis remotioribus, ejusdem scilicet lineæ. Nam si alterius lineæ fuerint, licet remotioris gradus, admittentur cum aliis, si in suo ordine neminem habeant ante se. Sic nepos ex altero filio præmortuo admittetur cum filio vivo, idque jure repræsentationis, subintrando in locum & gradum sui patris defuncti. Et hoc ita in infinitum, quod respectu primi parentis habeantur liberi, *d. Nov* 118 *§.1. Inst. De hæred. quæ ab intest. §. fin.* Gomez. t. *Var. cap.* 1. *num.* 15. Quod procedet, etiamsi ex altero filio extent plures nepotes: ita tamen, ut non in capita, sed in stirpes admittantur ad divisionem bonorum avi. * Succedere in stirpes dicuntur liberi, quando non pro numero personarum, sed stirpium, unde qui vocantur originem ducunt, fit divisio. V G si cum filio concurrant prædefuncti alterius filii nepotes, fiet divisio in duas partes, quarum unam ille capiet, alteram hi. Quod & obtinebit, si ex duobus filiis præmortuis plures extent nepotes, ex uno forte duo aut unus, ex altero plures; unam enim partem accepturi sunt duo aut unus, alteram verò plures. Nam cum repræsentent suos parentes, eorumque jus, non amplius nec minus accipere possunt, aut debent, quam totum parentes, si in vivis mansissent, accepturi erant, *l. 2. Cod. hoc tit.*

7 (margin)

8 * In capita succedere dicuntur, quando tot fiunt partes, quot personæ sunt, quando scilicet ex duobus fratribus existentes nepotes concurrunt simul ad hæreditatem patrui defuncti, quæ inter eos dividitur secundum capita, etiamsi ex uno plures quam ex alio extent, qua de re infrà in ordine tertio.

9 Ut autem nepotes admittantur ad successionem avi intestati, requiritur sint concepti eo vivo, qui habentur pro jam natis. Unde postumis idem jus esse dicitur, quod natis, *§ postum. Instit. De hæred. quæ ab intest. defer.* Alias non admittentur ad bona avi, quem nulla cognatione attingunt, *l. Titius 6. cum l. seq. hoc tit.* Nec proximi ejus cognati dici possunt, qui eo vivo non extiterunt animalia, *l. 1. §. si quis proximior sup. Unde cognati*, Tiraq. *De retract. p.1. §. Glos. 9 nu* 83. Nisi quod jure transmissionis, idque ex virtute sanguinis, jus, quod ex sua persona sibi adrogare non possunt, ex persona patris, cuius jus repræsentant, consequantur, & ad bona avi admittantur. Neque enim negari possunt avo, à quo derivantur, sanguine juncti esse, cum inter ascendentes & descendentes in infinitum consanguinitas & propagatio promanet. Tiraq. *d. loco nu.* 93. Ang. *in §. postum. Instit. De exhæred. liber. per l. 1. Cod. De his qui ante apertas tabb. hæred. transf.* Forster. *De success. lib.* 4 *cap.* 23, *in princ.*

10 Oportet etiam eo tempore, quo defertur hæreditas, sint capaces successionis: nam, ut traditum supra, *ad Tit. De acquir. vel omitt. hæred.* requiritur habilitas tempore, quo actus aliquis ad testamentum spectans perficitur, qui non cadit in inhabilem. Ubi excipitur primò, si captus fuerit tempore mortis avi aut patris, cui postmodum reverso postliminii iure omnia jura sunt salva, *§. interdum Instit. d. tit.* Secundo excipitur nepos ex filio exhæredato, qui mortis quidem avi tempore excludebatur per patrem præcedentem, ut non potuerit esse locus nepoti, qui non obtinet proximum gradum, *l.* 1 *§. si pater sup. De conjung. cum emancip. lib.* Si tamen contingat extraneum institutum post mortem exhæredati repudiare hæreditatem, admittetur nepos exhæredati, *§. cum autem Inst. d. tit. l. scripto 7. Si tab. testam. nulla extab.* Cujus ratio est, quod non tantum tempore mortis, verum & delatæ hæreditatis gradum proximum obtinens admittatur, & exhæredatio patris obstet quidem ex testamento, non etiam ab intestato.

11 Quæri hic posset, An nepotes excludant avum ab omnibus bonis sui patris? Dicendum tantum potiores esse in iis bonis, quæ patris pleno jure fuerunt, cuiusmodi sunt castrensia & quasi castrensia peculia; quibus & connumeranda proprietas bonorum peculii adventitii, quæ sola est filii, usufructu penes patrem remanente. Quod si pleno jure adventitia fuerint filii, ut in casu *Auth. Excipitur cum duab. seqq. Cod. De bonis quæ liber.* etiam pleno jure ad liberos deferentur, avo excluso. Profectitia cum tota sint avi, ejus etiam manebunt, exclusis nepotibus, *Cum oportet Cod. d. tit.* Donell. *lib. 9. Comment. Iuris cap.* 2.

12 Hæc ita jure civili, non habita ratione discriminis sexus aut ordinis nascendi, ætatis, matrimonii prioris aut posterioris, *l. 4. inf. tit. seq. l. 4. in fine C. De secund. nupt. & Nov. De nuptiis* 22. *§. nec illud quoque* 48. quæ æqualiter admittit & prioris & posterioris matrimonii liberos, quod res illa non mutet jus liberorum, nisi quoad dotalia lucra, quæ vult deferri liberis prioris matrimonii.

13 Quod jus licet in variis locis observetur, in multis tamen ab eo recessum, tum quoad sexum, tum quoad ordinem nativitatis, tum quoad natos ex priori & posteriori toro; cum in aliquibus

locis

locis Lex XII. Tabb. videatur ex parte revocata quoad differentiam sexus, in quibus potior pars est masculis attributa, & filiæ dote accepta à reliqua hæreditate removentur. In aliquibus hoc moribus inductum, ut ad liberos primi matrimonii bona immobilia, quæ parentibus aut illo stante aut ante illud acquisita sunt, devolvantur quoad proprietatem, altero moriente, solo ususfructus jure penes superstitem remanente, si aliter mutuo consensu per conjuges non sit dispositum. In aliquibus quoq; locis prærogativa quædam concessa masculis præ fæminis in parte maiori, aut etiam in electione alicujus rei dignioris. In aliquibus etiam ordini nativitatis tributum, quoad feuda & nobiliora prædia, quæ primo natis in plerisque locis deferuntur, & plerumque masculis, quibus

14 deficientibus fæminis id ius conceditur. * Cuius ordinis sunt, quæ Primogenia vocamus, quorum usus frequens est apud Hispanos, qui ius istud Majoratum vocant, cujus nomine præcipua bonorum pars est affecta, quæ uni, eique primo cedat: & hoc in favorem conservandæ familiæ, quæ faciliùs conservatur, si apud unum bona permaneant, quam si in plures ex eadem stirpe dividantur. Splendorem enim ejus interire necesse esset, tandem ad nihilum redacto patrimonio. In aliquibus deniq; locis harum provinciarum iuniori natu præcipuum quid optandi est privilegium.

15 Ubi in disputationem vocatur, An, si contingat præmori filium, sive seniorem sive juniorem, relicto ex se nepote, illi idem ius competat, quod defuncto filio competebat, excluso patruo? Qua in quæstione sunt, qui putant filium secundum sive patruum esse præferendum nepoti ex seniori filio, quos videre est apud Tiraq *in Tract. De jure primogen. quæst.* 40, ubi in utramque partem varia adducit argumenta, uti & Hotoman. *Illust. quæst. cap.* 3. Verior est ea pars, & I C.torum calculis prævalet, quæ nepoti favet, eumque patruo præfert. Etenim primogenii ea est conditio, ut gradatim deferatur primogenitis in linea recta, ex mente constituendis, qui ut semel unum filium alteri prætulit, censetur omnes ex eo descendentes prætulisse, *l. Cum avus* 102. *sup. De condit. & demonst.* Pro ea sententia est textus in *Usib. Feud. lib.* 2. *t.* 50. ubi feudum, quod ad aliquem pervenit, manet in ejus familia, reliquis remotis, donec in ea invenitur habilis. Facit dispositio iuris communis, quæ in linea recta nepotem admittit cum patruis, repræsentantem personam & locum sui patris, eiusq; partem illi attribuit, non tantum si filius post patrem moriatur, quæ res non est dubia, cum jus patri quæsitum in filium transeat, sed etiam præmortuo ante patrem. Ut non obstet, quòd hoc jus competat ei, qui primus est, qui hoc casu videtur esse secundus filius, cum primus extinctus pro nullo sit, & numerum non faciat, ut proinde videatur secundus filius debere prævalere nepoti, qui gradu est posterior: nam nepos, ut gradum patris supplet, ita & personam in proximitate repræsentat, quasi præsentem viventem adhuc sistendo. In liberis enim censentur parentes vivere, quidni ergo hoc ius patri defuncto debitum capiet? Cum ratio non sit, quare fictio magis ponat propinquitatem in nepote, quam jus successionis. Quod eò spectat, ut proles parente orbata saltem in portione defuncto debita habeat aliquod in mœroris solatium. Quæ est ratio, quare jus communi nepos in loco patris sit admissus cum patruis; ut & in hoc jure speciali, seniori filio debito admittendus sit filius ex eo existens. Nihil obstat, quòd ius needum quæsitum transmitti nequeat; nam hoc in casu est jus formatum & radicatũ in filio primo ratione prioritatis, quod proinde ad nepotem transmittitur. Videatur Capella Tholos. *quæst.* 433. Covarr. *Pract. quæst. cap.* 38. *num.* 6. Gomez. *ad L.* 40. *Tauri num.* 67. Mynsing. *cent.* 3. *Obs.* 23. Tiraq. *d. loco*: ubi videre est, quam sit hæc res varia, secundum mores variarum gentium, & controversa, inspectis auctoribus & argumentis; & variata in iudiciis. Facit pro priori parte, quod in Regnis primogenitus, etiam patre Rege vivo, vel Rex appellerur, vel illustri aliquo Principis nomine designetur successor in paternum magistratum. Facit & quod refert Jas. *in l. Maximum vitium C. De liber. prater.* hanc quæstionem Orhone Imp. judice gladio fuisse commissam & direptam, nepotemque ex primo fratre contra patruum reportasse victoriam. Videatur etiam hac de re Molina *De primogen. lib.* 3. *cap.* 6. qui idem putat dicendum in casu, quo ex filio primogenito, etiam furioso, extat nepos sanæ mentis, quod scilicet & hic præferendus sit suo patruo, *lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 35.

16 Hæc de liberis legitimè natis. Quibus & connumerandi ij, qui sunt legitimati per matrimonium subsequens, cum habeantur per omnia tamquam ab initio legitimè nati, *cap. Tanta* *Qui filii sint legit.* non tantum quoad successionẽ communem, verum etiam ad ea jura, quæ speciali

 titulo

titulo debentur, cuiusmodi sunt primogenia, aliaque similia iura; cum habeantur indistinctè loco natorum ex legitimo matrimonio. * Et hoc ita quoad eos, qui post legitimationē supervenerunt: nam quis ex intermedio matrimonio natus fuerit, æquissimum est, illi concedere iura primogenii, & similia, quia in eo tamquam primo legitimè nato sunt fundata, ipso nativitatis tempore, ut non debeant illi auferri per legitimationē ejus, qui primò quidem natus, sed non legitimè. Nec facit, quod per legitimationem subsequentem lex eum fingat legitimum in præteritum per retroractionem; cum verè usque ad tempus matrimonii fuerit illegitimus, & fictio translativa de tempore ad tempus nihil immutet vel auferat de jure aliis jam quæsito, Jason. *ad. l. Gallus §. & quid si tantum nu* 88. *De liber. & postum*, Gomez. *ad L.* 9. *Tauri nu.* 63. *& seq.* Forster. *De successionib. lib.* 6. *cap.* 24. Diss. Covar. *De matrim. p.* 2. *cap.* 8. *§.* 2. *num.* 34.

17

18 Succedunt & legitimati per oblationem curiæ, *Nov. Quib. mod. natur. effic. sui* 89 *§. & quoniam*: quibus etiam præteritis est jus dicendi nullum, iniustè exhæredatis querela, *d. Nov.* 89. *§. illud*, qui eo casu dat illis successionem eam, quæ est legitimè natus. * Legitimati per rescriptum Principis ex voluntate patris tum demum admittuntur, quando nulli extant liberi, *d. §. illud.* Si tamem legitimatio contineat limitationem, ne amplius petant, quàm relinquetur à patre, amplius tales liberi petere non possunt, ex eo, quòd sit restrictus effectus legitimationis, quippe ea non aliàs admissa, quam sub tali forma, cui non contraveniant liberi. Quo modo aliqui volunt, tales non tam esse legitimatos, quam dispensatos. Curtius Senior *cons.* 73. *n.* 6. licet vere legitimatos rectiùs eos vocet Alciatus 3. *Parerg. cap.* 4. Molina *De jure primogen. lib.* 3. *c.* 3. *nu.* 38. amplius tamen non ideò accipere, quam relictum. Caldas *ad l.* 34 *V. Sine curatore num.* 52. *&* 53. *C. De ininteg. restit. minor*, * quod limitata caussa limitatum producat effectum. Quo in casu rectiùs dicitur, nihil obstante tali legitimatione, deberi liberis talibus legitimam, tum quod legitimatio ista sit propria & vera; tum quòd non capiatur contra voluntatem patris, sed potiùs secundùm eam; cùm lex ista à patre adiecta restrictionem patiatur ad voluntatem expressam vel tacitam, quæ hic adesse dicenda, ex eo, quod legitimatio non sit accipienda strictè, Covar. *De matrim. p.* 2. *cap.* 8. *§* 8. *nu.* 5. *&* 6. *qui alios citat.*

19

20

21 Liberi justi patri si superfuerint, nihil juris in bona talis patris erit legitimatis, propterea quod Princeps non censeatur legitimando præjudicare aliis liberis justis voluisse. Imò non solet Princeps, extantibus justis, legitimare naturales, quibus tamen debentur eo casu alimenta à patre, *d. Nov.* 89. *§. discretis in fine.* Nisi sint nati ex damnato complexu, quos ne quidem aliā patre voluit lex civil. Canonica verò sanctio & illis tamquam innoxiis alimenta præberi mandat. c. 5. *De eo qui duxit eam quam poll. per adult.* * Quod dictum de extantibus justis, idem dicendum de natis post naturalium legitimationem, cuius effectus quoad successionem revocatur per nativitatem istorum: nam cùm Princeps censeatur non fuisse legitimaturus, aliis justis extantibus, ne iis sua pars diminuatur, *d. Nov.* 89. *§ illud vers. si quis autem.* & ita postea natis, ex eadem ratione videtur irritare legitimationem quoad effectum successionis. Vide Gail. 2. *Obser. cap.* 142.

22

23 Quod attinet ad libetos legitimos, illi admittuntur ad patris legitimi hæreditatem, adeo ut excludant patrem adrogati, & matrem, *l.* 2. *§. liberi inf. Ad S. C. Tertull.* Habent etiam querelam exhæredati, nisi alia via ipsis subveniatur, scilicet per quartam divi Pij *§. tam autem Inst. De inoffi. testam* Quod omnino procedit in adrogatis, ob potestatem, quam in eos habet pater adrogator, ut testamento salvo eos præterire nequeat. De adoptivis dubitari posset, ex eo, quod potestatis jura quoad eos sint sublata. Dicendum tamen & hos ad successionem patris adoptiv. intestati admitti, *l. pen. §.* 1 *vers. sed si quidem C. De adopt.* Ratio est quòd etsi quoad potestatem sit sublatus effectus adoptionis, quia incommodus erat adoptivis, mansit tamen successionis bonum: neq; enim lex ipsorum commodum impedire voluit, sed tantùm præcavere, ne per potestatem subirent incommoda.

De successione ascendentium.

24 Secunda successio est parentum, sive ascendentium, quando nulli descendentes existunt, Nam etsi ex tacita quadam naturæ lege debeatur parentum hæreditas liberis, quibus illi thesaurisare dicuntur, non è contrà, turbato tamen mortalitatis ordine pietas & miseratio parentes ad liberorum successionem admisit, *l. Nam & si* 15. *sup. De inoffic. testam. l. Scripto in fine sup. Si tab. testam nulla extab.* * Admittuntur hi sine discrimine sexus ac potestatis: adeò ut etiam admittatur legitimus parens adrogator ad bona puberis adrogati; nam impuberis bona sunt restituenda pro-

25

pinquis, secundum cautionem datam tempore adrogationis, uti traditum suprà, *Tit. De adoptionib.* * Adoptio extranei nihil juris dat adoptanti, quoad ipsum adoptivum, cùm jure novo adoptio non tribuat potestatem, ut non sit, quo nitatur successio. Non obstat, quòd tali filio jus sit succedendi patri adoptivo ab intestato, quia id statuit *l. fin. C. De emancipat. liber.* in commodum filij, cui eatenus præjudicatum noluit; de patre autem nihil statuit.

27 Plures parentes si veniant ex diversis partibus, in stirpes admittuntur. Quo modo si supersit avus paternus ab una parte tantum, ab altera avus & avia materni, ille semissem solus feret, hi duo alterum semissem, non habita ratione, bona sint paterna an materna, *d. Nov.* 118. §. *Si igitur* 2. Fachin. 6. *Controv. cap.* 4. Gomez. *ad L. Tauri* 6. *nu* 7 *&* 8. Mynsing. *Cent.* 6. *Obser.* 55. Repræsentatio hac in linea nulla est admissa, quod naturæ non conveniat, ut parens repræsentet filium, unde proximior excludet remotiorem, veluti pater avum maternum, *Auth. Defuncto C. Ad S. C. Tertull.* Forster. *De success. lib.* 7 *cap.* 4. *concl.* 4. *&* 5.

28 Admittuntur cum parentibus germani fratres, sororesque, & quidem in capita. Qua in re illud singulare est, quòd in portionem filio contingentem pater usumfructum prætendere nequeat, sed illam pleno jure lex filio deferat, *d. Nov.* 118. §. 2. quia putavit lex sufficere patri debere partem suam. Vocavit autem *d. Nov.* 118. tantùm fratres defuncti, remotis prædefuncti fratris liberis, quos postea admisit nova Constitutio, *Nov. Ut fratrum filii succed. pariter* 127. §. *hoc itaque*: & hoc ex commiseratione, ne mors patris paternam portionem iis auferret, & patruis daret, atque ita cum sanguine amisso bonorum etiam parte fraudetentur.

29 Unde colligere est, quid judicandum, si nepotes ex fratre soli veniant, sine alio fratre, ad successionem defuncti patrui. Dicendum enim, eos cum avo non admitti, cùm tantum admittantur cum patruis, ex quadam commiseratione, ut dictum: quæ ratio cessat, quando soli veniunt. Et facit, quod contra jura antiqua vocentur hoc in casu, qui non extendendus ultra textum correctorium. Nihil obstat *Auth. Cessante Cod. De legit. hæredib.* quæ vult venire nepotes etiam cum ascendentibus; intelligenda enim est secundùm §. 1. *d. Nov.* 127. unde desumpta. Diss. D. Gudelin. *De Iure noviss. lib.* 2. *cap.* 14. *nu.* 6.

30 Quod si proavus tantùm supersit, nec cum hoc videntur concursuri ad bona patrui ex fratre nepotes, cum in *d.* §. 2. non tantùm pater & mater, verùm & alii ascendentes præferantur venientibus à latere, exceptis solis fratribus, sororibusque utrimque junctis; quibuscum & postea admissi nepotes in casu prædicto, quo scilicet veniunt patrui: ut succedat ratio, quod novæ constitutiones sint accipiendæ strictè, ut, quod iis palam & nominatim non est definitū, reguletur secundùm jus vetus. Qua ratione frater consanguineus, uti olim, ita & hodie excluderur.

31 Fratres defuncti avum excludere probabilius est, ex eo, quòd cum patre admittantur, qui avum excludit ut gradu remotiorem, ut & ipsi avo sint dicendi potiores, *arg. l. De accessionibus inf. De divers. & tempor. præscript.* Glossa in *d. Nov.* 118. §. *si igitur defunctus in V. proximus*, Forster. *d. lib.* 7. *cap.* 6. *in princ.*

32 Hæc ita de jure scripto novissimè per Justinianum inducto, à quo non paucis in locis mores recesserunt, qui solos parentes admittunt, fratribus exclusis, non citra rationem fundatam in educatione & maximo mœrore, quem in parentibus communiter caussat turbatus mortalitatis ordo. Sunt tamen quædam consuetudines, quæ non admittunt, ut bona immobilia à parentibus profecta in filios per fictionem quandam mortis, filiis præmortuis ad eosdem redeant, ex eo, quòd successio talium non ascendat. Cui simile est quod statuitur in Feudis *lib.* 2. *tit.* 84. *in capit. extraord.* patrem non succedere in feudum filii præmorientis, quod in eum refutavit, nisi pacto id ipsum sit comprehensum. In aliquibus etiam locis, remotis parentibus, fratres & sorores succedunt. In aliis paterna bona transeunt ad lineam paternam, materna verò ad maternam, qua in re sequendus usus cujusque loci, qui jus ponit. Vid. Gudelin. *d. loco in fine.*

De successione collateralium.

33 Deficientibus liberis & parentibus, admittuntur collaterales. Inter quos primi gradus sunt fratres & sorores utroque parente juncti, cum quibus & admittuntur nepotes neptesque ex hujusmodi fratre & sorore extantes; & quidem in stirpes, non etiam in capita, *d. Nov.* 118. §. *si igitur* 3. Neque enim æquum est, plus capere eos, quàm parens eorum, quem repræsentant, cepisset, ex regula surrogatorum.

34 Ubi quæsitum, An nepotes ex diversis fratribus soli venientes ad bona patrui intestati in stir-

stirpis an in capita admittantur? Verius est in capita eos venire, *l.* 2. §. *hæreditas hoc tit.* ut non inspiciatur, quot ex singulis fratribus extent nepotes. Idem repetitur *l. penult. & fin. Cod. De legit. hæredib.* Facit, quòd jure veteri non fuerit repræsentatio nisi in linea recta, ut fratet fratris filium exclusetit ab hæreditate fratris ut remotiorem, *l.* 3. C. *d. tit.* Quod jus cùm non sit mutatum, nisi quatenus nepotes concurrunt eum patruis, non est prohibendum stare, cùm in correctoriis sit facienda stricta interpretatio, & casus exceptus firmet regulam in non exceptis. Ita post Azonem in *Summa Cod. d. tit.* tenent Zas. *Singul intellect. lib.* 1. *cap.* 7. Donell. 9 *Comment.* c. 4. Fachin. 6. *Contr. cap.* 3. Hotoman. *Quæst. Illustr. cap.* 14. Atque hanc Azonis sententiam Carolus V. Imp. in Comitiis Spirensibus approbasse dicitur; quamvis contraria, quæ est Accursii in *d. Auth. Cessante*, plures sectatores habeat, relatos à Forstero *De success. lib.* 8. *c.* 3. *num.* 2.

35 Fratres legitimati per matrimonium salvum habent hanc successionem, eo ordine & modo, quo alii legitimè ab initio nati: adeò ut etiam à iure primogenituræ legitimè postea natos excludant, non etiam eos, qui ante eorum legitimationem ex matrimonio intermedio sunt nati, uti

36 paulò antè dictum. * Adrogati succedunt iis, quibus sunt agnati *l.* 2. §. *parvi h. t.* si vinculum civile non fuerit solutum per emancipationem, sub distinctione tamen bonorum, eodem modo, quo naturales. Sicut enim fratres altero tantùm parente iuncti non tantum habent juris atq; iuncti utroque, ita nec adoptivi, cùm sint instar consanguineorum. Unde per fratres utrimque iunctos removebuntur, & tantùm succedent eum consanguineis in bona paterna, ne hi maiut sibi privilegium adrogent quàm naturales habent, cùm adoptio naturam imitetur, & non ampliùs operetur quàm unum vinculum, scilicet ex patre adoptantis, cui agnascitur adrogatus, non etiam coniugi, *l. Qui in adoptione* 23. *sup. De adopt.* Adoptivis nihil est in successione collateralium nisi sint adoptati, à patre naturali. Forster. *d. lib.* 8. *cap.* 14.

37 Post fratres utrimque iunctos, & nepotes ex iis, veniunt juncti altro gradu tantùm, scilicet consanguinei & uterini: qui si simul concurrant, hi paterna, illi materna bona capient. *l. De emancipatis §. fin Cod. De legit. hæredib.* licet contrà velit Fachin. 6. *Contr cap.* 5. post Fulgos. *in Auth. Itaque Cod. Communia de success.*

38 Dubitatur autem, An nepotes huiusmodi fratre præmortuo concurrant cum patruis? Posset hoc videri, ad similitudinem nepotum ex fratre utrimque juncto, ex eadem ratione. Contrà tamen videtur dicendum, cum ius antiquum non sit mutatum nisi in filiis fratrum germanorum, non etiam consanguineorum & uterinorum ut non sit producenda correctio, quæ odiosa & strictè accipienda. Et facit quòd *d. Novel.* 127. §. 1. tantùm velit habere locum repræsentationem in iis, qui utroque parente sunt iuncti. Diss. Gomez. *ad L. Tauri* 8. *nu.* 10. *in fine.* Forster. *d. lib.* 8. *c.* 8. *concl.* 3.

39 De eo quoq; fuit dubitatum, An frater utrimque iunctus excludat altero tantùm parente iunctum à bonis communis nepotis? Quod non videtur, cum in *d. Nov.* 118. §. 3. tantum præferatur frater utrimque junctus quoad bona fratris germani, nec fiat mentio huius casus, ut pro inde non sit præferendus, secundum Covarr. *De success. ab intest. nu.* 14. & Gomez. *ad d. L.* 8. *Tauri n.* 7. *versic. Unum tamen.*

40 Postremò hic quæritur. An successio collateralium tendat in infinitum? Ratio dubitandi in eo est, quòd jura quædam dicant, cognatos non admitti ultra septimum gradum, *l* 4. *in princ. sup. De gradib.* Verùm ea lex non tam dicit, cognationem non excedere istum gradum, quàm non facilè excedere, eo quod ultra eum ferè gradum rerum natura cognatorum vitam consistere non patiatur. Agnatos, etiamsi decimo sint gradu, admitti habet *§. fin. Instit. De success. agnat.* Quod non accipiendum exclusivè, quasi ulteriore gradu positi excluderentur; sed potius inclusive: ut verba, *Etsi decimo sint gradu*, ponantur pro longissimo gradu, uti patet ex *§. Caterùm Inst. d. tit.* ubi ex agnatis orti si qui sunt, dicuntur succedere in infinitum. Quod ipsum & in cognatis videtur dicendum, cum inter eos atque agnatos differentia, si quæ fuit, sublata sit, & præstet eos admittere, quàm fiscum, aut alios, quibus minus est juris. Facit *d. Nov.* 118. §. 3. *in fine. & §. nullam*, ubi simpliciter pro gradus prærogativa dicuntur venire tam agnati quam cognati, nulla ad certum gradum subjuncta restrictione. Facit & *l.* 4 *C. De bonis vacantib.* quæ tum demum ad fiscum bona pertinere dicit, si nullus ex sanguinis linea aut legitimo iure appareat, Donellus *d. c* 4.

Hanc in linea jure statutam non passim moribus accepta. Nam aliquot in locis nulla admissa repræsentatio, in quibus secundum ius vetus frater à fratris

fratris hæreditate excludit fratris prædefuncti liberos. In aliquibus etiam locis non indifferenter bona sequuntur proximū, sed redeunt ad lineam, unde provenerunt, & paterna paternis, materna maternis cedunt; ut sæpè etiam remotior, qui tamen sit ex sanguine primi acquirentis, præponatur propinquiori. Quod ita ferè obtinet in bonis, quorum ea conditio, ut familiam sequantur. D. Gudelin. *d. lib. 2. cap. 15. in fine.*

De successione naturalium.

HÆc ita de successione lineæ rectæ & transversæ inter eos, qui legitimi sunt, aut pro talibus habentur. Superest aliquid subjungere de naturalibus non legitimatis. * Et quòd attinet ad descendentes, non admittuntur illi ab intestato ad successionem patris, exstantibus justis liberis, aut justa conjuge; testamento autem tales non nisi unà cum matre honorantur, *d. Nov.* 89 §. *discretis vers. ne igitur.* Justa proles si desit, permissum est patri testamento eos scribere hæredes, legitima tantùm parentibus, si qui sint, salva, *d. §. discretis vers. si verò.* Ab intestato, ultra alimenta, à lege iis est attributus sextans bonorum, unà cum matre dividendus, *d. §. discretis vers. si quis autem.* Nepotibus naturalibus, vel ex naturali procreatis; eundem sextantem debitum vult Covarr. *ad* 4. *Decret. p.* 2. *cap* 8. §. 4. *nu.* 18. Cui obstat *l. fin. Cod. De naturalib. lib.* quæ tantum permittit talibus nepotibus testamento quid relinqui posse.

(42)

(43) Quòd attinet ad matrem, ei succedunt naturales, cùm sit certa, *l. Si suspectam sup. De inoffic. testam.* Quod procedit de jure, etsi justos liberos habeat, nisi sit illustris, *l. pen. C. Ad S. C. Orphit.*

(44) Quantum ad ascendentes, illi eatenus admittuntur ad successionem bonorum, quatenus tales liberi admittuntur ad successionem parentum, *d. Nov.* 89. §. *in quibus autem casibus.*

(45) Quantum ad transversales, ex parte patris nulla fruuntur successione, quia non sunt agnati: ex parte matris successio à latere iis videtur salva, quia sunt cognati, §. *vulgò Inst. De success. cog* Ubi aliqui putant, eos, qui utroque eodem parente sunt nati, esse potiores, *arg. Auth. Itaque C Communia de success.* propter duplex vinculum. De quo tamen dubitari posset, ex eo, quod vinculum ex parte patris non consideretur, cùm non habeatur pro patre, nisi quem justæ nuptiæ designant. Quia autem dictum, non aliàs admitti liberos naturales, quàm deficientibus legitimis, nisi ad sextantem, à latere autem omnino removeri, quæri posset. * An non liceat Principi eos admittere ad successionem, in præjudicium aliorum? Dicendum, non licere, quia non potest jus alteri quæsitum auferre: neque enim ita solutus legibus, ut de re alterius pro lubitu disponat, cùm sit contra jus gentium, cui Princeps est subjectus. Nisi causa publica aliud exigat, quæ privata est potior, & facit in particulari cessare rationem naturalem superiorem. Est tamen necessaria citatio eorum, ad quos res spectat. Nam quando juri alterius Princeps derogat, solet adjicere clausulam, *Ex certa scientia*, cui præmittenda causæ cognitio, ad quam requiritur citatio eorum, quorū interest, Covarr. 3. *Var. Resol. cap.* 6. Molin. 3. *De jure primogen. c.* 3.

(46)

De successione viri & uxoris,

(47) DEficiente cognatorum & agnatorum linea, admittuntur conjuges ad mutuā successionem, qua de re actum suprà *tit. Vnde vir & uxor.* Est superaddita alia successionis species inter cōjuges, etiam in casu, quo liberi supersunt, aut alii cognati, scilicet quando mulier, ex affectu sine dotalibus instrumentis accepta, superstes est marito, laborans inopia, quam Constitutio posterior, *Nov. Vt liceat matri vel aviæ* 117. §. *quia vero, cujus summā continet Auth. Præterea C. Vnde vir & uxor*, admisit ad quartam bonorum defuncti tantùm quoad usumfructum, in casu, quo liberi extant non ultra tres, ad partem verò virilem, si plures. Si nulli extent liberi, quarta & proprietatetenus ejus erit. Ratio est in amore conjugali, cui repugnat, illam, quæ fuit in statu legitimæ conjugis, in novissima degere inopia, liberis totam hæreditatem auferentibus, ut potiùs expediat paupertatem unius conjugis per divitias alterius sublevare. Quæ ratio etiam in viro obtinet, qui donationem propter nuptias nullam attulit, ut & eadem dispositio in eo obtineat, uti expressum *Nov. De exhibendis reis* §. *fin.* Non obstabunt autem parentes, quo minùs quarta proprietatis superstiti cedat, cum tantum excipiatur casus extantium liberorum. Cæterùm non tantùm quarta ista debetur mulieri, quæ semper in matrimonio mansit, verùm & illi, quæ injustè dimissa aut ejecta, *d. §. quia verò.* Ita autem debita est, ut per testamentum eripi nequeat, quia privatorum pacta non derogant juri publico. Imputaturque in eam id, quod à defuncto superstiti relictum fuerit, *d. Auth. Præterea in fine.* Competit ista successio in casu inopiæ tantùm: quo modo cessabit, si super-

 stes

stes habeat divitem patrem, cum inops videri nequeat, qui habet, unde alimenta petat, juxta regulam: qui habet actionem ad rem, ipsam rem videtur habere.

48 Deficientibus etiam conjugibus, ad bona vacantia admittitur fiscus. Sunt tamen personæ, quibus singulari jure concessum jus occupandorum bonorum vacantium ante fiscum. Sic navicularioium bona ad corpus naviculariorum transferuntur; militantis ad vexillationem, sub qua militat, *l.* 2. *C. De hered. decur navic. mil. &* *fabric.* cohortalis ad cæteros cohortales, *l.* 3. *C. d. tit.* curialis ad curiam, *l.* 4. *C. eod.* fabricensis (qualis est qui recipitur in fabricis publicis ex nominatione totius corporis) ad collegium fabricensium, *l. fin. C. d. tit.* quod fisco tenetur, si à nominato quid gestum foret in fraudem fisci. Ecclesia quoque Clerico & monasterium Monacho suo succedit, *l. Si quis presbyter C. De Episc. & Cler.* nisi quòd per statuta aliquarum provinciarum Ecclesiæ & Monasteria sint incapacia immobilium.

FINIS LIBRI XXXVIII.

HENRICI ZOESII, J. C. IN LIBRUM XXXIX.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De operis novi nuntiatione.

SUMMARIUM.

1. *Possessio læsa quando dicatur.*
2. *Nuntiare opus novum, & Nuntiatio quid sit.*
3. *Novum opus quod dicatur.*
4. *Nuntiatio fit ad futurum opus impediendum.*
5. *Nuntiandi jus cui sit.*
6. *Nuntiatio an permissa adserenti sibi servitutem?*
7. 9. *Pupillus, adultus & servus quatenus nuntient.*
8. *Nuntiatio in re præsenti facienda.*
10. *Socio an rectè nuntietur?*
11. *Nuntiatio facta ab uno ex pluribus quibus prosit.*
12. *Nuntiatio quomodo & quando facienda.*
13. *Nuntiationis effectus est cessatio ab opere.*
14. *Nuntiatio simplex transfert possessionem.*
15. *Prohibitus an rectè pergat, si appareat nuntiatio notoriè injusta.*
16. *Demoliri opus propria auctoritate an liceat?*
17. *Nuntiatio quibus modis cesset.*

Ha-

HActenus de vindicationibus, similibusque actionibus, quæ domino vel in dominum dantur; & de personalibus actionibus, quæ credi tori competunt adversus debitorem, ex contractibus, sive realibus, ut mutuo, commodato, sive aliis, & quasi ex contractibus, ut tutelis, successionibus, seu civilibus, seu prætoriis. Subjunguntur quædam mixta judicia tum in personam, tum in rem scripta, non tam ex jure proprietatis aut contractus, quàm occasione alicuius commissi, quo 1 possessio læditur, sive usus rei. * Læditur autem possessio primo per damnum, quod contingit ex facto sive opere vicini, contra pristinam, aut receptam, aut justam ædificiorum formam, cui proinde nuntiamus, ut desistat ab opere: ut ea res spectet ad interdictum prohibitorium.

2 Nuntiare enim opus novum est nuntiare, ne opus fiat, aut ne in eo pergatur, donec de jure constet. Ut nuntiatio nihil aliud sit, quam eiusmodi novi operis per solemnem ex edicto denuntiationem prohibitio.

3 Novum opus hic intellige, quod solo conjunctum, cuius pristina facies addendo aut detrahendo mutatur in damnum alterius *l. 1. §. opus autem h. t.* Ut non refert, intra oppidum fiat, an extra in villis, agris, *d. l. 1. §. sive autem.* Quo modo non nuntiatur fulcienti ædificium, cum non faciat opus novum, sed potius veteri sustinendo remedium adhibeat *d. l. 1. §. si quis 13.* ubi Zas. modò servetur pristina forma. * Datur tantum ad 4 opera futura impedienda; in quo distinguitur ab interdicto Quod vi aut clam, quod ad præterita competit, *d. l. 1. § 1.* cui tantum & esse locus poterit ratione futurorum, si prohibitus, non facta remissione nec præstita satisdatione, ædificaverit utro enim voluerit interdicto utetur nuntiator, *l. 7. §. ait Iulian. inf. Quod vi aut clam.*

5 Nuntiare potest is, ad quem res pertinet, cui damnum imminet, juris sui conservandi aut damni depellendi causa *d. l. 1. §. pen.* sive sit Italicum prædium, sive provinciale. *l. 3 in princ. h. t.* sive proprium, sive commune aut publicum, in quo omnes admittuntur, *d. l. 3. §. 1. & fin. h. t.* non causam Reip. à pluribus defendi publicè est utile, *l. 4. eod.* Nuntiat & superficiarius, *d. l. 3. §. 2.* & fructuarius, non tam suo quam procuratorio nomine, *d. l. 1. in fine.* Procuratoris nuntiatio, nisi caverit dominum rem ratam habiturum, remittitur, *l. De pupillo 5. §. qui procuratorio h. t.*

6 Quæritur, An permissa sit adserenti sibi servitutem? Distinguunt aliqui inter urbanum & rusticum prædium, quod scilicet in illius servitute hoc liceat, non in huius, per *l. Qui viam 14. h. t.* Verius videtur indistinctè licere, cum utrique officiatur ædificando, *l. 3. § pen l. Non solum 8. in pr. l. 9. h. t. l. Etsi fortè 6 §. fin. sup. Si servitus vindic.* ubi indistinctè pro servitutis defensione novum opus nuntiatur. Non obstat *d. l. 14.* quia nihil aliud vult quàm non esse locum nuntiationi, nisi actor docuerit de jure suo, cum non possit fieri nuntiatio ei, qui in fundo suo quid agit, nisi constet eum alteri nociturum. Primò itaque constare debet, servitutem competere, ideoque primo agendum confessoriâ, *d. l. 14.*

7 Pupillo non est operis novi nuntiationis danda executio, nisi res ad eum pertineat, quæ rata alias non habebitur, quam intercedente auctoritate tutoris, *d. l. 5. in princ. h. t.* Adultum septemdecim annis majorem nunciare posse vult Glossa *in d. l. 5. V. executionem hoc tit.* quod eâ ætate postulare possit, *l. 1. §. pueritia sup. De postul.* Servi nuntiationem inutilem esse habet, *d. l. 5. §. servo.* Quod ita intelligit Glossa *ibid.* in causa publica, secus in privata, per *l. 3. in princ. inf. Quod vi aut clam,* quam Bart. *in d. §. servo* rectius accipit de interdicto Quod vi aut clam, de quo agit ista lex.

8 Facienda renuntiatio in re præsenti, id est, eo loci ubi opus fit, sive quis ædificet sive ædificare incipiat, *d. l. 5. § 2* sive dominus fuerit in re præsenti, sive alius, mulier, puer, puella, faber, aut alius, ad finem operis existens & intelligens. Et tunc, ut operetur suum effectum, non curatur, an dominus sit infans aut furiosus, *l. Cuilibet 11. h. t.* * 9 Quod habet *l. Operis 10. h. t.* nuntiationem etiam fieri furioso & infanti, nec tutoris auctoritatem in ea exigi, accipiendum de ipso reali actu, qui fit rei, non personæ, ut sufficiat in ipsa re fieri; debet tamen notificatio fieri idoneè & bona fide.

10 Socio an rectè nuntietur, posset quæri? Et non posse videtur, per *d. l. 3. §. 1. hoc tit.* quæ accipienda de verbali prohibitione, nã per Prætorem nuntiari posse videtur, per *d. §. 1. V. Prætorem, ubi* Zasius. Ratio diversitatis est, quia verbalis nuntiatio requirit rem distinctam, cum fiat in rem adversarii, distincta autem hoc casu res non est: prætoria non item, quo modo satis est socium prohibere, ne in communi ædificet. * Facta ab uno ex pluri- 11 bus aliis non videtur prodesse, quòd possit contingere uni duorum esse jus prohibendi, non item alteri, *d. l. 5. §. plurium.* Et hoc, si ad interesse agatur, quod sufficit præstare nuntianti, *l. Stipulatio in fin. h. t.* nam quantum ad operarum impedi-

mentum, quod est individuum, etiam aliis ex consequenti prodest nuntiatio, *d. §. si plurium*.

12 Nuntiatio fit vel per magistratum, vel per manum, id est lapilli jactum, vel per verbalem nuntiationem, *d. l. 5. § meminisse*. Fieri potest quolibet die, etiam feriato, *d. l. 1. §. item nuntiatio*. cùm extra jus fieri possit. Et licet interdum adeatur Prætor, de plano tamen tantùm petitur, non pro tribunali per causæ cognitionem: cuiusmodi etiam feriatis diebus admittuntur, etiam festis, quando nuntiatio prætermissa noceret, *l. 3. & 4. sup. De feriis, c. 1. ✠ eod.*

13 Nuntiationis effectus est, quòd prohibitus statim cessare debeat ab opere; nisi cautionem dederit de eo demoliendo si succumbat, *l. 8. §. sciendum h. t.* Qui si nihilominus peregerit, ad puniendam eius contumaciam destruitur opus, sive iure sive iniuriâ ædificarit, *l. Prætor 20. §. 2 h. t.* nisi

14 agens elegerit interesse.* Est & ille effectus nuntiationis verbalis specialis, quòd per eam transeat possessio in adversarium, *d. l. 5. §. meminisse h. t.* non etiam per alias. Ratio differentiæ est in satisdatione & remissione, quæ habet locum in verbali: nam qui post satisdationem & remissionem ædificari permittit, videtur fateri adversarium possidere, *l. 7. §. ait Iulianus inf. Quod vi aut clam.* Aliis speciebus remissio aut satisdatio nulla subest, quòd ea tantùm habeat locum in nuntiatione, quę propriè est ea, quæ verbis fit. Duar. *ad d. §. meminisse*.

15 Dubitari tamen posset, an, si appareat notoriè injusta nuntiatio, prohibitus rectè pergat ædificare? Quod videtur, cùm frustrà exspectetur liquidatio juris, quod certùm est. Facit textus in *l. Prætor in princ. h. t.* in verbis *aut in ea causa, ut remitti debeat*. Facit etiam in simili, quòd, si venditoris causa notoriè sit injusta, non debeat illi fieri nuntiatio super lite mora, secundùm quosdam, ut traditur supra de evictione. Vid Faehin. *8. Contr. c. 44.*

16 Dubitatum etiam, An liceat propria auctoritate destruere ædificatum? Quod videtur, si in eo quod possidemus, ædificium à vicino fiat; & hoc in continenti, quia videtur vis vi repelli, quod licitum; & probatur ex variis locis, ut in *l. Sed si inter 27. sup. De servit. urban. præd. l. 1. Cod. Ut nemini liceat sine jud. auct. & c. l. 3. § cum igitur inf. De vi & vi armata*, Everard. *Consil. 205.* Costal. *in l. Quemadmodum 29. sup. Ad leg Aquil.*

17 Cessat effectus nuntiationis, si sit remissa, *l. 1. De remiss.* Si cautum ab eo, cui nuntiatum est, *l. 2. & 4. h. t.* Si mortuus si nuntiator, *d. l. 1. §. penult.* quia sic finitur jus prohibendi, nisi pro se & suis hæredibus nuntiaverit, *arg. l. Diem 27. De arbit.* Si Prætor nuntiationem permissam revocaverit, *l. Si opus 16. h. t.* Si trium mensium spatium à nuntiatione sit lapsum, ne per inanes denuntiationes impediantur nimis longo tempore ædificia, *c. fin. ✠ eod.*

TITULUS II.

De Damno infecto, & de Suggrundis & Protectionibus.

SUMMARIUM.

1. *Damnum infectum quid?*
2. *Damni nomine quid hic veniat.*
3. *Vitium ædium quale hic consideretur.*
4. *Projecta & Suggrunda quæ dicantur.*
5. *Quæ Meniana.*
6. *Quibus caveri damni infecti nomine debet.*
7. *Bonæ fidei possessori quatenus cavendum.*
8. *Cavet de damno dominus, etiam cuius interest.*
9. *Cautio hac quibus denegetur.*
10. *An & quatenus prosit emptori?*
11. *Socius à socio an rectè sibi caveri postulet?*
12. *Intellectus* L. Inter 39. in princ. h. t.
13. *Cavet & bonæ fidei possessor, ac fructuarius.*
14. *Cautionis huius formula.*
15. *Petenda pro tribunali.*
16. *Præstanda intra diem constitutum.*
17. *Idque per nudam repromissionem, vel per satisdationem.*
18. *Effectus interpositæ cautionis.*
19. *Damnum quod hic veniat sarciendum.*
20. *Actio eo nomine quibus detur & adversus quos.*
21. *Quid in actionem hanc veniat.*
22. *Actio hac cessat, non exacta cautione.*
23. *Nisi alia ex causa, quam negligentia, exactio fuerit omissa.*
24. *Ex causa damni dati decreto Prætoris mittendus in bonorum possessionem actor.*
25. *Plures si fuerint omnes mittendi.*
26. *Missio ex primo decreto quid operetur.*
27. *Quid item ea, quæ ex secundo decreto fit.*
28. *Aliud est in possessionem mitti, aliud possideri jubere.*

UT superiore Edicto cautũ est, ne ex opere vicini futuro quis damnũ sentiat, ita hoc caveatur.

tur, ne jam factum alteri sit præjudicio, unde hæc Rubrica rectè inscribitur, *De damno infecto.* * Damnũ ab ademptione sive diminutione patrimonii dictũ esse adserit I.C. *l.3.h.t.* Infectum vero dicitur, quod needum quidẽ factum, futurum tamen veremur, *l.2.h.t* quia tantum ad damnũ futurum pertinet hoc Edictum, non etiam ad præteritum, quòd alia ratione resarciri petitur, ut lege Aquilia aut simili, *l. Prætor ait 7.§.1.h.t.* * Venit damnũ quodcumque, quod ex opere vicini aut rebus extimescimus sive ex vitio ædium, sive operis, quod vel in ædibus fit, vel loco non tantum urbano, verum & rustico, privato publicove, *l. Eorum 19. § fin. h.t.* Ad privatum tamen commodum, nam si ad publicum, cessat hæc actio, *l. Si finita 15. §. si publicus 10. h.t.* Quod tamen casu si damnum metuatur, adeundus est Princeps, aut eo absente. Præses provinciæ, *l. Fluminum 24. in princ. h.t.* Hinc licet in mari & publico littore ædificare liceat cuivis, rectè damni infecti agunt isti, quorum præjudicio posset opus cedere. * Vitii ædium operisque frequens hic mentio, quale est quod accedens extrinsecus infirmiores ædes facit. Quo modo naturale vitium huc non pertinet, uti nec damnum datum vi fluminis, terræ motu, violentia tempestatis, cui occurri nequit, *d.l.24 §.2.& seq. l. Damni 43.h.t.* Itaque tantùm venit damnum datum ex ædibus malè sartis tectis, aut ruinosis; pariete etiam ventrem faciente, id est procumbente in vicini ædes aut locum, *l. Si quando 14. sup. Si servitus vindic.* * Idem est in partibus ædium, cuius ordinis sunt Projecta, ex quibus malè contignatis damnum imminet. Projecta sunt id, quod ita provehitur, ut nusquam requiescat. *l. Malum 242. inf. De V. S.* Quò spectant Suggrunda sive Suggrundia, de quibus loquitur Rubrica, quæ volunt esse tabulas circum ædificia à summo extensas, quæ ædes tueantur ad injuria imbrium. * Eò etiam spectant Mœniana, auctore ita dicta, secundum Nonium, & alios, quæ sunt tabulata extra ædes aut columnas tecto imposito projecta, nusquam requiescentia, apta spectandis ludis: alij appellant Solaria, de cœnaculorum parietibus eminentia. Priscis legibus ea fabricare in urbe prohibitum, quod impedirent libertatem aëris. Fit & in Rubrica mentio Protectionum, quæ sunt tecta projecta. Alii legunt, *Projectionum*, quod verbum latius est. Venit & hic damnum, quod ex vicino agro aut arboribus metuitur, *d. l. 2. §. item apud & l. Emptor. 38. §. 1. h.t.* neque enim unde damnum dari possit quærendum, sed an dari possit.

Hujus damni nomine in securitatem Prætor vult caveri vicino de eo, ubi contigerit, resarciendo. Cuiusmodi cautionem exigit non tantùm is, in cuius bonis est res, cui damnum imminet, verùm & cuius est periculo: ut fructuarius, superficiarius eam exigant super damno, quod extimescunt, *l. Qui bona 13. §. superficiarium hoc tit.* Creditorem pignoratitium exigere cautionem hanc posse negat Marcellus, admittit vero ex æquitate Ulpianus, in *l. Quod de credito re 11. hoc t.* * Bonæ fidei possessori cavendum esse negat idem Marcellus, *d.l. 11. & d. §. superficiarium*: quod accipiendum, si petat sibi caveri à domino, ut in eo sec⁹ se res habeat, quàm præcedentibus. Ratio est, quòd à domino causam habeant, ut contra eum se defendi rectè petant, non etiam bonæ fidei possessor, quem tamen contra alios rectè se defendi petere non est dubium, ut rectè tradit Glossa in *d. §. superficiarium*, cum respectu illorum quasi dominus censeatur. Inquilinis & eorum uxoribus cavendum esse habet *d.l.13. §. vicinus hoc tit.* quod eorum intersit; non tamen à dominis ædium, ex ratione, quod aut ruinosas ab initio conduxerint, & sibi imputare debeant, aut vitium postea inciderit, & ex conducto experiri possint.

Cavendum itaque etiam à domino, cuius tantùm interest: imo & cuius non interest cavendum esse Ulpianus habet in *d. l. 13. §. qui damni*, verum in ejus fine rectè adiicitur, Prætori videndum esse, cui parere debeat. Ipse, cuius interest, cautionem petat aut servus eius non interest, cùm servi vox sit domini vox, & servi stipulatio domino prosit, *inf. De stipul. servor.* Quod & in servo comuni obtinet, *l. Prætoris 5. §. 1. & l. Si servus 42. h.t.* Nec suo tantùm, sed & alieno nomine cautio interponi petitur, *d. l. 13. §. si alieno*, præmisso tamen iuramento calumniæ; quod & præstat suo nomine postulans cautionem. * Admittuntur prædicti ad cautionem petendam, si non sit justa causa, quæ denegari eam facit, veluti qui indignum se fecit. Exemplum est in *d. l. 13. §. si quis 11.* ubi dicitur parum probè quis earum ædium nomine postulare cautionem, quam ipse præstare supersedit, & ædibus istis cessit; quod enim quisque juris in alium statuit, ipse eodem utatur dictat naturalis æquitas, *sup. Quid quisq. iuris &c.* Indignus est & is, qui iuxta ædes suas monumentum extrui passus est, aut juxta illud ædificavit, *d. l.13. §. si quis iuxta 7.* utpote contra leges XII. Tabb. quæ vetant juxta sepulchrum extrui ædes alienas propriùs sexaginta pedes, uti & fieri juxta ædes

ædes alienas monumentum intra illud spatium. Frustra etiam desiderat hanc cautionem, cui damnum alia ratione sarciri potest, *l. Si ædibus* 32. *h. t.* quod iniquum sit supervacua cautione onerare adversarium, ut modò dictum de inquilino contra dominum agente, & accipiendum quoque quod dictum supra de superficiario & fructuario, tum scilicet actionem hanc esse contra dominum, si ordinaria actione iis consuli non possit, nimirum quando agitur de vitio soli: uti è diverso dominus contra eos hanc actionem exercet, quando agitur de vitio operis, quia tunc ordinaria actio cessat, *l. Inter* 20. *h. t.*

10 Sic & emptor ante traditionem damni infecti non stipulatur; est enim emptori cautum actione ex empto contra venditorem, qui neglexerit interponere hanc cautionem, *l. Venditor* 46. *sup. De act. empti & vend.* quam venditor, si eam sit stipulatus, cogitur cedere emptori, uti & aliam quamcumque actionem cedit, *l. Iulianus* 13. *sed etsi quid d. tit.* Interposita tamen stipulatio proderit emptori ad damnum post traditionem datum, *d. l. Damni* 8. §. *emptor* 7. *h. t.* quòd antè illi sit provisum per stipulationem venditoris, cuius est eam interponere, *d. l.* 18. §. *venditorem* 8. *h. t.* aut actionem ordinariam ratione culpæ. Si tamen venditori non possit imputari negligentia omissæ stipulationis, non est ratio, quare stipulatio simpliciter ab emptore interposita ei non proficiat, etiam ad damnum ante traditionem accidens. Quod & dicendum, si periculum rei maneat penes emptorē, qui in se custodiam accepit, *d. l.* 18. §. *emptor & l. Emptor* 38. *h. tit.* Nec contrarium vult Paulus, in *d. l.* 18. §. *sed quid fiet*, qui dum dicit, nihil proficere stipulationem emptoris nisi post traditionem, accipiendus est in casu, quo venditor tenetur ad custodiam, ut habet ratio ibi subjecta; ut, si non teneatur, dicenda sit stipulatio emptoris ei profutura in damno antè dato, quod alias ei non esset consultum. Si uterq; stipulatus fuerit & venditor & emptor, huic stipulatio proderit ad damnum post traditionem eveniens, illi verò antè. Nam Paulus ex sententia Aristonis *in d. l.* 18. § *sed si venditio*, iniquissimum esse concludit, eiusdem damni nomine promissorem duobus insolidum cum effectu obligari, cum exactio unius soleat liberare debitorem, *l.* 2. *inf. De duob. reis constit.* Facit ratio, quòd hæc stipulatio tantum contineat id, quod interest; post traditionem autem nihil intersit venditoris in ea re damnum non fieri, quæ sua esse desiit.

11 Hinc quæri posset, An socius, propter ædes propriis communibus vicinas, rectè postulet à socio caveri sibi de damno imminenti? Quod secundùm dicta negandum videtur, cum alia sit illi actio ex refectis communibus ædibus, scilicet societatis judicium, aut communi dividundo quo expensas consequatur in rem communem factas, *d. l.* 32. Si tamen alia viâ consultum socio esse non possit, erit huic cautioni locus: cuius duo referuntur casus in *l. Inter* 39. *in princ. hoc tit.* Prior, quando alter in communi pariete ædificat, & vitium ex opere futurum est; quo casu utrumq; jam dictum judicium cessat, quod aliter locum non habet, quam si de re communi agatur, hoc autem casu agitur non tam de re communi, quam propriis ædibus, quibus damnum imminet. Alter casus est, si unus ex sociis habeat pretiosiora ædificia, ut ex pariete decidente maius damnum sit passurus. * Quod Glossa, Bartolus, & plerique alii in *d. l.* 39. accipiunt in casu, quo uterque ædificat: minus rectè, cum ejus rei non fiat mentio in *d. l.* 39. quæ simpliciter ait, *Aut alter pretiosiora ædificia habet*: atque isti sententiæ ex diametro contradicit *l. Ex damni* 40. §. 1. *hoc tit.* quæ habet, in casu, quo uterque ædificat, neutri adversus alterum competere hanc actionem. Et ratio est, quod utriusque facto & opere paries deciderit, ut par sit utriusque causa, & nihil sit quod cogat alterum alteri quid præstare. Alii accipiunt *d. l.* 39 in casu, quo alter tantum ædificat: minus rectè, cum iste casus contineatur superiori. Posset dici cum Ant. Fabro 2. *Conject. cap.* 9. Jurisconsultum in *d. l.* 39. alterum casum intelligere, quando neuter ædificat, non obstante, quod eo casu sit consultum ordinaria actione super refectionis expensis: nam hoc tantum est accipiendum, quando utrique est æquale periculum, tunc enim quantum alteri præstat, tantum ab eo consequitur, *d. l.* 39. non etiam quando alter plus damni sensurus est ex communi pariete, ob pretiosiora ædificia, quæ habet, ut eo casu, quia non est paritas damni, possit omittere refectionem. 12

13 Præstanda hæc cautio non tantum à domino vicini operis, unde quis damnum extimescit, verum & à bonæ fidei possessore, *d. l.* 13. *in pr.* à fructuario, *l. hoc amplius* 9. § *pen. & fin. h. t.* Inter proprietatem & fructuarium non quidem ædium cautio locum habet, rectè tamen ille de vitio soli, hic de vitio operis cavere jubetur, *l. Inter* 20. *h. t.* Uti & cavet dominus de inquilino super ædibus, quas inquilinus habet vicinas, quibus imminet damnum à conductis, neq; enim ei per actionem

ordina-

ordinariam conſulitur, *d. l. 1. §. ſed inquilino.* Interdum & pluribus quis cavere debet, domino ſcilicet & fructuario, *d. l. 5. in fine h. t.* Quod non debet videri grave promiſſori, cum non plus ſit cuique præſtiturus, quam ejus intereſt.

Cautionis hujus formula eſt, *Quod mihi ex do-* [14] *mo tua damnum accidere poteſt praſtare ſpondes?* quæ habetur in *l. 7. h. t.* Ubi etiam adjici ſolet nomen hæredis & ſucceſſorum, eorumque, ad quos ea res pertinere poteſt, *l. Fluminum 14. §. 1. hoc tit.* ubi ſucceſſores non tantum dicuntur, qui univerſali jure ſuccedunt, verùm & qui ſingulari. Ut plerique veteres velint hujuſmodi cautionem comprehendere etiam ſucceſſorem ſingularem, tum ſtipulantis, tum promittentis, contra omnes juris regulas, quæ habent, neminem extraneo ſtipulari poſſe, nec alterum ſua ſtipulatione obligare, *Inſtit. De inutil. ſtipul.* Verùm iſtius adjectionis verba ſunt intelligenda de promiſſore, ſe hæredeſque ſuos obligante, in caſum, quo à ſingulari ſucceſſore quid damni datum fuerit. Niſi opus ab eo fiat, quem promiſſor prohibere non potuit, *d. l. 14. §. quamquam.*

Petitur hæc cautio pro tribunali, *l. 4. §. hoc ju-* [15] *dicium h. t.* coram Prætore vel Præſide, vel coram magiſtratu municipali, cui ob dilationis periculum res ea delegata, *l. 1. & 4. in princ. h. t.* Nam licet iſta cautio videatur magis eſſe imperii, nec competat iſti magiſtratui ſuo jure poteſt tamen mandari à Prætore aut Præſide, ad quos ſuo ju- [16] re hæc res pertinet. * Debet autem ſtipulationi inſeri dies, intra quam ſi damnum contigerit, cautio locum habeat. Ratio eſt, ne quis in infinitum obligetur, *d. l. 13. §. fin.* Quod ſi omiſſus ſit dies ex conventione, quandocumque fuerit commiſſa ſtipulatio, ex ſtipulatu agitur: ſi verò ex errore, videtur perpetuò teneri promiſſor, ſecundùm indefinita verba ſtipulationis, ut tamen finito die, in quem caveri ſolet, poſſit promiſſor petere liberari à perſona Prætoris; niſi poſtulet rei qualitas, ut longiori die caveatur. Eſt enim Prætoris in conſtituendo die longiori aut breviori, ex operis vitio, qualitate, magnitudine, diſtantia domini judicare, *l. ſi finita 15. §. 1. h. t.* In publico ſi opus factum fuerit, tempus cautionis durat annos decem, *d. l. 7. in pr. & d. l. 15. § 2.*

Cautio hæc interdum fit per nudam repromiſ- [17] ſionem, quando ſcilicet quis convenitur ſuo nomine, id eſt, damno rei ſuæ, aut de damno operis, quod fecit rei ſuæ nomine, quo ordine primus eſt, dominus ædium aut ſoli. Secundò bonæ fidei poſſeſſor, uti reſponſum eſt in *d. l. 13. in princ.* quia tantiſper pro domino habetur. Denique qui ſervitutem habet, in eaque aliquid facit reficiendo, cenſetur enim in re ſua facere, *d. l. 13. §. 1.* Interdum ſatiſdatio deſideratur, in qua opus eſt fidejuſſore, *l. 1 ſup. Qui ſatiſdare cog.* quando ſcilicet quis convenitur nomine alieno, cujus ordinis eſt fructuarius, ſuperficiarius, & ſimiles, quia ſolum eſt alienum, *d. l 9. § pen. & fin. h. t.* Cujus iſta eſt conditio, quod ſi controverſia fuerit, dominus ſit necne, is, à quo caveri petitur, ſub exceptione ſatiſdare jubeatur. *l Qui viam 13. h. t.* cujus iſta conditio ut, ſi conſtiterit dominum eſſe, fidejuſſores liberentur, qui alias obligati erunt.

Effectus interpoſitæ cautionis eſt, ut commiſ- [18] ſa ſtipulatione, id eſt damno dato, id venias ſarciendum. Quod accipiendum de illa re, cujus nomine ab initio cautum fuit. Unde ſi unas ædes habens, quibus ſtipulatus eſt, alias deinde vicinas comparaverit, aut unam partem in ædibus communibus, & aliæ partes eidem acceſſerint, non aliud præſtari peter damnum, quam ædium aut partium, quas prius habuit: neque enim ſtipulatio iſta excedit res, quæ tempore ejus interpoſitæ fuerant, *l. Damni 18. § ſi quis unas h. t.* quamvis aliarum rerũ quas poſtea in talibus ædibus habere cœperat ſtipulator, nomine ei agere liceat, *d. l. 18. § ſi autem res 6.* quia ab initio cogitatum de ijs, quas ibi haberet, aut habitus eſſet. * Damnum [19] non aliud hic venit, quàm quod aufert diminutionem patrimonii, *l. 3. h. t.* Quo modo ſi à vicino fodiente puteum fuero ſtipulatus damni infecti, ſi quid in fundamentis domus meæ damni mihi contigerit, eo nomine mihi actio erit, non etiam ſi venas putei mei præciderit, *d. l 24. § fin. h. t.* nam licet aliquid mihi pereat, quo prius utebar, non tamen de meo, quia meum non fuit, quo aliena patientia & beneficio utebar: & deinde fodiens utitur jure ſuo retinendo aquam, quæ in ſuo eſt. Idem dicendum, ſi extruens in ſuo vicini luminibus officiat, *l. Trebatius 25. h. t.* ex eadem ratione.

Datur hæc actio ſtipulatori, ejuſque hæredi, [20] adverſus promiſſorem ejuſque hæredem, ſecundum naturam ſtipulationis *l. Si pactum 9. ſup. De probat.* Plures ſi fuerint ſtipulati unius rei nomine, ſingulis ſua eſt actio non tamen in ſolidum etiamſi ſimpliciter ſint ſtipulati, ſed pro partibus dominicis, *d l Ex damni 40 §. quoties ex damni.* Caverunt enim de damno, quod continget, & eos concernet, concernet autẽ pro parte tantũ. Quod & in promiſſoribus unius rei nomine dicendum: nã licet ſinguli poſſint in ſolidum damni nomine ſe obli-

se obligare, tamen si simpliciter promittant, videntur promisisse rei nomine, quaten' ad eos pertinet, id est, pro dominica portione, *d. l. 40. § pen.* Commodius tamen nominatim quisque pro sua parte prommittit, ne possit in dubium vocari, an singuli in solidum se obligent, *l. Plures 27. hoc tit.*

21 * Damnum hic accipiendum pro eo quanti ea res, seu quanti interest stipulatoris, damnum ab ædibus ruinosis, ab opere vicini, arboribusque cæduis datum non esse: ut etiam veniat impensa in fulciendis ædibus contra injuriam vicinarum ædium, etiam detrimentum emigrationis inquilinorum ex justo metu. Servandus tamen honestus modus in taxando, non immoderata cujusque luxuria sive libido & effrænata erogatio subsequenda, in tectoria præcipuè & picturas incrustationesque, *d. l. 40. in princ. & l. Quidam 13. De servit. urb. prædior.* In æstimando pariete communi, quem alter sociorum, damni evitandi caussa, demolitus est & restauravit, habenda ratio ejus impensæ, quæ modum probabilem non egreditur in vetere ejus cultu, *d. l. Emptor. 38. in fine hoc tit.* Si vetus paries idoneus fuerit, non modo nihil præstandum nomine novi, verum & in damni infecti stipulationem venit, quanti interfuit actoris veterem parietem stare, *l. Nam. si 37. hoc tit.*

22 Hæc ita de damno, cujus infecti nomine stipulatio est exacta: qua omissâ, damnum ex vicini ædibus aut opere ut repetatur, non est actio, *l. 6. hoc tit.* Est enim ista stipulatio cautionalis, qua non interposita, nullo remedio ei, qui damnum passus, cautum esse potest: ut verum sit, in ejusmodi stipulatione totam stipulatoris cautionem consistere. Quod & idem, si extra jus caveri sibi postulaverit actor, & ante aditum Prætorem corruerint ædes. *l. Cum postulassem 44. hoc tit.* Quo casu ne quidem cogetur vicinus rudera tollere, modò ea, quæ jacent, pro derelicto habeat, *d. l. 6.* Et hoc, si negligentia actoris arguatur, cui rectè objicitur regula, quòd sua culpa damnum sentiens non videatur sentire. Quò facit ratio Africani, in *l. 7. §. 1. hoc tit.* sumpta ab animalibus nostris, quæ non aliàs nos onerant, quàm ut ea noxæ dedamus, si possimus, translata ad res inanimas nostras, ut, si per eas damnum datum sit, liceat nobis eas derelinquere.

23 * Si argui nequeat negligentia actoris, sed ob impedimentum vel angustias temporis non potuerit sibi prospicere, illo casu cogitur vicinus damnum sarcire, aut de eo sarciendo cavere, & rudera tollere; nisi malit quod restat ædium & aream derelinquere, veluti in noxam. Quòd si dominus malit rudera tollere in casu priori, etiam inutilia auferre cogitur, & de damno non tantùm futuro, verùm & præterito cavere, *d. l. 7. § fin.* Quòd si Prætor decreverit quidem, ut promitteret vicinus, & eo non promittente, ut in possessionem iret actor, & ante corruerint ædes, perinde omnia servanda esse existimavit atque si, postquam in possessionem venisset corruerint ædes, *d. l. 44. in princ.* Sin corruerint post postulationem, ante decretum tamen interpositum, missio quidem cessat, æquum tamen est vicinum sarcire, vel per decretum Prætoris, vel data utili actione, *d. l. Si finita 15 §. eleganter.*

24 Postquam verò decreverit Prætor in possessionem mittendum actorem, mittendus est etiam in possessionem ruinæ vel areæ, ex veriori sententia Labeonis, *d. l. 15. §. si jam 34.* Si reus juxta decretum cavere supersederit, non, uti in aliis actionibus, sequitur condemnatio pecuniaria in id quod actoris interest, quia damno needum facto nihil potest interesse, sed missio in possessionem bonorum, quorum nomine cautio petita, etiamsi fuerint pupilli non habentis tutorem, quo auctore promittat, *d. l. §. 15. si pupillus 29.* Neque enim hæc obligatio fit ex tutoris aut curatoris auctoritate, *l. 3. §. 1. De reb. eor. qui sub tut.* &c. Non tamen festinat Prætor, uti nec in integrum restitutionem facile indulget.

25 Quæ & obtinent in domino caussâ Reip. aut ex alia justa absente, *d. l. 15 § si forte 22.* * Plures si fuerint, qui mitti desiderent, omnes mittentur, *d. l. 15. §. si plures 15.* & quidem æqualiter, non pro rata damni, quod unumquemque contingit, atque ita in totas ædes, concursu tamen partes habebunt, *d. l. 15 §. cum autem 18.* Uti & in totas ædes mittitur unus solus, non etiam in partem ruinosam, ex sententia Sabini, quia posset aliàs non prodesse missio, *d. l. 15. §. ex hoc edicto 11.* Nisi tamen domus sit ampla in plures partes distincta, tunc enim missio fiet in eam partem tantùm, quæ est vitiosa, *d. l. 15. §. sed si in plures 13.*

26 Quoad effectum missionis, sciendum, eam duplicem esse: nam ex primo decreto, quæ non tam facit possessorem missum, quàm in possessione esse, & custodem & detentorem debiti servandi: ut vicinus possessione rei suæ non decidat. *d. l. 15. §. si quis autem 20.* & ejus finis sit, vicino custodiæ & consuetudinis alterius affectu tædio extorquere cautionem damni infecti, qua præstita cessat illud edictum. * Si nihilominus perseveret vicinus non cavere; altero decreto pro-

promittit Prætor, uti vicini ædes possideantur ab eo, qui sibi cautum voluit, expellendo vicinum possessione, *d. l.* 15. §. *ubi autem* 23. cui integrum amplius non erit offerre cautionem. Consequitur hoc decreto missus, non quidem rei dominium, hoc enim dare est legis, sed veram possessionem, quam Prætor dare potest, cujus nomine & fructuum commoditatem habet, & usucapiendi occasionem consequitur, *d. l.* 15. §. *Iulianus* 16. pet quam dominum sibi adjiciat ex legis auctoritate, cùm bono jure possidere negari nequeat, qui auctore Prætore possidet, *l. Et generaliter sup. De noxalib. act.* Distinctio ista inter duo hæc decreta

28 patet ex *d. l.* 15. §. *si quis autem* 20. §. *non autem statim* 21. §. *posteaquam* 33. quæ loca dictant, * aliud esse in possessionem mitti, quod est primi decreti, aliud possidere juberi jure dominii, quod est secundi decreti, cujus fit mentio in *d. §. Iulianus*, pet quod plenè provisum vicino contra vicinum cavere recusantem. Aliqui tria decreta ponunt; primum, quo jubet Prætor caveri, secundum, quo decernit missionem in possessionem; tertium, quo jubet possidere vicinum non jure dominii. Cujus jam dictus effectus ita procedet, nisi ætas vel justa causa faciat subveniri illi, contra quem decreta, *d. § posteaquam*. Non in omnibus autem secundo decreto opus est; nam in aliquibus per lapsum temporis vera possessio accedit misso ex primo decreto, qua de re infrà *Quib. ex causs. in possess. eatur.*

TITULUS III.

De aqua, & aquæ pluviæ arcendæ.

SUMMARIUM.

1. *Servitus aquæ qualis, & qualiter amittatur.*
2. *Actio aquæ pluviæ arcendæ quando locum habeat.*
3. *Actio hæc quando cesset.*
4. *Ut locus sit huic actioni, opus in suo fiat necesse est.*
5. *Opus hujusmodi qualiter causet hanc actionem.*
6. *Actio hæc est personalis in rem scripta.*
7. *Cui detur.*
8. *Adversus quem.*
9. *Finis hujus actionis.*

Spectat & hic Tit. ad actionem damni infecti, continetque actionem antiquissimam ex L. XII. Tabb. descendentem, ut patet ex *l. Labeo.* 21. *in pr. sup. De statu liber. versic. & sic verba legis XII Tabularum veteres interpretati sunt.* Si aqua pluvia nocet, *id est, nocere poterit.*

1 Duæ sunt hujus Rubricæ partes. Prior est *De aqua*, id est servitute aquæ ducendæ, vel hauriendæ, vel immittēdæ, in qua suus est usus servandus, modusque præscriptus, qui si per constitutum tempus neglectus fuerit aut mutatus, amissus cēsebitur, *l. Si prius* 17. *h. t.* Per viam publicam non ducenda, sine permissu Principis, *l. Si in publico* 18. *in fine h. t.* uti nec è flumine publico navigabili, si per hoc fiat minùs navigabile, *l. Si autem* 10. *in fine h. t.* uti nec supra iter alienum arcus aquæ ducendæ causa jure fit, *l. Supra* 11. *h. t.*

2 Altera & præcipua pars est, *De aqua pluvia arcenda*, scilicet, actione. Aquam pluviam vocat Ulp in *l. 1. in princ hoc tit.* quæ de cœlo cadit atque imbre excrescit. Ut actioni huic locus sit, exigitur aqua sit pluvia, quæ nocitura vicino, in cujus agrum immittitur opere manu facto vicini, cùm priùs non flueret, aut, si flueret, factum est, ut vehementiùs fluat, aut repellatur in partem superiorem, aut derivetur in inferiorem, *d. l.* 1. *passim.* Dico, opere manu facto; nam naturaliter nostra aqua defluens in vicinum agrum, etsi ei noceat, non tamen nobis imputatur; factum enim quisque suum præstare tenetur, non etiam naturæ, *d. l. 1. §. iidem aiunt.* * Unde cessat ista actio in casu, quo a-

3 ger inferior ex superiori aquam defluentem excipit, cùm ex naturali causa inferior serviat superiori: quod incommodum compensatur pinguedine terræ decurrente ad agrum inferiorem, *d. l. 1. § fin.* Quod & dicendum in casu, quo fundus vicini alterius fundo ex conventione servit, *l. 2. § fin* dummodò non noceat ultra modum. Cessat & hæc actio, si vitio loci pars ejus subsederit, per quod factū est, ut vicini agro noceatur, quia naturæ loci id tribuendum, *l. Asse* 9. §. 1. *h. t.* Si tamen id ipsum mutari possit, & in priorem statum restitui, ut domino agri sit restitutio, ne noceat, suadet æquitas actionem eam in rem admitti, ut restituatur quod est collapsum, licet jure deficiamur, *l. 2. §. item Varrus* 5. *hoc tit.* quæ & vult in casu, quo aqua fluens terra aggesta iter suum obstruxerit, ut ex restagnatione noceatur agro vicini, agi posse cū inferiori ut sinat meatum purgati, *d. l. 2. § apud Namusam* 6. * Opus autem in suo fiat necesse est ad hanc

4 actionem, non in publico, quia ea non tenetur nisi solus dominus. Si tamē in privato fiat, interveniēte loco publico, hujus actionis non impeditur, *l. 3. §. pe d. l. Si in publico* 8 *h. t.* Fiat autem in agro aut

loco ædificio vè rustico; nam quoad aquam ex urbano ædificio defluentem & nocentem est actio de fluminibus & stillicidiis, uti & si pluvia aqua noceat ædificio, vel oppido, *d. l. 1. § Item sciendum 17. & §. Cassius 19.*

5 Ita autem opus manu factum, per quod aqua vicino nocet, hic venit, si non colendi agri causa sit factum; nam ista causa excusabit, sive aratio id factum sit, sive manu, *d. l. 1. § de eo opere cum seqq.* Colendi agri causa factum accipere debemus quidquid ejusmodi necesse est facere, ut sine eo arare quis aut serere non possit, sive sint fossæ, sive sulci aquarii dum tamen vicinus faciat, ut in unam partem agri sulci pergant, ne pluribus locis aqua immissa vicino noceat. Non est locus huic actioni in casu, quo quis aquã in suo retinet opere, quod in suo factũ est. Uti & licet aquam superficientem ex vicino in suum derivare, quod prodesse quisque sibi non prohibeatur, dummodò alii non noceat. *d. l. 1 §. iidem aiunt.* Imò etsi noceat, desit tamen animus nocendi, *d. l. 1. §. denique & l. 2. §. pen. hoc tit.* qui colligitur ex actione exteriori injuriosa, dolosè & injustè intentata, in damnum proximi, non causata per ullam utilitatem aut necessitatem agentis. Certum est opus publica auctoritate aquæ ducendæ causa factum huc non spectare, *l. 2 § Cassius, & l. Quod Principis 23. hoc tit.* uti nec factum secundùm legem ab initio agris datam, *l. 1. §. fin. h. t.* nam ut lex ista rectè data, ita & servanda. Non tenetur etiam qui vicino patiente opus fecit, licet aqua ei noceat, *l. Labeo 19. h. t.* quia habet quod sibi imputet vicinus, qui passus est. Denique opus factum, non egerendæ, sed avertendæ aquæ causa, est extra hanc actionem, quæ prius in agrum non solebat influere: quia peccare dici nequit, qui jure suo usus facit quod sibi prodest, etsi incidenter alteri noceat, *d. l. 2. § penult.* quamvis principaliter eo animo arcens, ut vicino noceat, teneretur.

6 Actio hæc personalis est, *l. Si tertius 6. § aqua 5. h. t.* in rem scripta Unde non tantùm competit domino cujus rei per novum opus aqua pluvia nocere potest, verùm & ei, ad quem ager: cui aqua nocere posset, transivit titulo singulari, *d. l. 6. § si quis priusquam hoc tit.* Non obstante regula, quòd personalis actio non sit transitoria ut multis confirmat Glossa in *d. § si quis V transibit*, nã actio ista oritur ex facto vicini, ex quo cùm sit periculum novo domino ratiõe rei, quidni illi tantùm est hęc actio, non etiam priori, in quo sublata est causa actionis?* Non datur autem nisi domino, *l. 4 § 2.*

7 *h. t.* Fructuario non competere habet *l. 3. §. fin. hoc tit.* qui etsi habeat jus dominio proximum, non tamẽ dominium. Et hoc ita quoad directam hanc actionem, nam utilem ei dat, *l. Si usufructuarius 22. in princ. hoc tit* Quod & dicendum de iis, qui alienis in rebus sunt instar dominorum, uti emphyteutæ, & qui agros vectigales habent, *d. l. Quod Principis 23. §. 1. h. t. & l. 5. in fine inf. Arbor furtim Cæsarum.*

8 Competit adversus dominum fundi, in quo opus factum, etiamsi non ab ipso domino, sed vel à colono, vel procuratore, *l. 4. §. pen. & fin. hoc tit.* qui conveniri possunt interdicto. Quod vi aut clam. Eatenus tamen convenitur dominus, quatenus fundum habet: nam si eum vendiderit, ut dominus esse desiit, ita & desinet hac actione teneri, quæ in emptorem dabitur, *l. Post venditionem 16. h. tit.* nisi tamen judicii evitandi causa vendiderit, tunc enim hæc actio intra annum competit, uti & quod vi aut clam post annum de dolo, *l. Anian. 14. in princ. h. t.* Et hoc ita, si ante litem contestatam sit res alienata; nam si postea, non secus de dãno præterito & de opere restituendo adversus eum judicabitur, ac si ager nõ esset alienatus, *l 4. §. t. h. t.*

Finis hujus actionis est, ut restituatur opus, quod factum ante litem contestatam; nam de eo, quod post eam fit, novo judicio agendum, *d. l. 14. §. fin* Ad restitutionẽ spectat, ut coërceatur aqua, quæ opere facto nocebat, aut nocere poterat, *d. l. 22. § pen* Restitutio ista interdũ à domino facienda, qui opus fecit, & quidẽ sua impensa, quod & in hærede obtinet, *l. 6 §. penult. hoc tit.* Interdũ sufficit patientiã tollendi operis præstare, ut in emptore, donatario legatario, *l. Emptor. 21. cum d. l. seq. h. tit.* qui & fundo cedere potest; quod non idem concessum domino, *l. 7. hoc tit.* Alter quoque dominorum rei communis, qui opus non fecit, satisfaciet præstando patientiam, quòd actoris culpæ imputetur quòd non agat cum eo, qui fecit, *l. Supra 11. §. 2. h. t.* Venit & sarciendum damnum, quod post litem contestatam datum est, non etiam quod ante, *l. 6. §. officium h. t.* Ubi æstimationem Judex faciet ex rei veritate, quanti ea res est, id est, ejus damni quod apparuerit datum, *d. l. 6. in fine.* De eo, quod futurum est, damni infecti cavendum. Quod si dominus nec restituat, nec patiatur restitui secundùm sententiam judicis est condemnandus, *l. Vicinus 24. §. sed etsi h. t.* in id, quod actoris interest, factum id esse quod debuit; quæ & communis omnium obligationum faciendi lex & condemnatio, *l. Si quis 83. §. fin. inf. De re judic.*

TITU-

TITULUS IV.
De Publicanis, Vectigalibus & commissis.
SUMMARIUM.

1. *Publicani qui?*
2. *Edictum de Publicanis, ejusque ratio.*
3. *Tenetur edicto etiam familia publicanorum.*
4. *Actio ex hoc edicto quando evanescat.*
5. *Actio hac quibus detur.*
6. *Vectigal quid, & unde debeatur.*
7. *Vectigalia & Pedagia quae dicantur.*
8. *Tributum in quo differat à Vectigali.*
9. *A vectigalium solutione qui immunes.*
10. *Studiorum causa peregrinantes an & quatenus exempti habeantur.*
11. *Vectigal quis indicat.*
12. *Civitatibus quatenus id permissum.*
13. *Vectigalis nomine quantum exigendum.*
14. *Vectigalia conducere ac reconducere nemo cogendus.*
15. *Ad Vectigalium redemptionem qui admittendi.*
16. *Vectigalium locatio facienda per licitationem.*
17. *In licitatione an posterior offerens minus idoneus liberet priorem?*
18. *Locatio hac ad quod tempus facienda.*
19. *Vectigalium redemptores ad quid teneantur.*
20. *Vectigalium solvendorum necessitas.*
21. *Cadere in commissum qua res dicatur.*
22. *Commissi actio adversus quos detur, & quando cesset.*

De damno circa causam publicam hoc Edictum proponitur, quod committitur & à publicanis circa vectigalium collectionem, & ab iis, qui ea debent, unde tres sunt hujus Edicti partes. * Prima de Publicanis, quales *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* dicuntur, qui publico fruuntur, id est vectigal, quod publicum vocatur, à fisco redimunt, vel tributum consequuntur: omnes enim, qui à fisco conducunt, eo nomine veniunt. Genus hominum potens & audax, scelerumque infamia laborans, quorum nequitia in eo versabatur, quod plus æquo per vim aut dolum extorquerent nomine vectigalium, per se, aut suos: Unde hoc genus vile habebatur, & in sacris litteris non raro injustitiæ arguitur. * Ad compescendam eorum audaciam & avaritiam etiamsi aliæ actiones superessent, uti furti, rapinæ, damni, injuriæ, specialiter tamen Edictum hoc proponere visum Prætori contra publicanos, eorumque familiam, quod sic se habet. *Quod publicanus, seu alius ejus nomine, quodque familia ejus rapuerit, si id restitutum non erit, in duplum, aut, si post annum agetur, in simplum judicium dabo.* Etsi autē ex hoc eo Edicto specialis hæc sit actio, & quidem pœnalis, tamen quia mitior generali, scilicet vi bonorum raptorum, furti, damni, injuriæ, ea volenti agere nō est deneganda, quod ut ait Ulp *in l.* 1. §. 2. absurdum esset publicanorum causam meliorem esse, quam cæterorum. In duplo hic etiam res continetur, *l. Hoc edicto* 5. *in fine h. t.* Per vim exactum cum pœna triplirestituendum dicitur, & amplius extra ordinem plectendus reus: alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor disciplinæ publicæ postu'at, *l. Locatio* 9. §. *quod illicitè h. t.*

3 Familia si peccaverit, etiam continebitur Edicto, *d. l.* 1. *in pr.* Familiæ autem nomen hic non tantùm ad servos refertur, verùm & ad liberos, qui sunt in numero familiariū publicani, & ministrant publicano in eo vectigali, *d. l.* 1. §. *penult.* Et hoc Edictum cesset in servo non constituto in ea familia, quæ vectigali publico ministrat, rapiente. Est autem proprium huius judicii, ut servus exhibeatur; aliàs in dominum sine noxæ deditione judicium detur: & hoc sive servus sit proprius, sive alienus, sive possit exhiberi, sive non, *d. l. in fin.* nisi tamen decesserit, uti inferius dicetur: adeò ut ne quidem domino liceat absentem defendere, *l.* 2. *hoc tit.* ex ratione, quòd is debuerit bonos servos ad hoc ministerium eligere, *l.* 3. *h. t* Quod posterius videtur hic esse singulare. Si plures servi sint exhibendi, actoris est, quem aut quos desideret exhiberi, quo nomine rectè jubebit omnes exhiberi, ut dignoscat, cujus sit, *d l.* 3. §. *penult.*

4 Evanescit autem hæc actio, si acceptum restituatur ante judicium, & sequetur absolutio, *d. l.* 1. *in princ. d. l.* 5. *hoc tit.* Quæ & sequetur, si à pluribus servis damnum admissum in tantum præstetur, quantum si unus liber fecisset, *d. l.* 3. §. *fin.* Quod & in furto obtinet, *l.* 1. *inf. Si familia furt. fecis. dic.* & in damno legis Aquiliæ, *l. Illa* 32. *sup. Ad L. Aquil.* etsi diversum obtineat in albo corrupto, & injuria allata, *l. Si fam.* 9. *sup. De jurisd.* ubi ait J.C. plura hoc casu facta intelligi, non quòd non sint (nam verè sunt, uti & sunt in casu priori) sed quod in illo non intelligantur plura facta ex æquo & bono. Ratio differentiæ est, quia gravior & atrocior est causa immunitæ & contemptæ majestatis prætoriæ, immuniti honoris alieni, injuria illata per plures; imò tanto gravior, quan-

to à pluribus admittitur, *l. Si plures* 84. *inf. De injur* ut in singulis rectè vindicetur. Non etiam adeò gravis causa est imminuti patrimonij, per plures furto vel damno dato, quàm per unum, cùm numerus delinquentium non faciat ut damnum crescat.

5 Datur hæc actio non tantum ipsis, quibus damnum publicani dederint, sed & eorum hæredibus, *l. Sed & hi* 13. *in fine hoc tit.* Adversus eos, qui conduxerunt vectigalia publica. Quotum loco sunt & hi, qui salinas, cretifodinas, metalla, conducta habent. & qui habent conductum vectigal à Republ. cujusdam municipij, *d. l.* 13. *in princ. &* §. 1. Multi si fuerint, non multiplicatur secundum dicta actio dupli, sed omnes præstabunt partes, & quod ab altero præstari nequit, ab altero exigetur, *l. Si multi* 6. *hoc tit.* cujus ratio est in participatione fraudis. Hæres tenetur, quatenus locupletior factus, *l.* 4. *in princ hoc tit.* Tenebitur etiam ad pœnam, si quæstio mota fuerit defuncto. *l fin.* §. *pen. hoc tit.* non tam ex delicto defuncti, quàm quasi ex contractu, *l.* 1. *&* 2. *C. Ex delicto defunct. in quant. hered. conven.* Servi fuga, vel manumissio, vel alienatio non excusat publicanum, qui imputari sibi debet, quod tam factiosam familiam habuerit, *d. l.* 13. §. 2. Excusatur tamen, si servus decesserit, quia exhibitio ejus est impossibilis, *d. l.* 13. §. *pen.* ad impossibile autem nemo tenetur. Nec facit, quod & in casu antè dicto sit impossibilitas, quod tamen non excusat; nam non est absoluta, ut in casu mortis.

6 Publicanos vectigalia conducere sive redimere jam dictum: unde secunda Rubricæ pars est de Vectigalibus, quod nomen designat id, quod præstatur ex rebus, quæ invehuntur aut evehuntur, deductum à Vectura sive à vehendo. Debentur autem vectigalia ex rebus invectis aut evectis, quæ negotiationi serviunt, non etiam quæ ad propriũ usum aut ruris exercendi gratia comparantur, *l.* 5. *&* 6. *Cod. De vectigal. & commiss.* Dicitur & Portorium in *l.* 3. *C. d. t & l. Cum in plures* 60. §. 8. *sup. Locati.*

7 * Eò spectant Guidagia, quod verbum barbarum est, eoque Glossa in c. *Supra* 26 *V. pedagia* & *De verb. signif.* tradit significari id, quod datur pro ductu per terram alicujus, ut securus vadat. Sunt & aliæ species barbaro vocabulo designatæ, veluti Pedagia, & similia, quæ penduntur nomine usus viæ publicæ, quæ est origo vectigalium, ut colligitur ex *l. Si quis* 21 *in prin sup. De donat. inter vir & uxor.*

8 *Ex quibus patet, quatenus distinguatur Vectigal à Tributo, quod est onus fructuum ratione soli præstari solitum ab ejus possessore, aut ratione patrimonij, aut per familiarum capita, aut alia via, cujus varii sunt modi, qui verbis barbaris indicantur. In eo autem conveniunt, quod utrumque cedat in usum Reip. aut Principis, interdum etiam urbium & municipiorum, *l. Vectigalia & l. fin hoc tit.*

9 Vectigalis solutio quemlibet manet, ut nemo ab eo sit immunis, & rescriptum super ejus immunitate obtentum censeatur subreptitium, atque effectu & viribus carere responsum sit, *l. pen. Cod. hoc tit.* Excipit autem *l.* 6. *Cod. eod.* naviculariòs, qui sibi rem gerere probantur. Immunis etiam est fiscus, *l. Locatio* 9. § *fin. h. t.* Excipiuntur & Ecclesiæ ac personæ Ecclesiasticæ, *c. Quamquam* 4. *De cens. in* 6. quas tamen à viarum & pontium refectione nõ excipit *l.* 7. *Cod. De sacrosf. Eccles.* Ita tamen exemptas voluit Pontifex Ecclesias & personas Ecclesiasticas, quatenus non negotiandi causa res deferunt, aut deferri faciunt; nam alias eorũ nomine ut eamdem cum laicis sortem subeant, æquum est

10 *Exempti & studiorum causa peregrinantes, quos Imp. Fridericus nova sua Constitutione, quæ habetur in *Auth. Habita Cod. Ne filius pro patre*, voluit immunes esse à vectigalibus; adeò ut, si quid eorum nomine ijs ablatum fuerit, id in quadruplum restitui voluerit. Ubi etiam alia privilegia data peregrinantibus studiorum causa: quæ tamen & ijs competunt, qui in loco originis studijs vacant, cum principalis ratio privilegiorum non ponatur in eo, quod peregrinentur studiorum causa, sed quòd in locis, in quibus litterarum studia exerceentur, se exerceant in studiis bonò publico, ut, cùm & in his præcipuus finis obtineat, debeant & obtinere privilegia. Hinc sequitur, ignavos & desides Epicuri de grege non mereri eadem privilegia, utpote cessante in ijs eorum causa. Quò facit argumentum *l. generaliter* 52 *Cod. De Episc. & Cleric.* ubi immunitates concessæ Ecclesiasticis non competunt iis, qui sunt desides circa Ecclesiastica munia. Contrà tamen aliqui volunt, ut videre est apud Horatium Titium *De privil. Scholarium cap. fin.* Lud. Gomez, *Ad Regul. Cancell. de impetrant. beneficia post obitum.* Hac de re plura tractantur ad *d. Auth. Habita.*

11 Vectigal indicere solius esse Imperatoris habet *l Vectigalia* 10. *hoc t. & tit. C. Vectig. nova institui non posse.* Non est tamen denegandum id ipsum alijs Regibus & Principibus, qui superiorem non agnoscunt; nam iis, qui agnoscunt, hoc ipsum

ipsum non competit, ut neq; praecedentia reformare, aut his addere vel diminuere sine consensu Principis possunt, quem praesumi facit tempus immemoriale, *c. Super 26. De V. S.* quod est loco

12 constituit, *l. 3. § ductus inf De aqua quotid* * Quod habetur in *l. Vecti galia* 10 *C. hoc tit.* civitatibus esse permissum vectigalia indicere sibi ac suis, ad angustiarum suarum solatia, intelligendum vel de consensu Principis, vel secundum antiquam consuetudinem, *d. c. 26.* Ea indicentis propria auctoritate jure civili poena est exilium, *l. fin. C. h. tit* Jure Canonico reus, donec destiterit & satisfecerit, communione privatur, *c. Innovamus* 10. *X De censib.*

13 Solebat olim exigi ex mercibus venalibus nomine vectigalis pars octava, unde dictum Octavarium vectigal, & redemptores dicti Octavarii, *l. 7. & 8. Cod. hoc tit.* Centesimas aliquando & quinquagesima exactas fuisse refert Cujac. 6. *Obser. cap.* 28. & D. Lipsius in *Excursu ad* 13. *Annal. Taciti Lit. C.* Servanda in eorum exactione antiqua consuetudo, quae hodie non ea est, ut semper in rebus ipsis invectis aut evectis solvatur vectigal, verùm plerumque in pecunia, secundum rerum valorem.

14 Vectigalium exactio, cùm ab ipsis instituentibus eam exerceri non ita sit conveniens, elocari solet. Conducere nemo cogitur, uti & nemo invitus in conductione est retinendus, *l. Licitatio* 9. *§.* 1. *hoc tit.* Inhumanum enim judicatum, cum tempus, in quo pro publico conductore quis se obligavit, excessit, sequentis temporis nomine teneatur, etiamsi tantidem vectigalia de novo elocari nequeat, *l. 3. §. cum quinquennium inf De jure fisci.* excepto casu, quo maximos fructus redemptores ex priori redemptione fuerint consecuti; tunc enim ipsi eadem prioribus pensionibus suscipere compelluntur, argumento eorũ, quae traduntur in materia locati de anno sterili compensando cum ubertate anni praecedentis aut sequentis, *l. Colem 11 § fin hoc tit* qui textus cum contineat casum singularem, non potest dici contrarius, *l. 3. §. cum quinquennium inf. De jure fisci*, quia haec generaliter loquitur.

15 Admittitur ad redemptionem quivis sufficiens: qualis non habetur reliquator, antequam priori conductioni satisfecerit, *d. l. 9. §. reliquatores h. tit*, Eodem loco habentur debitores fisci & Reipublicae, ne ex alia causa eorum debita onerentur, nisi fideiussores idoneos praestiterint, *d. l. 9. §. debitores.* Non admittuntur quoque tutores & curatores, non tantum durante administratione, verùm & ea finita, si necdum rationem ejus reddiderint, *l. 1. C. Ne tutor. vel cur. vectig. cond.* * E-

16 locatio publicè facienda, unde priùs vel edicto publico, vel Praeconis voce denuntianda, *l. 3. C. De loc. prad civ. l. 11.* atq; ita per licitationem, ut per contendentes augmenta pretij succrescant; ijo qua superiori, id est, maiorem mercedem offerenti, vectigal addici solet, *l. 4 C. h. t.* Si tamen sit idoneus, qualis est, qui fideiussorem idoneum & cautionem obtulerit, bona etiam simul obligarit, *d. l. 9. in princ.* Licitationis istius conditio est, ut plus offerens liberet priorem, qui minus obtulit.

17 Ubi quaeritur, An id procedat, si posterior sit minus idoneus? Negat Bart. *in d. l. 9. nu. 1. hoc tit*, contendens priorem eligi posse, *arg. l. Sabinus sup. De in diem addict* ubi idem tenet Costalius. Pro quibus facit ratio, quòd non aliàs censeatur superari prior à posteriore, quàm oblata meliori conditione, quae non potest videri oblata per eum, qui est minus idoneus. Verùm *d. l. Sabinus* loquitur in casu, quo in arbitrio venditoris est respuere meliorem conditionem, & non liberare priorem emptorem; quod arbitrium non est in casu praesenti. Ut non malè aliqui contra Bart. velint per posteriorem liberari priorem. Nec facit quòd possit subjici fraudulose inidoneus plus offerens; nam probata ejusmodi fraude, ad totum interesse tenebitur prior, *arg. l. Si venditor. sup. De in diem addict.* Potest tamen secundùm Bartoli opinionem licitator, qui apparet minùs idoneus, continuò repelli, ne quid fisco fiat fraudis. Procedere etiã Bartoli opinio in casu quo vectigal hac forma elocatur, ut liceat postea fisco, vel ei, qui praeest, eligere, praecipuè si ea sit consuetudo, quam sequendam esse responsum est in *l 4 hoc t.* Videatur Pinel *ad l. 2. p 2. cap. 2. nu. 29 Cod. De rescind. vend.* Boër. *decis* 248. Papon. *Arrest or. l.* 13. *tit. 1. c.* 2. Straccha *De decoctorib. p. 5. nu.* 8.

18 Non ad unum tantum annum, sed ad plures locatio haec fieri solita. Ad quinquennium fuisse extensam patet ex *l. 7. Cod. Locati.* Triennii fine concludi vult *l. 4 Cod hoc tit.* quae tamen non tam intelligenda, quod ultra triennium extendi nequeat, quam ne minoris temporis spatio concludatur.

19 Addictione facta redemptoris est exigere vectigal ex rebus consuetis, *d. l. 9 § earum*, usq; ad tempus conventum. Quo durante non est impediendus, nisi pensionem solvere differat; tunc eum expelli posse ante tempus conductionis finitum, aut usurae ratione morae rectè exigi dicitur *in l. Vectigalia*

galia 10. *in fine hoc tit.* Quod accipiendum in casu, quo lex certa est adjecta de solvenda pensione certo termino. Receptum etiam in socijs vectigalium, qui partes separatim administrant, ut alter ab altero minùs idoneo in se portionem transferri jure desiderare possit, *d. l.* 9. §. *socij.*

20 Vectigalia licito modo ab habente auctoritatem indicta solvendi ea est necessitas, ut non tantum graviter peccet illa subtrahens, verùm & obligetur ad restitutionem in foro interno. Navarr. *in Summa cap.* 7. *num.* 200. Covarr. *ad c. Peccatum p.* 2. §. 5. *nu.* 5. Justè enim cùm exigantur, non est causa ea subtrahendi. In foro quoq; exteriori pœna proposita est iis, qui res suas celant, subtrahunt, quæ ideò pro commissis (de quibus tertia Rubricæ parte) habentur, id est, fisco vindicantur. Dico, licito modo, nam ilicito exactum non tantùm non solvendum, verùm & exactum restituendum, cum altero tanto, *d. l.* 9. §. *quod illicitè.* *

23 Cadit autem in commissum illa res tantùm, quam quis non est professus, nam aliæ, quas professus est, ut incom̄issum cadant non est ratio, cùm pœna non debeat excedere culpam. Unde mancipiis commissis res eorum peculiares non sunt in eadem causa, nisi quid proprio nomine in causam commissi inciderit, *l. Interdum* 16. §. 2. *hoc tit.* Quo modo factum unius hæredis non nocet portionibus aliorum, *l. Fraudati* 8. § 1. *h. t.* Ejus, qui professus quidē res suas, non tamen solvit vectigalia, res in commissum non cadunt, cùm sola professio sufficiat, & imputandum sit publicano, quod non exegerit, *d. l.* 16. §. *si quis professus.* Præcipuè commissum obtinet in rebus, quas emere aut vendere sine licentia conductorum non licet, quæ addicuntur ipsis conductoribus, *l. si quis* 11. *h. tit.* & quas exportare vitium est, veluti arma, ferrum, cotem. Quo casu etiam navis confiscatur, in qua res sunt, nisi domino absente in navem ejusmodi res sint illatæ, *d. l.* 11 §. *dominus.* Ut autem pœna ista obtineat, necesse est, scienter dolo malo res sint celatæ; nam error excusabit commissum. Ne tamen ea res sit impunita, cum non esset planè culpa, vectigal duplicatur, *d. l* 16. §. *Divi* Ignosci autē solet minori si in sola professione erraret, quæ non celata, *d. l.* 16 §. *Dominus.* Pupillo ita remissa pœna commissi, si intra xxx. dies vectigal intulisset, *l.* 1. §. 1 *h. t.* Ignoscitur & militibus, *l.* 3. *C. h. t.*

Comperit hæc commissiactio non tantum contra ipsum, qui fraudavit, sed & ejus hæredem, & quemlibet possessorem: quæsitum enim rei dominium fisco, ut à quolibet rectè vindicetur, *l. Commissa* 14. *h. t.* Cesset vindicatio ista, si quinquennium transeat sine lite, *l.* 2. *C. h. t.* uti & si servus ante commissi quæstionem motam jure fuerit manumissus, *l.* 1. *C. h. t.*

TITULUS V.

De Donationibus.

SUMMARIUM.

1. *Donatio quid & quotuplex.*
2. *Donatio inter vivos est vera & propriè dicta donatio.*
3. *Donationem mortis causa esse quoque speciem vera donationis.*
4. *Donatio remuneratoria ad quam speciem referenda.*
5. *Donatio inter vivos quid & quotuplex.*
6. *Donare qui possint.*
7. *Pubes an donare possit.*
8. *An filiusfam. quando & de quibus rebus?*
9. *Superiores Religiosorum quatenus & de quibus donare possint?*
10. *Religiosi alij non rectè donant.*
11. *Monachus dimissus cui acquirat, & quatenus donare possit.*
12. *Maritus rectè donat, etiam fructus dotis.*
13. *Vxor non utique, nisi donet res paraphernales, & in eleëmosynam.*
14. *Vsurarius an rectè donet?*
15. *An meretrix?*
16. *Donatio à reo capitalis criminis ante crimen commissum facta valet.*
17. *Post crimen commissum facta quatenus valeat.*
18. *Donatio inter conjuges non rectè fit, neque inter patrem & filiumfam.*
19. *Donatio remuneratoria an valeat inter conjuges.*
20. *Donatio facta excommunicato tenet.*
21. *Item facta meretrici: non etiam quæ à milite fit concubinæ.*
22. *An neque à Clerico facta suæ focariæ?*
23. *Donatio debet fieri habili ad acceptandum.*
24. *Donari potest res propria, & quæ est in commercio.*
25. *Aliena res an donari possit?*
26. *Bona subditorum Rex aut Princeps non rectè dat.*
27. *Vt neq; de bonis Coronæ solus validè disponit.*
28. *Donatio omnium bonorum valida est.*
29. *Simpliciter tamē facta nō continet bona futura.*

30. Olim

30. *Olim ad perfectionem donationis necessaria erat stipulatio vel traditio rei.*
31. *Traditio sufficit etiam ficta.*
32. *Item retentio usufructus per donantem est loco traditionis.*
33. *Donatio hodie perficitur solo pacto, citra traditionem.*
34. *Et annumeratur contractibus.*
35. *Donatio sive promissio debet esse acceptata.*
36. *Absenti aut post mortem donantis non rectè fit.*
37. *Ante acceptationem revocari potest donatio.*
38. *Nisi promissioni accesserit juramentum.*
39 *Promissio interna non sufficit ad obligationem.*
40. *Ne quidem seclusa dispositione iuris civilis.*
41. *Donatio est insinuanda excedens summam 500. solidorum.*
42. *Insinuatio remittitur in donatione facta private à Principe, & contrà.*
43. *Item in donatione remuneratoria.*
44. *Non etiam in donationibus inter virum & uxorem.*
45. *In donatione, quæ fit à duce militibus.*
46. *In donatione facta in refectionem ædium.*
47. *In donatione ob redemptionem captivorum.*
48. *An donatio ex qualibet pia causa sit subjecta insinuationi?*
49. *Causa Ecclesiastica non judicanda secundùm leges.*
50. *Donatio mortis causa an insinuanda?*
51. *Donatio reciproca non est insinuanda.*
52. *Donatio pluribus facta simul vel separ[illegible] an & qualiter subjaceat huic necessitati.*
53. *Repudiatio juris alicujus an obnoxia insinuationi?*
54. *Donator renunciare insinuationi non potest.*
55. *Insinuatio an per juramentum adjectum suppleatur?*
56. *Insinuatione omissa an quod excedit summam legitimam rectè retineat donatarius?*
57. *Donationis effectus an teneat & hæredem donatoris?*
58 *Conciliatio l.* Aquilius 27. cum l. Lucius 32. h. t. Attit. C. De donat. quæ sub modo &c.
59. *Conditio suspendit donationis effectum, donec impleatur.*
60. *Modus & tempus non impedit obligationem, remissivè.*
61. *Tempus qualiter appenatur donationi.*
62. *Adjectio ita facta, ut post tempus id quod datum alij restituatur, an valeat?*
63. *Actio utilis, quæ hodie illi tertio datur, an sit in rem, an in personam?*
64. *Modus in quo differat à conditione.*
65. *Donatio in favorem tertij facta an revocari à donatore possit?*
66. *Acceptata à tertio revocari nequit.*
67. *Notario nomine tertij stipulante & acceptante an fiat irrevocabilis.*
68. *Donatario, cui sub isto modo donatum, decedente, firmum manet jus tertij.*
69. *Ut & donatore moriente ante tempus restitutionis.*
70. *Vel si donationis modus fuerit juratus.*
71. *Quid si donatio sub eo modo fuerit facta Ecclesiæ?*
72. *Donatio uni facta favore familiæ non revocatur respectu sequentium.*
73. *Donatio inter vivos semel perfecta non facilè revocatur.*

Ad Tit. C. De inoff. donationib.

74. *Donationis inofficiosæ querela datur liberis & parentibus.*
75. *An & fratribus?*
76. *Donatio hæc revocatur quoad legitimam.*
77. *Intellectus* l. 8. C. De inoff. donat.
78. *Intellectus* l. fin. C. eod. tit.
79. *Donationibus pluribus factis non nisi ultima revocanda.*
80. *Auctis facultatibus tempore mortis, non revocatur donatio.*
81. *Donatio hæc non revocatur vivo eo, qui donavit, aut iis, quorum interest.*
82. *Iuramentum donantis non obest huic querelæ.*
83. *Res donatæ an ipso jure revocentur.*

Ad L. ult. C. De revocan. donat.

84. *Donatio revocatur ex causa ingratitudinis,*
85 *Idq; ex his quinque: ob injuriam atrocem.*
86. *Ob impiarum manuum illationem,*
87. *Ob jacturam bonis donatoris procuratam.*
88. *Ob vitæ periculum donatori illatum.*
89. *Ob legem donationi datam non impletam.*
90. *An ex aliis caussis revocari possit donatio?*
91. *An donatario denegante alimenta inopi donatori?*
92. *An ob inimicitias capitales?*
93 *Clausula de non revocando ob ingratitudinem non obstat revocationi.*
94. *Licet donatio juramento sit firmata.*
95. *Donatio remuneratoria an obnoxia revocationi?*
96. *Dos an revocabilis ob ingratitudinem?*
97. *Ingratitudo Prælati non facit revocabilem donationem Ecclesiæ factam.*
98. *Beneficium non est revocabile ob ingratitudinem Clerici.*

99. *Donatio*

DE donationibus, quòd non tam contractus quàm beneficij causam contineant, hic subjungere placuit Compilatoribus; * quæ vox deducta à Dono, quasi Doni datio, secundùm Paulum in *l. Senatus* 35. §. 1. *inf. tit. seq* ut ejus genus videatur datio. Aliam faciunt veram, directam, propriam; aliam impropriam, sive ob causam factam. Illa definitur communiter liberalitas, sive liberalis datio, nullo jure cogente facta, *l. Donari* 29. *h. t.* Quæ definitio iis tantùm donationis speciebus competit, quas simplices vocant, id est, abstractas ab omni materia externæ causæ, quæ solet alterare subjectum, & excludere beneficentiam: qualis est donatio ob causam, quæ retinet commodum donatori, aut eum obligationi eximit, cujus generis sunt dos, donatio propter nuptias, quæ propriæ donationis naturam non participant, aut nomen merentur, cùm ad eas quis cogi possit, Ut rectè dicat Modestinus, in *l. Rem legatam* 18 *sup. De adim. legat.* in donantis munificentiam non cadere hanc distinctionem, voluntate an necessitate donaverit: & Papinianus rectè neget, hæredis liberalitati adscribendum esse legatum, quod mandato defuncti uni ex pluribus reddere debuit, quia necessaria sit ista electio, *l. Unū* 67 § 1 *sup. De leg.* 2.

Donationem inter vivos sub ista definitione comprehendi non est dubitandum. Legatum ad liberalitatem pertinere habet *l.* 6. *sup. Si cui plus quam per l. Falc. l. licuerit:* & eodem facit *d.* §. 1. Unde & rectè dicitur donatio, *Instit. De legat in pr.* Idem de fideicommisso judicium est. * Donationem mortis causâ aliqui in dubium vocant, & putant non esse ponendam speciem veræ donationis. Moventur eo, quod causam habeat: minus rectè, cum causa ista non sit hujusmodi, quæ respiciat commodum donantis, & quæ non faciat cum

eum non esse liberalem, cùm esset compulsio. Et licet non tam videatur liberalis, qui legat aut donat mortis caussâ, cum tantum donet ex eo tempore, quo rem retinere nequit, non ponit tamen ea res non liberalem donationem. Ut Jason rectè & eam inter simplices donationes ponat in *l. Inter eos nu.* 4. *sup. De judic.*

4 Hinc resolvitur dubium de donatione remuneratoria, quæ aliquibus videtur habere adjunctam necessitatem aliquam, quam caussat naturalis obligatio, *l. Sed etsi* 28. *§. consuluit sup. De petit. hæred.* Unde illam non tam ad simplicem, quam ad eam, quæ ob caussam fit, referendam censeni smalè, cum causa ista neutiquam sit necessitatis (quia aliàs donans non tam beneficium dedisset, quàm in quæstum misisset) sed merè honestatis & gratitudinis, quæ rationem veræ donationis non impedit nec alterat. Ad beneficium, inquit Seneca, *l.* 4. *De benef. c.* 14 non adducit cogitatio avara, sordida, sed humana, liberalis, non habens propositum, quanto ei, qui quid præstat, bono futura sit. Beneficium enim dans ut reciperet, non dedit. Facit eodem textus in *d. §. consuluit*, dum negat donando aliquem fieri locupletiorem; quod tamen dicendum foret, si inde oriretur obligatio inducens aliquam necessitatem.

5 De vera itaque donatione hic agitur, quæ fit sine jure cogente, nam de ea actum suprà in materia nuptiarum. Spectat huc donatio inter vivos, & ea, quæ fit mortis causa, de qua Tit. seq. De ista priori hoc Tit. agitur, & definiri potest, *Liberalitas inter vivos, nullo jure cogente facta.* Quæ vel absoluta est, simpliciter vel purè facta, vel sub conditione, vel modum aut tempus adjunctum habēs, quæ divisio spectat ad effectum, de quo infrà, postquam dixerimus, quis cui donare, quæ donari

6 possint.

Donare potest quilibet paterfam, cui libera est rerum suarum administratio; suæ enim quisque rei moderator est & arbiter, *l. in re* 21. *C. Mandati.*

7 Excluditur furiosus prodigus, infans, quibus sensus, qui ad donationem requiritur, deest. * Pubes, cùm habeat personam liberam, ut contractum inire possit, & ex ea obligari sine curatoris auctoritate, ut habet *l. Puberes* 1. *De V.O.* ubi Cujac. quidni & donando obligari dicendus? quamvis rerum præcipuè immobiliū alienatio illi non sit permissa

8 sine curatore auctore. *l.* 3. *C. De in integ. restit. minor.*

Filiusfamilias etiam liberam peculij administrationem habens non tamen donat: neque enim ista est concessa ad hoc, ut perdat; perderet autem donans, *l. filiusfam.* 7. *in princ. h. t.* Nisi adsit licentia patris. *d. l.* 7. *§.* 2. Quâ speciali non indiget in dignitate constitutus, *d. l.* 7. *§.* 3. aut agens in peregrinatione, aut in studiis: præsumitur enim pater permittere, ut donet, ad instar aliorum, qui ejusdem sunt conditionis, *arg. l. Si longius* 18 *sup. De judic.* maximè si justâ ratione motus donet, *d. l.* 7. *§.* 1. quam ponit eleëmosyna, honorarium præceptorum. Quod & tutori nomine pupilli constituere, pro ejus facultate & dignitate, permissum est, uti & munera solemnia strenamque mittere parentibus, *l. Cum plures* 12. *§.* 3. *sup. De administ. tut.* Aliàs, non suffragante voluntate patris, ne quidem præsumpta, & peccat, & restituere tenetur, tamquam abusus rebus alienis. Navarr. in *Manuali cap.* 17. *num.* 16. Quantum ad peculium castrense & quasi castrense, ut pleno jure ejus est dominus, ita & liberum illi donare pro lubitu, *d. l.* 7. *§. fin.* Quod & dicendum de peculio adventitio, quod pleno jure ejus est. Cujusmodi aliquot modi ponuntur in *l. fin. C. De bon. quæ lib.* ubi conceditur filiofam. libera ejus dispositio.

9 Ad religiosos quod attinet, Superiores Conventuum, supremam habentes administrationem, quibus nihil est præscriptum à superiori potestate, quod ea in parte sequantur, eleëmosynas facere de superfluis Conventus possunt & debent. Imò & de necessariis arbitrio prudentis donant, etiam causâ remunerationis aut aliâ, cùm bonum Conventus, decensque ac recta administratio postulare ac permittere videbuntur. Nam si dissipationem potiùs ea res sapiat, quàm dispensationem, & peccant, & invalida est donatio, quia non tam sunt domini, quàm dispensatores: quo modo & de illis non testantur. Inferioribus officialibus, uti procuratoribus & similibus, eleëmosynas competentes, juxta regulas & consuetudines cujusque loci, facere permissum. * Quod alios Religiosos, qui-

10 bus non est officium administrandi, illi nihil dispendere possunt, etiam in piam caussam, sine superioris assensu, *can. Non dicatis* XII *q.* 1. nisi tamen pauper extremè egeat, aut studiorum aliavé causâ longè à monasterio degant: videntur enim tunc ex viatico quid elargiri posse in eleëmosynam, vel alios honestos usus ex præsumpta superioris voluntate Navarrus, in *Cōment.* 2. *De regul. ad d. can. Non dicatis nu.* 8. Habentes etiam beneficium sibi canonicè collatum, veluti parochialem Ecclesiam, habent majorem licentiam expendendi quid in eleëmosynam, aliosque honestos usus Navarr. *d. loco n.* 12. citra testandi licentiam; nam quæ supersunt monasterio cedunt. * Religiosus dimissus aut ejectus acquirit etiam monasterio, sive justè ejectus, ne delictum Religiosi obsit monasterio

sterio; sive injustè, ne factum Prælati illi obsit. Est tamen rerum, si quas acquisiverit, tali Monacho usus relictus, earumque dispositio: ut donare ei liceat, licet testari non valeat, ratione voti, à quo non est exemptus ejectus, ut traditur ※ *De regularib.* Religiosus factus Episcopus earum rerum, quas acquisivit, dispositionem salvam habet, cùm monasterij sui regulis liberetur, licet testari nequeat, qua de re ※ *De testam, & De succeff ab intestato.*

22 Maritus quin donare possit, est extra controversiam, non tantùm res suas, sed & fructus dotis, quia ejus sunt, ut de ijs libere disponat; non etiam de ipsa dote, ob prohibitionem legis Juliæ.

23 * Ad uxores quod attinet, non tantùm rem dotalem, quia est mariti; sed ne quidem aliam, cujus administratio est penes maritum, rectè donat. Quo modo rectè donabunt res paraphernales, quarum & proprietas & administratio ad eas spectat, si non obstet consuetudo, libertatem alienandi sine consensu mariti impediens. Quod & obtinet circa ea, quæ arte & industriâ suâ lucrantur. Navar. *d. cap.* 17. *numer.* 155. Facit & affectus, ut subveniat egenribus parentibus, fratribus, filiis prioris matrimonij, etiam quoad bona, quorum administratio est penes maritum, si consensus ejus haberi nequeat: qui hac in parte non videtur attendendus, quia quoad parentes & liberos id dictat naturalis ratio, quoad fratres subest æquitas. Pet à Navarra *De restit. lib.* 3. *cap.* 1. *num.* 160. Imò permissum est uxori eleemosynas sine expresso mariti consensu facere, quas mulieres ejusdem status & conditionis, pro facultatem quantitate & familiæ qualitate, facere consueverunt, sine consensu mariti, qui sine ratione contradiceret.

24 De usurario manifesto quæri posset? Et videtur donare non posse, quòd non tam sua quàm aliena possideat; de alienis autem donare furti speciē contineat. Quò facere videtur textus in *c. Quamquam De usur. in* 6. quo testari prohibetur usurarius manifestus, nisi antè caverit de restituendis usuris. Posset tamen dici non impediri donare inter vivos, modò habeat bona legitimè acquisita. Non obstante *d. c. Quamquam*, quia loquitur de testamento, & est pœnale, ut non debeat extendi ultra suum casum, ad quem non pertinet hæc donatio inter vivos, qua de re latius ※ *De usur.* Vid. Covarr. 3. *Var. Resol. c.*3.*num.* 9.

25 *Posset & quæri de meretrice; eam tamen donare posse rectiùs dixeris, eo quòd quæsitum actu meretricio suum faciat, ut condici nequeat, uti traditum sup. & Cod. *De condict. ob turp. caus.* nisi acceperit à milite, uti infrà dicetur.

16 Dubitatur de reo capitalis criminis, an donet? Ante crimen commissum, uti rectè alienat, ita & donat, cùm non possit videri malè alienatum ab eo, cui rerum suarum alienatio est libera; nec crimen ejus superveniens debeat alteri obesse, præcipuè quia non subsit suspicio pœnæ aut fraus fisci, si aliunde non probetur. *l. Si quis* 9. *in princ. V. ab innoxio C. De bon. proscript.* Quo modo rectè dicitur in *l. Donationes* 31. §. *fin. hoc tit* post crimen non posse haberi ratas donationes: ut antè sint dicendæ ratæ, frustrà enim excluderentur illæ tantum, quæ post crimen factæ, si idem dicendum foret de iis, quæ ante crimen factæ, cum exclusio unius sit inclusio alterius. Nihil facit, quod habet *l. Si aliquis* 7. *tit seq.* ubi mortis causâ donatio facta etiam sine suspicione pœnæ, id est ante crimen revocatur: nam hoc ideo, quòd instar legati non sit perfecta ante mortem ut rectè in irritum vocetur, donatore damnato. Idem dicendum ad *l. Cum hic status* 32. §. *si maritus sup. De donat. inter vir. & ux.* nam & ibi agitur de donatione non perfecta nisi post mortem donantis, uti patet ex iis, quæ traduntur de donatione inter virum & uxorem. Quantum ad res quæsitas uxori ex successione, & quæ ex largitione viri jure ad eam pervenerunt ante reatum, licet ante mortem ejusmodi donatio firma non sit, illibatas tamen eas esse voluit Constantin⁹ *in l. Res uxoris* 24 *C. De donat. inter vir & uxor.* quòd censeantur donatæ in præmiū pudicitiæ, & vir habeatur tamquā natura subduct⁹.

17 Post crimen commissum non quidem ipso jure adimitur reo administratio rerum suarum, ne quidem constituto in reatu, ut rectè ei solvatur, *l. Aufertur* 46. §. *in reatu inf. De jure fisci*, ne aliàs plerique innocentium necessario sumptu indigeant, *l. Reo* 41. *De solut.* donationes tamen ab eo factæ non aliàs valebunt, quàm si non subsequatur damnatio, ut habet *l. Post contractum* 15. *hoc tit.* cui consonat textus in *l. Ex judiciorum* 20 *inf. De accusat*, ex ratione, quòd non videantur factæ in fraudem fisci. Nec est, quòd quis obiiciat *d. l.* 31, §. *fin. h.t.* quæ habet, post contractum perduellionis crimen non esse ratas donationes à reo factas, quasi inde sequeretur, per alia crimina non impediri donationis valorem: nam hoc ibi dicitur, quòd speciale sit in crimine perduellionis, ut etiam post mortem moveatur, eòque probato omnia acta à reo post crimen rescindantur, bona hæredi auferantur, dānatâ defuncti memoriâ. Quod non est idem in aliis criminibus, in quibus, non secutâ dānatione ante mortem, non invalidatur donatio, & pendente lite

lite aut sententiâ per appellationem suspensa, mortuo reo extinguitur actio, ut contra hæredem agi nequeat, ut dicetur infrà, *Si pendente appellat. mors inter ven.* V. Fabr *in §. item si quis in fraudem n. 5. & seqq. Instit. De action.*

18 Donatur cuivis non prohibitio. Inter prohibitos sunt coniuges, inter quos donationem valere noluit oratio Antonini, ut traditur *D. & Cod de donat. inter virum & uxor.* Uti nec tenet inter patrem & filiumfam. inter quos ob eamdem personam civilem non potest stare obligatio, nisi mors eam confirmari faciat, ut traditur *d. tit.* aut emancipatio, *arg. § peculium Inst De leg.* *Remuneratoriam valere volunt, quòd non tam sit donatio, quàm meritorum compensatio, ut res ea adventitiam causam concernat, Gail. 2. *Obser. c.* 28. *n.* 5. Quatenus tamen merita non excedit, quia eatenus non subsisteret.

19

20 *Excommunicato etsi non rectè donetur, ob communicationem cùm eo prohibitam, facta tamē donatio tenet, cum & nuptias validè ineat, & testamentum faciat, uti dictum suprà *ad tit. Qui testam. fac. poss.* Contractus etiam eum eo initi tenent. cùm nullibi irritentur; multa enim prohibentur fieri, quæ facta tenent.

21 Meretrici donata talia sunt ut ei cedāt, nec condicantur à donante. cùm jus commune nuſquam istam donationem irritet, nec donare prohibeat, *L. Affectionis 5. h. tit.* Covar. *ad c. Peccatum p.* 2 §. 2. *nu.* 2. Singulare est in militibus, à quibus donationes factæ suis cōcubinis sunt irritæ, ut eas revocare possint. Ut multo minùs miles in conscientia teneatur promissa solvere, cùm lex repetitionē indulgens multò maiori ratione concedat retentionem, & ita decisum in *l. 2. Cod. De donat. inter vir. & uxor.* ubi subjungitur ratio, ne à focariis suis per fictas adulationes reb⁹ suis spolientur. Nisi donatum quid sit in pretium usus corporis, quod non reperitur, quia non censetur donatum. Uti & datum in compensationem obsequiorum exhibitorū, quia lex ista tantùm loquitur de donationib⁹ gratuitis, qualis non est ista Glossa *fin. in d. l.* 2.

22 Idem trahunt ad donata à Clericis suæ focariæ. Bart. *in d. l. Affectionis hoc tit. & alii ibid. citati in addit.* argumento militis armatæ militiæ, à quo procedit argumentum ad cœlestem militiam, ut tradit Everard, in *Loco à milite armatæ militia.* Et ita habet communis opinio, scilicet irritā esse istam donationem: de qua tamen posset dubitari, quòd nulla per canōes aut leges inveniatur hac in re extensio ad militem cœlestis militiæ.

23 Ita autem cuivis donatur, quatenus habet sensum ad acceptandum: requiritur enim acceptatio ad perfectionem donationis, uti inferius dicetur. Unde furioso, mente capto, infanti non donatur, quod intellectum non habeant, §. *furioso Inst. De inutil. stipul.* Proximis tamen infantiæ, quales vocant, qui annum septimum impleverunt, datum est, ut possint sibi acquirere, ex eo, quod intelligere incipiant.

24 Donatur res quælibet, cujus est commercium, propria, alienari non prohibita per testatorem aut legem; istiusmodi enim prohibitio rem afficit. De lege certū. De testatore patet ex iis, quæ dicta sunt suprà ad S C. Trebell Quantum ad prohibitionem ex contractu, illa non impedit rei alienationem, secundum ea, quæ traduntur *C. De reb. alienis non alien.* * Dico, propria non quòd res aliena donari nequeat; nam ut vendi potest, ita & donari, donatore ne quidem obligato ad evictionem, uti traditur in materia evictionum quòd rem donaverit sine pretio talem, qualem penes se habet: sed quia cum effectu non donetur, quandoquidem evinci possit, ut dominium non quæratur ei, cui donata, *l. In ædibus 9. in fine h. tit. l. Si filius 14 C. h. tit.* Neque enim potest donator plus juris in alium transferre, quàm habet. Non obstat textus in *l.* 3. *inf. Pro donato*, quia non fundat se in facto donantis, sed in continuata per eum, cui donatio facta, possessione, cum bona fide quæ adjici facit dominium, ut dicetur infrà de usucapionibus.

25

26 Hine patet, quid dicendum de Rege aut Principe, quoad bona subditorum: nam cùm eorum non sit dominus, nec liberum erit illi eadem donare, aut aliàs usurpare: nisi exigat causa publica, quæ privatorum commoditatibus est anteponenda. Quo modo & concedit hostibus bona suorum civium & injurias, damnaque injustè illata belli tempore remittit, si aliter communi saluti consuli nequeat. Nam, ut ait Plin. *Epist l 7* oportet privatis utilitatibus publicas, mortalibus æternas anteferre: qua de re videatur Vasq. *Controvers. Illust c. 4. circa fin* Mynsing *Cent. 4 Obser. 9* Gail. 2. *Obser. c. 57. & de pace publ. l. 2. c. 19. n. 25.*

27 Quod attinet ad bona Coronæ, nec de iis disponunt Principes tamquam de alienis, nisi cum consensu populi, aut eorum, qui populū repræsentant. Adeò ut si quid alienaverint, unde grave detrimētum, id ipsum revocare teneantur: non obstante regulâ juris, quæ non patitur, quemquam suo facto contravenire; nam illa obtinet, quando quis proprio nomine & commodo factum suum vult retractare, non etiam nomine tertij, cujus res temerè alienavit, jure alienationem & impediente & irritante. Ubi nihil faciet juramentum, quippe invol-

involvens detrimentum animæ jurantis, cui incumbit bona Regni administrare, non etiam dissipare, *cap. ult. ubi* Panormit. ※ *De jurejur.* Pinel. *ad l. 1. par. 3. nu. 73. C. De bonis mater.* quo modo *Extravag. 1. De rebus Eccles. non alien.* jubet Pontifex res Ecclesiæ alienatas per Prælatos revocari. Vid. Hotoman. *quæst. illust. c. 1.* Capella Tholof. *quæst. 485.* Guido Papæ *qu. 138.*

28 Posset hîc quæri de donatione omnium bonorum, an teneat? Plerique id negant, saltem illam tenere quoad bona futura, hoc præcipuè argumento, quod istâ viâ donans sibi eriperet testandi facultatem; quod legibus non est permissum, quæ liberam testandi facultatem omnibus esse volunt. Gomez *ad L. Tauri 69.* Verùm non est solidum istud fundamentum: ut verior sit contraria sententia, quæ habet donationem omnium bonorum, etiam quoad futura & jura, sustinendam esse per *l. Si quis 36. §. sed etsi Cod. hoc tit.* ubi universitatis bonorum donatio dicitur tenere, quatenus non obstat ratio de inofficiosis donationibus id est quatenus non læditur legitima liberorum. II. Probatur per *l. Si umquam 8 in V. omnia bona C. De revocan. don.* ubi dicuntur omnia bona donata. III Per *l. 5 Cod. De inoff. donat.* ubi totas facultates quis dicitur donare; quod non tantùm ad præsentia quis rectè restrinxerit, verùm & futura comprehendi dixerit, cùm simpliciter & indefinitè dicta aliter sint accipienda. Facit, quòd eadem sit ratio quoad futura, cum & eorum non sit minùs libera dispositio, quàm præsentium: quo modo & ea rectè venduntur, & pignori subiiciuntur, *l. fin. Cod. quæ res pignor. oblig. poss.*

Non obstat, quòd per hujusmodi donationem adimatur facultas testandi, quod legibus prohibitum: verum enim hoc, quando directè agitur de impedienda testandi libertate; quod leges improbant; non etiam si ex consequenti tantùm, uti hoc in casu, cum donando omnia bona sua, desinat donator quid habere, circa quod testetur. Dici etiam potest, non adimi testandi facultatem, cùm donatio etiam omnium bonorum non transferat rerum dominia, sed tantùm obligationem ponat: ut ante traditionem res adhuc maneat in bonis donantis, cui super eâ testandi est licentia, tamquam de re propria, quamvis eam debeat tradere donatario hæres, cùm intret in jus defuncti, personamque ejus repræsentet. Coras. *c. Miscell. cap. 17.* Faber. *Decade 48. Errore 6.* Facit pro posteriori parte, quò non sit intrinsecè malum sponte & in favorem tertij privari testandi facultate, nec bonis moribus contrarium, quando fit indirectè & per quamdam consequentiam. Sic Religiosus profitendo fit incapax testamentariæ factionis activæ. Hinc patet juramento dictam donationem confirmari posse, si considerata causâ & modo donationis non habeat aliquam malitiam, contra providentiam sui aut suorum.

29 Ut autem omnium bonorum donatio teneat, simpliciter tamen facta non continebit futura: stricti enim juris est, *l. Eum qui 22. h. t.* ut non extendatur ultra ea, de quibus actum. Clarus § *Donatio qu. 19. n. 3.* In juribus idem receptum, ut, nisi expressa sit eorum donatio, non censeantur comprehensa sub generali bonorum donatione, *l. Cujus 86. in pr. sup.* De *leg. 2.* Gail. *2. Observ. 11. n. 9.*

30 Ad effectum donationis quod attinet, inspecto jure veteri non aliàs eum consequebatur donatio, nisi stipulatio esset interposita, vel traditio subsecuta. Neque enim alias nudi pacti obligationem egrediebatur, quæ naturalis quidem erat, neutiquam tamen efficax ad actionem, ut patet ex iis, quæ traduntur in *l. 1 sup. De pact.* ut donatario fuerit inutilis. Nec facit, quòd in *d. l. Eum qui 22. h. t.* dicatur, non deputari inter contractus bonæ fidei atque ita ad eos pertinere qui sunt stricti juris: nam hoc accipiendum de donatione facta stipulatione mediâ, per quam demùm ponitur obligatio efficax ad consequendum promissum, ut patet ex *l. Si quis 18. § sed si quidem Cod. h. t.* ubi dicit Imp. ad traditionem potuisse olim donatorem compelli, si stipulatio inserta esset.

31 Traditio quin consummatam posuerit donationem, non est dubium non tantùm si vera fuerit, verum & si ficta, traditis scilicet instrumentis rei donatæ, juxta *l. 1. Cod. hoc tit.* Videtur enim per ea res ipsa tradita; ut legatum instrumentorum empti prædij facit legatum esse ipsum prædium, *l. pen. sup. De leg. 3.* Et traditio clavium horrei facit censeri traditas merces in eo existentes, *§ interdum Instit. De rei divis.* * Operatur & traditionem rei

32 donatæ ususfructus ejus retentio per donantem, *d. l. 28. §. & si quidem vers. sin verò Cod. h. t. & l. Quisquis 28. eod.* saltem hodie, nam olim aliter se rem habuisse patet ex *l. 7. C. Theod. h. t.* uti & conductio rei donatæ per donatorem à donatario, *l. Quadam 77. sup. De rei vindic.* Cujus ratio est, quod donator usumfructum retinendo, aut conducendo à donatario, videatur brevi manu rem eidem tradidisse, & mox ab eo recepisse utendam fruendam. Quâ ratione idem dicendum in eo, qui precariam possessionem à donatario se obtinere constituit, cùm desierit sibi possidere, aut commodatam aut in pignoris caussam rem habere, nulli

enim

enim sua res commodatur, nemo suam rem pignori haber.

33 Hodie ex Justiniani Constitutione in *l. Si quis argentum* 35 *Cod. hoc tit.* donatio est annumerata legitimis contractibus: voluit enim ibi Imp. eam solo pacto perfici, etiam ante rem traditam, & ad eam tradendam cogi posse donatorem. non secus atque venditor cogitur rem venditam tradere, semotâ pœnitentiâ, §. *perficiuntur Instit. hoc tit.* Adeò ut offerendo interesse non liberetur donator, cùm interesse sit aliud à re promissa; aliud autem pro alio non obtrudatur invito creditori, secundum ea, quæ tradita sunt superius de actionibus empti, & tradentur infra *ad tit. De V. O.* de obligatione faciendi. Quod ita obtinet in donatione absoluta, purè & simpliciter facta; nam ea, quæ habet conditionem, in cuius eventū est suspensa, non ante sortitur effectū, quàm conditio evenerit, secundum conditionis naturam, de qua suprà *ad t. De condit. & demonstrat.* plenius actum.

34 * Contractibus itaque hodie est annumerata donatio, & quidem stricti juris, cùm interpretationem strictam accipiat. Inter nominatos eam rectè posueris, cùm habeat speciale nomen; uti & juri gentium rectè adscripseris quòd constet nudo consensu, & nudo pacto hodie perficiatur.

35 Dicta de effectu isto ita obtinent, si acceptata promissio fuerit, cùm ad contractum requiratur duorum consensus, etiam talem, qui ex una tantùm parte ponit obligationē, cùm inscio aut nolenti nequeat liberalitas acquiri, *l. Hoc jure* 19 §. *non potest h. t.*

36 * Quo modo absenti donatario non acquiritur res donata ante acceptationē *l. Qui absenti* 38 *inf. De acquir. possess.* & facta post mortem donantis nihil juris dat donatario, quòd voluntas donantis & donatarii non sit unita ante obitum donantis, post autem iniri nequeat in præjudicium hæredis cui jus acquisitum ad rem donatam. Nisi tamen donans alicui mandaverit, ut daret certæ personæ, tunc enim gratia perfecta est ex parte donantis, ut morte ejus non revocetur, *l. Absenti* 10. *h. t. & c. Si super De offic. deleg. in* 6. Diss. Covarr. *p.* 3. *Rub. De testam. nu.* 13. *circa finem.*

37 Hinc patet, ante acceptationem nullam oriri obligationem, vel civilem vel naturalem, cùm donatio præsupponat consensum se obligandi, qui non est perfectus ante acceptationem, *d. l. Qui absenti*, ut liceat donanti antè mutare mentem, etiam jure Canonico.

38 * Quod tamen videtur accipiendum, si juramentum non intervenerit, quod sequitur quidem naturam actus, quatenus salvum aliàs esse potest; verum si salvum esse nequeat, servandum est, modò non agatur præjudicium animæ jurantis: hic autem salvum esse non potest, subintellecta conditione, si donatarius acceptaverit, cum per juramentum simpliciter additum velit se obligare donans, quatenus potest, potest autem ita se obligare, ne retrocedat ante decessum alterius. Ita tamen obligatur eo casu donans, si consensum suum postea declaraverit donatarius: alias subintraret regula, quòd invito non acquiratur liberalitas.

39 Patet etiam ex dictis, promissionem internam non tantùm non sufficere ad dominum rei transferendum, cum actus internus non sufficiat ad traditionem, quæ requirit actum externum: sed neque ad obligationem, cum etiam externo actu prodita revocabilis sit, secundum dicta, ante acceptationem.

40 Ubi disputari posset, An, seclusâ disputatione juris civilis, & stando intra limites juris naturæ, interna promissio obliget? Dicendum, non posse promissionem fieri homini per actum merè internum, ut compellatur promissor adimplere, eo quòd necessaria sit cognitio promissionis, sine qua non potest oriri obligatio. Nihil facit, quod votum etiam interdum obliget; nam id fit Deo, qui id ipsum intuetur. Non ita obtinet quoad promissionem homini factam. Sic & juramentum, quo confirmata interna promissio, obligat comparatione Dei, ut promittens teneatur implere id, quod juramento promisit, homini dare.

41 Requiritur præterea ad donationis valorem, ut non excedat certam summam, quæ olim fuit ducentorum solidorum, id est aureorum postea 300 deinde 500. Aliàs insinuanda, id est manifestanda coram judice & actis inscribenda, ut de ea constare possit, *l. Donatio* 25 *l. Sancimus* 34. *& l. Si quis* 35. *in fine Cod. h. t.* Ubi non opus est causæ cognitione, cùm non sit hæc donatio contentiosæ jurisdictionis, & ratio tamen sit in excludendis fraudibus, quarum subornatio in rebus maioris momenti nunquam non obvia; ejus tamen omissio nō vitiabit nisi excessum, *d. l.* 34. *& d. l.* 35. ex regula juris, ne utile per inutile vitietur in reb⁹ divisibilibus, *C. Utile De R. I. in* 6. In Belgio hoc nostro si res excedat 300 solidos, opus est corā Notario fiat vel in scriptis propriâ manu signatis, aut coram aliis personis publicis, pro qualitate contractus. Edicto anni 1611. *art* 19. Quod idem observandū in aliis contractibus, ad evitandam quæstionem obviam in hac hominum pravitate.

42 Ab insinuationis istius necessitate donationes aliquæ eximuntur, ut videre est in *d. l. Si quis* 35. *Cod.*

Cod hoc tit. & Glos. in §. cum retrò Instit. eod. Ut in primis donatio facta privato à Principe, quia decet eam habere firmitatem, quantacumque sit, *d. l. Sancimus 34. Cod. hoc tit.* Secundò à privato facta Principi, quòd non minùs æquum sit Imperium frui eodem jure, in his, quæ capit à privatis, atque fruuntur privati in his, quæ capiunt ab Imperio, *Nov. Vt non fiant pignorationes &c. cap 52.* Ubi tamen requiritur instrumentum publicum habens subscriptionem donationis & testamentarii.

43 Tertio, Remuneratoria, quatenus merita non excedit, quia eatenus non potest videri temerè facta, etiam excedens summam 500. aureorum, eo quòd causa subsit, ob quam facta. Unde generaliter volunt facta ob causam non indigere insinuatione, quia esset præsumptio fraudis. Hinc dotis causâ, aut propter nuptias donatum, est extra insinuationem, secundùm jus posterius, saltem ex parte mulieris, quæ non obstante omissione salvã nihilominus habet lucri conventi exactionem. Quamvis contrà sit in marito, qui ob omissam insinuationẽ donationis propter nuptias factę uxori, actionem lucri dotalis conventi non habet, *Nov. Vt fratrum filii &c. 117. §. illud.* ubi ratio ejus ponitur in favore mulierum, ut, principalibus forsan earum instrumentis deperditis, salva iis sit probatio.*

44 Donationibus inter virum & uxorem nihil est privilegii attributum, quò minùs excedentes insinuari debeant ad hoc, ut morte confirmentur; cùm earum initium bonum non sit, nec aliàs valeant, quàm si morte confirmatæ fuerint, nisi expressè testamento confirmentur, quia habentur ut relictæ ultimâ voluntate, in quibus non est necessitas insinuationis, uti est colligere ex *l fin. Cod. De mortis causa donat.*

Dixi, merita non excedit; nam eatenus non est remuneratoria, nec etiam extra fraudem, ut excipi non debeat; quæ res judicanda ex meritorum & personæ qualitate. Molina *De jure primogen. lib. 2. cap 8 num. 17.* ubi tradit donatum alicui, ut nomen & arma donatoris ferat, non esse insinuandum, quòd non tam sit donatum quàm ob causam datum, quæ secuta est. Quò facit textus in *l. Ex hoc jure 19. §. fin. hoc tit.* Et licet bona fortè sint ampla, continet tamen conditio gravamen æquivalens, quale est alienum nomen & arma deferrè, sua verò omittere, quod non pauci respuunt. Hinc etiam donatio facta ei, per quem es ereptus à latronibus aut hostibus, est continuò firma citra insinuationem, quod non tam sit donatio, quàm eximii laboris merces dicenda, quia contemplationem salutis certo modo æstimari non placuit, *l pen. in fine h. t.* cujus lectio corrupta restituenda est ex Paulo *5. Sentent. tit. 7.*

45 IV. Donatio rerum mobilium facta militibus fortissimis à Duce aut Magistro militum, sive ex sua substantia, sive ex hostium spoliis, seu manubiis, *l. Si quis penult. §. 1. C. h. t.* Unde patet ea in publicum fuisse redacta, & ex iis fieri consuevisse donationem militibus, non etiam cessisse singulis, quod occupassent, qua in re olim variatum fuisse trad. tũ. *Inst. De rer. divis. §. item ea quæ ab host: b°.*

46 V. Facta alicui in refectionem ædium suarum, quæ corruerunt, aut incendio sunt consumptæ. Ubi necessariò pecuniæ datæ in eã rem insumendæ sunt, & hoc factum esse, juramento ejus, qui accepit, manifestandum *d. l. penult. § eamdem.* Ratio est in causa commiserationis & pietatis.

47 VI. Donata in caussam redimendorum captivorum: neque enim patitur pietas, ut istiusmodi causæ ponatur impedimentum. Ubi etiam, si opus sit, sacramento ejus, cui donatię facta, manifestandum, pecunias donatas in eam rem insumptas esse, *d. l. penult. in princ.*

48 Ubi quæsitum, An jure civili generaliter id ad omnem piam causam sit trahendum? Quod posset videri per *d l Sancimus 34. in fine pr. C. h. t.* ubi dicuntur excipi donationes, quæ in caussis piissimis procedunt. Verùm Justinianus in *l. Illud. 19. C. De sacros. Eccles.* rescripsit, etiam piæ causæ factã donationem subjacere oneri insinuationis, nisi specialiter sit accepta, cujusmodi est facta in redemptionem captivorum, & refectionem domus ruinâ vel incendio corruptæ. ut ad caussas alias id non rectè extenderis, ex rationis paritate, cùm exceptio speciali jure nixa non admittat extensionem, & firmet regulam in aliis non exceptis. Nihil obstat *d. l. 34* nam ut simpliciter loquatur & indistinctè, patitur tamen restrictionem, tum per *d. l. 19.* quæ non excipit alias causas quàm nominatim expressas, ut in aliis confirmet necessitatem insinuationis; tum per *d. l. penult.* quæ tantùm excipit dictas duas causas, ut simplex & indefinita locutio debeat intelligi secundum leges distinctè loquentes. Vid Gomez *1. Variar. Resol. c. 4. n. 10.*

49 Verùm hac de re non est anxiè disputandum, cum causa Ecclesiastica, uti & pia, non sit judicanda secundùm leges, sed statuta Canonum, *c. Relatum 11.* ubi Panormit *nu. 4.* *x De test.* Et ità communiter receptum esse patet ex Tiraq. *De priv. piæ causæ c. 124* Ubi plures allegat. Ut ab ista opinione non sit recedendum in judicando, cum eadem in omnibus subsit ratio: non obstante lege Justiniani, per

per quam, uti nec per ullam aliam constitutionem civilem piæ caussæ debet præjudiciū adferri. Bart. in *d. l. Illud*, Felin in *c. Ecclesia S Mariæ n* 82. *x De constitut.* Addit Cujac. in *d l.* 13 *vol* 3. alium casum ex *l. Qui sua* 37. *Cod. De Episc & Cler* quam ex Græco vertit, quo scilicet Monasterio quis bona sua mobilia cujusque quantitatis donat verùm eâ exceptione non est opus secundùm Canones, cū ista donatio fiat in piam caussam, quam diximus ex cōmuni opinione insinuationis regulis non constringi.

50 Quantum ad donationem mortis caussâ, si fiat coram quinq; testibus sive absenti, sive præsenti, non subest insinuationis legibus, quia tunc videtur magis pertinere ad speciē ultimæ voluntatis, quæ est libera ab insinuatione, *l fin. C. De mort. caus. donat.* Quod si principium ejus contineat contractꝰ potiùs speciem, videtur non esse libera ab insinuationis legibus, cùm *d l. fin.* loquatur in casu, quo accedit ad ultimas voluntates, facta coram quinq; testibus. Quò facit *l. Donatio* 25. *Cod. hoc tit.* ubi post factam mentionem donationis etiam mortis causâ, subjicitur postea necessitas insinuationis, in casu scilicet, quo facta per modum contractus, uti patet ex ista lege.

51 Donationem reciprocam esse extra legem insinuationis adserit Clarus § *Donatio qu.* 2. *nu* 2. & *qu.* 16. *nu.* 5. Fundatur, quòd vicissitudo habeat onus annexum, quia tantùm quis det, quatenus speret, ut nequeat dici propriè donatio per Glos. *in l. Licet V. mortis Cod De pact.* Quò facit, quòd tradit Oldradus *Consil.* 134. *n* 3 ob considerationem mutui commodi non esse propriè donationem; ut non subsit necessitati insinuationis.

52 Facta pluribus simul non est judicanda secundùm singulas personas donatariorum tamquam multiplex, verùm tamquam una secundum personam donantis, atque ita excedens ejus respectu erit insinuanda, secundùm tradita per Romanum *Singul.* 1716. Aliud dicendum, si pluribus fiat separatim, quia tunc consideranda ut plures, secundum personas donatariorum. Quo modo & uni factæ diverso tempore donationes, quarum singulæ non excedunt summam non legitimam, insinuatione nonindigent, licet simul sumptæ excedant, quia singulæ donationes per se spectandæ sunt. § *si quis autem per diversa d l.* 34. Ita tamen si ejusmodi donatio concludatur intra vitam donatarii, ex ratione, quòd incertum sit, an supervivet anno aut ultrà donator aut donatarius, ut contingere possit eam non excedere legitimam quantitatem: secus verò si adjiciatur vitæ aut donatoris aut donatarii tempus certum, aut etiam in hæredes transferatur. Ratio est, quia tunc excederet legitimum modum.

53 Dubitatur, An renuntiatio vel repudiatio juris alicujus sit obnoxia insinuationi? Distinguendum est inter jus plenè acquisitum aut debitum, & acquirendum vel necdum plenè acquisitum. Priori casu renuntiatio continet omninò donationem, quia remissio juris sui, uti debiti ex empto vēdito, locato conducto, mutuo aut simili est donatio, *l. In ædibus* 9. *in princip. h. tit.* Unde excedens non erit valida citra insinuationem. Sic & pactum de non petendo, & cessio juris sui huc pertinebit, si fiat per modum donationis, ut tradit Clarus *d. q.* 16 *n.* 3. & 4 quia jus certum alicui diminuitur. Posteriori casu non potest dici repudiatio spectare ad donationem, quòd jus necdum acquisitum nemo propriè alteri dicatur donare. Si repudians hæreditatem, vel legatum sibi relictum, non alienat quid rei tuæ, unde & ipsum tamquam non alienatum in fraudem non revocatur, ut dicetur infrà *ad tit. Quæ in fraudem credit. facta* &c. & patet ex iis, quæ traduntur suprà de donationibus inter virum & uxorem.

54 Quæstio etiam hic est. An donator possit renuntiare insinuationi? rectè id negat Bart. in *d. l. Illud. Cod. De sacrosanct. Eccles.* ex ratione, quòd cuilibet quidem liceat renuntiare iis, quæ sunt inducta in favorem suum non etiam alienum, maximè publicum, uti hoc in casu, ad avertendas fraudes, *l. Data* 27. *C. h. t* quia impediri publicè interest, ut procedat decisio *l. Nemo* 55. *De legat.* 1. neminem facere posse, quò minùs leges locum habeant in suo testamento, aut aliis etiam contractibus. Et ita habere communē sententiam tradit Ang. *Inst h. t. §. alia n.* 5. Quo modo non proficiet, si donator profiteatur, se fecisse diversas donationes, quia ista res non mutat donationis qualitatem, nec ex una facit multas. Gomez 2 *Var c.* 4 *n* 1. Sichard. *ad d l.* 34 §. *si quis autem n.* 4. & 5, Vasq. *Success. tomo* 1, *l.* 1 §. 5. *n.* 2.

55 Quod attinet ad juramentum subjunctum, an illud insinuationem suppleat? controversum est ut patet ex Gabrielio, *lib.* 1. *Commun. Opin. tit. De donat. concl.* 1 *num.* 66, Negat Baldus *ad d. l. Illud, nu.* 6. quoad excessum observandam esse donationem, ratione juramenti: & sequitur Clarus *d. §. Donatio qu.* 18. ac Vasq. *d. loco nu.* 2. Veriùs, donationem istam servandam esse, ex ratione, quòd hujusmodi juramentum nihil contineat bonis moribus contrarium, ut patet ex eo, quòd cuilibet sit liberum arbitrium super rebus suis, nisi sit irrationabilis

nabilis excessus, ut, cùm servari juramentum hoc in casu possit sine animæ detrimento, servanda sit ista donatio jurata, *c. Cùm contingat* 8. *x. De jurejur.* Nec facit, quòd juramentum sequatur naturam actus, cui apponitur: nam hoc verum est, quando salvo juramento posset haberi ratio actus; hic autem non potest, quia donatio non observaretur eo modo, quo jurata. Et hoc sive expressè sit adjuncta renuntiatio insinuationis, sive non, cùm expressio ejus nihil efficiat, sed tota vis ponatur in juramento. Gomez. *d. cap* 4 *num.* 8. Guido Papa *quæst.* 30. Gail. 2. *Obser. c.* 39. Richard. *d. loco n.* 6.

56 Alia quæstio est, An, omissâ insinuatione, excessum in conscientia retinere possit donatarius? Negativa ex eo suadetur, Primò, quòd lex insinuationem præcipiens non sit pœnalis: ut etiam ante sententiam locum habeat ejus constitutio, cùm sit justa, quæ obligat etiam ante sententiam. Secundò, quòd non fundetur in præsumptione veræ fraudis, doli, metusve, quia tunc tota esset declaranda nulla, sed lex potiùs ob commune bonum eam irritarit quoad excessum; ut in conscientia videatur etiam obligare ante sententiam ad restitutionem, cùm nullo titulo donatarius excessum istum videatur possidere. Quibus non obstantibus, verius est donatarium non teneri ad restitutionē ipsi donatario, ejusque hæredi, non repetenti id, quod datum; quia cùm ista donatio, quantum ad donantem, plenam suam vim habeat, & sit translativa dominii, seclusâ lege civili, potest donans eâ non uti, eo quod nulli injuriam inferat nisi sibi. Nec obstat, quod expressè renunciare nequeat, uti jam dictum; nam aliter se res habet in præsenti casu, qui tantùm continet tacitam renuntiationem, quæ frequenter non improbatur: multa enim expressè fieri prohibita, quæ tacitè admissa sustinentur, quòd tacito non adsit eadem contumacia. Et ita habet usus, optimus legum interpres. Quod multò magis procedet moribus harum patriarum, quibus insinuationis nullus est usus, Everard. *Conf.* 231. *num* 4 *in fine*; sive quia ab Ultramontanis nunquam fuit ista lex recepta, sive si recepta, in desuetudinem abiit. Quod autem nuperrimè Principes nostri voluerint excedentem trecentas libras aut propriâ manu scribi aut fieri coram Notario aut testibus, aliisque personis publicis, *de quo sup. numer* 41. tantum concernit probationem, non etiam substantiam donationis, ut hujusmodi probatione omissa sit tutus in conscientia reus.

57 Hæc de effectu donationis, qui non tantùm cōstringit ipsum donantem, verùm & hæredem ejus, quem ligat obligatio ex contractu, vel quasi, à defuncto inito, *Instit. de perpet. & tempor. act.* §. 1. *& l. Ex contractibus* 49. *inf. De obligat. & act.* Quod ut extra controversiam est in donatione, cujus effectus est transiens, ita difficultatem patitur in casu, quo effectus est permanens, veluti quando est concessus rei usus.* Nam Scævola J. C. in *l. Lucius* 32. *h. t.* in hac specie, *Hospitio illo, quamdiu volueris, utaris, superioribus omnibus diebus gratuitò, idque ex voluntate mea facere, hac epistola notum tibi facio*, respondit, hæredes concedētis posse prohibere habitationem. E contrà Papinianus in *l. Aquilius* 27. *eod. h. t.* in hac specie, *Quoniam & cum patre meo semper fuisti, & me eloquentiâ & diligentiâ tuâ meliorem reddidisti, dono, & permitto tibi habitare in isto cœnaculo, eoque uti*, respondit, donationem sequentis temporis, post defunctum scilicet Aquilium, irritam non esse. Varias cōciliationes videre est apud Glossam & Bart. in *d. l.* 27. Facilior & verior, dictam *l.* 2. loqui in casu meræ donationis, quæ strictè est intelligenda, & non extendenda concessio cœnaculi adversus hæredes, quorum non est facta mentio, atq; ita restringenda tantum ad vitam concedentis: dictā verò *l.* 2. non continere veram donationē, sed remunerationē, & quasi mercedem doctrinæ, ut ibi ait J. C. Ut & pertineat ad hæredes, qui contravenire nequeant, aut impedire mercedem eximii laboris. 58

59 Hæc ita in donatione purè & simpliciter facta. Fit interdum non purè, sed habet adjectum modū, aut conditionem, aut tempus, *tit. Cod. de donat. quæ sub modo vel condit. vel certo temp. confic.* Inter quæ est distinctio: nam facta sub conditione non antè valet, quam conditione existente. Ejus enim natura est, differre actus obligationem, donec impleatur, secundùm dicta suprà, *ad tit. De condit. & demonstrat. ubi traditum, de qua conditione id sit accipiendum*, licet ante existentem conditionem non possit donans mutare & revocare, non tam propter jus ad rem quæsitum patti, quam propter spem, quam donans non impedit, & quam transmittit ad hæredem donatarius, *§. sup. conditione Instit. De V. O.* Adiicienda autem conditio, ad effectum suspendendi obligationem ante completam conditionem, non etiam post eam, *l.* 4. *C. De donat. quæ sub modo*: nisi parte volente, quia pacta, quæ in continenti non adjiciuntur, non informant contractum; & per donationem simpliciter factam quæsitum donatario est jus, quod per conditionis adjectionem altero invito non potest imminui.

60 Modus autem aut tempus additū non impedit obligationem, uti patet ex dictis sup. *De condit. & demon-*

demonstrat. & dicetur inferius, quando agetur de obligationibus. Et hoc, si tempus sit certum; nam si incertum fuerit, est loco conditionis, ante cujus eventum non debetur promissum, & solutum repeti potest, *l. Sub conditione* 16 *supra de condict. indeb.* * Apponitur tempus duobus modis; vel ex tempore, ut eo demùm adveniente quæratur res donata alteri; vel ad tempus, ut tum cesset donata res, & reddenda sit donatario, *l.* 2. *Cod ad tit.* vel alteri tertio, *l.* 3. *Cod. eod.* Non faciet autem ista adjectio donationem minùs propriam, eo quòd non diminuat liberalitatem donantis, cùm non faciat, quo minùs fiat nullo jure cogente, & tantùm indicet, quo modo & quando sit implenda.

61

62 Quæritur autem, An istiusmodi adjectio, ut alteri tertio restituatur, valeat? Dubitandi caussa est, quòd ita alteri per alterum quæri videatur, quod legibus non admissum, *§. alteri Instit. De inutil. stipul.* Quo tamen non obstante rescripsit Imp. *d. l.* 3. distinguendo inter jus vetus & novum, quòd jure veteri, secundùm *d. §. alteri*, si tertius, in quem liberalitas conferebatur, non esset stipulatus, placiti fide non implerâ, tantùm fuerit actio donatario, ejusque hæredi, neutiquam autem tertio, cùm alteri per alterum non quæratur. Postea tamen placuit ex benigna interpretatione tertio illi utilem actionem secundum donantis placitum concedere.

63 Ubi quæsitum, An actio ista sit in rem, an in personam? Prius aliquibus videbitur, uti Decius *Cons.* 239. & aliis, quos citat Covar. 1. *Var. cap.* 10. *num.* 3. Moventur *d. l.* 3. quæ ei, in quem talis liberalitatis compendium est collatum, dat utilem actionem, quam ipsi interpretantur realem, hoc argumento, quòd in *d. l.* 3. videatur dari eadem actio isti tertio, quæ competit donatori, cui volunt competere realem. Adferunt & *l.* 1. *Cod. d. tit.* in qua datur tertio utilis vindicatio. Verùm rectè Covar. *d. loco* istam Decii & aliorum sententiam improbat, docens tantùm actionem personalem tertio isti competere; ex ratione, quòd dominium non transeat sine traditione, *l. Traditionibus* 20. *Cod. de pactis*, etiam in casu, quo agitur de resolutione contractus, conceptâ non tantùm verbis obliquis, verùm & directis, eo quòd id sit speciale pactis commissoriis & addictionis in diem, uti traditur in istis materiis. Facit, quod in *d. l.* 3. non fiat mentio nisi utilis actionis, quæ non potest accipi de reali, nisi in casibus jure expressis, quibus sine traditione transit dominium utile, uti in casu Ecclesiæ, aut pii loci, *l. fin. C. De sacros. Eccles.* Deinde agi de personali in *d. l.* 3. patet ex his verbis, *condictitiæ actionis persecutionem*: condictionem autem esse in personam nemini dubium esse potest, qui vel à limine Jurisprudentiam salutavit. Talem etiam competere ipsi donatori, patet ex iis, quę traduntur *tit. D. & Cod. De condict. ob caussam*, cùm dominium semel transierit. Nihil obstat *d. l.* 1. nam illa loquitur in caussa alimentorum, in quibus id singulare, ut etiam sine traditione utile dominium transeat: quod ita in favorem eorum inductum, non est extendendum. Ut lex ista nihil faciat pro contraria parte. Videatur pleniùs Covarr. *d. loco.* Gomez. *ad L.* 40. *Tauri num.* 23. Fachin. 8. *Contr. cap.* 88.

64 Notandum autem hic, modum, de quo jam actum, continere quid diversum à conditione, quòd scilicet donatum sub modo, etiam ante ejus implementum traditum fiat donatarii; neq; enim modus tam differt actum, quàm eum præsupponit, secundùm dicta suprà *De condit. & demonst.* Quæ aliter se habent in conditione. Quod si post rem taliter acceptam modus non impleatur, veluti si donatarius rem alienaverit, uti potuit, tamquam ejus dominus, *l. Si pecuniam* 5. *sup. De condict. causa dat.* locus erit condictioni ob caussam, quæ non est secuta, secundum ea, quæ traduntur *D. & C. De condict. ob caus.* Potest & agi præscriptis verbis, *l. Legem* 9. *Cod. de donat.* Vindicatio ne quidem ipsi donatori competere potest, qui dominium semel transtulit, quod per adjectum modum non potest dici affecisse.

65 Quæritur autem, An donatio ista facta in favorem tertii possit revocari per donatorem? Controversa admodum hæc quæstio est, ut videre licet apud Covarr. *d loco num.* 7. *&* Gomez. *ad d. L.* 40. *Tauri n.* 29. 30. *&* 31. Manticam *De tacitis convent. lib.* 13 *cap.* 48. *n.* 8. *ubi plures refert.* Fachin. 8. *Contr. c.* 89. *&* 90. Pro parte negativa adducitur *l.* 3. *C. de donat. quæ sub modo*, quæ dat statim utilem actionem illi, in quem liberalitatis compendium est collatum, ut, cum ei sit jus quæsitum (hoc enim negari posse non videtur, si actio sit) non sit etiam licitum donatori revocare modum, quia hoc facto eriperet jus alteri quæsitum, quod jura non admittunt. Secundò adducitur *l.* 1. *in fine. Qui sine manumiss. ad libert. perven.* ubi servo vendito, ut intra certum tempus manumitteretur, etiamsi venditor mutaverit voluntatem, nihilominus competit libertas. Estque ea opinio probabilis, & magis communem adserit & tenet Gomez. *d. n.* 30. Roder. Suarez. *Alleg.* 19. *n.* 4. *& seq. & ad l. Quoniam* 32. *Cod. De inoff. testam. in declarat. L. Regni vers. Octavo quæritur.* Fachin. 8. *Contr. cap.* 88.

Pro affirmativa tamen, quæ est Bartoli in *l. Qui Roma 122. §. Flavius De V.O.* facit primò *l. 3. sup. De servis exportan. & l. 3. Qui sine manumiss.* quibus in locis vendito servo, ut intra certum tempus manumitteretur, requiritur, ut tempore advenien-te perseveret in eadem voluntate venditor. Secundò textus in *l. 1. & fin. Cod. Si mancipium ita fuerit alienat.* quæ loca requirunt, ut in simili specie non sit mutata voluntas. Tertiò facit, quòd ista conventio spectet ad contractum innominatum, Do ut facias, in quo est locus pœnitentiæ, *l. 3 § 1. sup. De cond. ct. caussâ datâ &c.* Quam Bartoli sententiam plures amplectuntur, ut videre est apud Manticam *d. loc.* & probabilior videtur penitius intuenti, præcipuè per *d. l. 3. §. 1.* ubi qui dedit, ut manumittatur servus, potest pœnitere. Quod est magnum argumentum pro sententia Bartoli, cum versemur in casu, quo donatio facta fuit cum hoc modo, ut alteri detur post mortem, vel post certū tempus. Idem repetitur in *l. 5. §. 1 De condict. causâ datâ &c.* ut eam opinionem veriorem dicat, nec ab ea recedendum in judicando esse, Clarus *§. Donati quæst. 13 n. 5.* Non obstat *d. l. 3. C. d. tit.* quæ videtur dare utilem actionem tertio; nam tum demùm dat, quando tempus est transactum, ex quo solo competit tertio jus & actio utilis, uti apertè colligitur ex *l. 3. Qui sine manumiss. ad libert. perv.* Non etiam obstat *d. l 1.* nam loquitur de mutata voluntate non ante tempus adjectum, sed post illud, cujus lapsu quæsitum jus tertio revocari amplius nequit, secundùm allegata supra. Et hanc sententiam Bartoli sequitur Molina *De jure primogen lib 4. cap. 2. n. 74.* eam limitans in infantibus; *arg l 5. Cod. De emancipat.* verùm ea lex non loquitur de donatione, sed de emancipatione, ad quam requiritur consensus, qui in infantibus non consideratur, ne eorum commodum impediatur.

66 Procedet autem prima ista opinio Primò, Si tertius acceptarit, quia acceptando jus sibi firmat per donationem hujusmodi inchoatum, in primo donatario completum per acceptationem ejus, cujus gratiam concernit: firmat enim, ut antè dictum, acceptatio donationem priùs infirmam, Covarr. *d. loco nu 13 versic. Tertiò apparet,* Molina *De just. & jure tract. 2. disp. 265.*

67 Ubi quæritur, An idem sit, si Notarius nomine tertii istius stipuletur, & acceptet? Volunt plerique donationem fieri irrevocabilem, ob jus quæsitum tertio per stipulationem Notarii, per quem, tamquam per servum publicum volunt alteri quæri posse. Imò sunt, qui volunt etiam stipulationem ab ipso donatore nomine tertii, in quem contulit liberalitatem suam, interpositam donatario firmare jus tertii. Covarr. *d. n. 13. vers. Secundò loco.* Videantur plures idem tenentes apud Thesaurum *decis. 70.* Verùm ista opinio est sine fundamento, propterea quòd textus non sit, id ipsum probans, & generalis juris regula habeat, alteri per alterum stipulando non quæri *§ alteri Instit. De inutil. stipulat.* & ad Notariū quòd attinet, ille sit liber homo, ut & in eo obtineat decisio *d. §. alteri stipulari & l. Quò tutela 73 § fin. De R. I.* quæ paciscendo, aut legem dicendo, aut stipulando, alteri caveri posse negat: ut per Notarii stipulationem aut acceptationem nomine tertii non fiat magis irrevocabilis ista donatio, ut benè sentit Molina *d. n 74.* & Fachin. *1. Controv. c. 91.* Et hoc ita de jure scripto; nam consuetudo videtur admittere ejusmodi Notarii stipulationem, quam & Leges Hispanicæ admittunt, secundùm Covarr. *d. n. 13.*

68 Secundò procedit, si prior donatarius, cui sub isto modo donatum, decesserit, quia tunc ex pacto adjecto res ista tertio sive substituto debetur, cui tamquam jam impletâ conditione perfectè est jus acquisitum. Quod magis dicendum, si per priorem donatarium res sit posteriori tradita, qui non potest dici non acceptasse donationem in sui cōpendium factam. Quod & dicendum videtur, si dies adjecta venerit, nam & per eam videtur firmari jus substituti. Verùm rectè hoc limitatur, si post mortem prioris, aut cessam diem, substituto, uti dictum, res sit tradita, aut ab ipso donatio acceptata. Nam aliàs videtur revocabilis, quòd tempus nihil juris det, ut immutet jus donatoris. Covarr. *d. num 13. versic. Quamobrem.*

69 Tertiò, si moriatur ipse donator ante tempus restitutionis. *l. 1* in verbis *si jam decesserit, ubi Gloss. Cod. Si mancip. ita fuerit alien.* Ad idem facit *l. 3 sup. De servis exportan. & l. 3. Qui sine manumis. ad libert. perven.* dum dicunt, hæredis voluntatem non esse acquirendam aut explorandam, quòd jus aut potestas revocandi gravaminis non transeat ad heredem, sed gravamen ipsum continuò firmetur. Covarr. *d. loco n. 17.* qui communiter ita teneri tradit, licet hæres eadem sit cum defuncto persona.

70 Quartò, Si donator juramento confirmaverit donationis modum, non erit illi licitum ab ea recedere, etiam non acceptata ab illo, cujus compendium concernit. Est enim juramentum servandum, quatenus sine detrimento animæ servari potest, uti hoc in casu. Quò facit, quòd etiam promissio interna, si juramentum accesserit, servanda sit uti suprà dictum, ob obligationem Deo quæsitam, Covarr. *d. loco num. 10.*

Dubi-

71 Dubitatur de pacto isto adjecto in gratiam Ecclesiæ, aut piæ caussæ, an possit revocari? Aliqui volunt in Ecclesiam aut piam caussam continuò transire jus irrevocabile, per *l. Vt inter* 23. *Cod. De sacrosſ. Eccleſ.* ubi ad donata piæ caussæ competit actio in rem, etiam ante traditionem. Facit in eam partem. *l. Si ergo* 9. *§.1. sup. De jure dotium*, ubi res tradita, ut securis nuptiis sit dotis, mortuo donatore, & postea subsecutis nuptiis, dicitur fieri dotis, etiam invito hærede, cujus caussa est pia; ut idem dicendum veniat quoad alias pias caussas, Contrarius tamen est textus in *l.3 §.1. sup. De condict. ob causſ.* ubi datur pœnitentiæ locus in contractibus innominatis, etiam quando agitur pia causa. Quod & habetur *in d.l. 3. sup. De servis exportan.* Idem expresè habetur in *l. Si pecuniam* 5. *§.1. sup. De cōdict. causſa dot.* Quibus locis adductus Covarr. *alios referens d. loco n.* 16. dat etiam locum pœnitentiæ in tali pacto concernente piam caussam, cum id in libertate obtineat, cujus caussa est maximè pia. Nihil obstante *d. l. Vt inter*, quia loquitur in casu, quo donatum relictumvé est piæ caussæ; non etiam, quo modus aut pactum adjectum donatario, ut postea det piæ caussæ: est enim hoc instar mandati, & revocari potest re integrâ. Non obstat etiam *d.l. Si ergo* §.1, quia ibi est tradita res illi cujus commodum concernit, ut post mortem defuncti non debeat posse revocari ab hærede, causâ secutâ.

72 Procedet denique prima opinio, si donatio ista uni facta concernat favorem familiæ, in qua velit eam manere donator; ista enim nullo pacto respectu sequentium revocari poterit, quod si perpetua, in perpetuum favorem familiæ facta, ut ulteriore acceptatione oon sit opus, sed sufficiat à primo acceptatam fuisse, *l. Peto* 69. *§ fratre De leg.* 2. ubi gravamen primo impositum facit omnibus esse actionem, ut tradit Molina *De primogen. lib.* 4. *c.* 2. *n* 78. quia absurdum esset ad efficiendum fideicommissum irrevocabile, requiri omnium acceptationem, etiam eorum, qui needum sunt nati.

73 Cæterùm donatio inter vivos semel ritè perfecta firmior est, quàm ut pœnitentiâ infirmetur, *l.* 3. *C. De revoc. donat.* aut rescripto Principis rescindatur, *l.* 2 *&* 5. *C. d.t.* aut propter instrumenti amissionem in dubium revocetur, *d.l.* 2, Nam jus semel quæsitum non debet alicui sine caussa auferri, ne quidem Principali auctoritate nisi subsit publicum interesse. Sunt tamen casus, quibus donationes etiam perfectæ & consummatæ rescinduntur, vel pro parte tantùm, vel etiam in totum.

74 Pro parte tantùm revocantur donationes inofficiosæ quales dicuntur quæ tantæ sunt quantitatis, ut non sit salva legitima iis, quibus debetur, *l.* 2. *&* 3. *C. De inof. donat.* quæ olim fuit quarta bonorum, hodie est vel triens, vel semis, pro numero liberorum, *Nov. De immenſ donat.* 92. §.1 Datur hoc nomine querela liberis contra donationem à patre factam, *l.* 1, 2, 7. *C. d. tit.* competit & ea parentibus, contra donationem factam à liberis, *l.* 4. *C d. tit.*

75 Quæritur, An & fratribus competat? Ita vult Glossa in *l.* 2 *&* 4. *C. d. tit.* Movetur per *l. fin. ibid.* quæ habet, hanc inofficiosæ querelam donationis ad similitudinem querelæ inofficiosi testamenti esse introductam. Facit *d. l.* 4. quæ non vult hujusmodi querelam competere, si alio remedio consuli possit quærenti, etiam extraordinario: uti etiam, si expresè vel tacitè per lapsum quinquennii sit donatio approbata, *l.* 6. *& fin C. d. tit.* quæ & obtinent in querela testamenti inofficiosi, quæ ut competit fratribus, in casu saltem, quo instituta turpis persona; ita & videtur hæc competere, saltem in casu, quo inofficiosa donatio facta est personæ turpi

76 Non revocatur autem per hanc querelam tota donatio, sed tantùm quoad legitimum bonorum subsidium, sive sit facta extraneo, sive suo, quia in tota donatione non est peccatum, sed tantùm quoad legitimam partem, quæ dictis personis per leges est relinquenda, & ideo tantùm revocatur, ne pœna sit major delicto: & probatur idipsum per *l.* 1. 2 7. *C. d. tit.* Et hoc, si fuerit inofficiosa re tantum, quo modo loquuntur prædicti textus; nam si fuerit inofficiosa re & consilio, distinguendum est. Aut enim aliquid est relictum actori, & tantùm consequitur supplementum legitimæ, *l. Si liqueat* 8. *C d tit.* aut nihil relictum est, & tota revocabitur, *l. Titiæ* 87. §. *Imperator sup. De leg.* 2. *l.* 2. *§. si libertus sup. De jure patron.* idque in odium fraudis, quam leges aversantur.

Non obstat his *l. Si totas Cod. d. tit.* quia ibi non fuit donatio inofficiosa consilio, uti patet ex eo, quod agatur de donatiooe facta liberis emancipatis revocanda ob natos alios liberos.

77 Non obstat etiam *d. l.* 8. *Cod. d tit.* in qua licet consilio, noo tamen re fuit donatio in officiosa neque enim ibi verbum, *exhausisset*, significat omnia fuisse donata, sed salvam mansisse legitimam, ut patet ex *l,* 7. *Cod. d. tit.* Ut hæc in parte alia sit conditio hujus querelæ, atque est inofficiosi testamenti, quæ totam institutionem evertit; hæc verò pro parte tantùm revocat donatiooem. Faciliùs enim revocantur facta in ultima voluntate, quàm ea, quæ facta inter vivos; ob nexum majorem.

78 * Denique non obstat *l. fin. Cod. d. tit.* in qua hæc querela dicitur similis querelæ inofficiosi testamenti; nam hoc accipiendum quoad tempora, quia utraque expirat quinquennio, & mores, id est, conditionem revocandi, non tamen totam, uti patet ex textibus positis in titulo allegato. Est & in eo dissimilitudo, quòd querela inofficiosi testamenti detur contra hæredem ex testamento valido, donationis verò hujus plerumque ab intestato, *l. Precibus 3. Cod. h. t.*

79 Quod si donationis plures factæ sint, etsi quidam teneant, omnes esse revocandas pro rata, quòd omnibus videatur eadem subesse ratio, verius tamen non nisi ultimam revocandam esse, quòd illa sola legitimam lædat, non etiam priores, quæ proinde perfectæ non sunt obnoxiæ revocationi. Quòd si plures fiant simul, ut simul lædunt legitimam, ita & simul revocandæ pro rata; omnibus enim subest eadem ratio. * Si verò tempore

80 mortis sint auctæ facultates donantis, ut liberis sit salva legitima, rectè dicetur cessare revocatio donationis, etiamsi læserit multùm legitimam. Ratio est, quòd in arguendis donationibus tamquam inofficiosis inspiciatur tempus mortis donatoris, quo demùm debetur legitima, ut, cùm illa sit salva tum temporis, nulla subsit caussa quærelæ; & ita rectè tradit Glossa in *l. 1. V. ex duabus unciis Cod. d. tit.* Quod si post factam donationem, magnam quidem, sed quæ non lædat legitimam, fortè quæ residua erant casu amittantur, non esse locum huic revocationi tradit jam dicta Glossa, ex ratione, quòd prior ista donatio sit facta legitimè, ut non debeat revocari ob caussam subsequentem, *arg. l. Sancimus 25. C. De administ. tutor.*

81 Revocatio hæc nec vivo donanti conceditur, ne facto suo contraveniat, nec etiam eo vivo iis, quorum interest, *l. 1. & fin. Cod. d. tit.*, ubi æquiparatur querelæ inofficiosi testamenti, quæ non nisi post mortem competit. Facit ratio, quòd non aliàs concedatur, quàm caussâ legitimâ, quæ non debetur nisi post mortem, ut antè non possit dici facta læsio ejus nomine. Nihil obstat textus in *l. Si umquam Cod. De revoc. donat.* quia quòd ibi revocetur vivo patre, est, quia fundatur in voluntate donatoris, quæ cessat per liberos natos, ut infrà dicemus; hæc verò in dispositione & necessitate legis cui contravenitur, si legitima inveniatur diminuta tempore mortis.

82 Juramentum donantis, quo donationem confirmavit, nihil obstat, quò minùs sit locus huic querelæ, quæ non tam inducta in favorem donantis, quàm liberorum, in quorum detrimentum non potest sustineri juramentum, quia foret vinculum iniquitatis.

83 Quæri posset hîc, An ipso jure revocentur res donatæ, quæsitâ actione reali liberis? Verius est, tantùm esse illis actionem personalem per querelam intentandam, quod patet ex *d. l. Si totas*, in qua dicitur, *ad patrimonium revertatur*, quod verbum non tam est sententiæ latæ, quam ferendæ, spectans ad actionem personalem.

84 In totum revocari donationes contingit duabus ex caussis. Prior est ingratitudo, quam non tantùm boni mores, verùm & leges passim aversantur: adeò ut nequidem libertati pareant, quam ingratis libertis adimi, eosque iterum servituti subjici permittunt, *l. 1. C. De libert. & eor. liber.* Ut multò magis & donationis revocandæ licentiam tribuant, idq; ne cuiquam sit licentia & alienas res accipere, & frugalitatem donatoris irridere, cui durum ab ingrato malis affici, *l. fin. C. De revoc. donationib.*

85 Ubi ad rescissionem donationis non sufficiet quælibet caussa, sed gravis requiritur, cujus ordinis quinque expressit Imperat. in *d. l. fin.*. Prima est atrox injuria, verbo aut facto illata, qualis judicanda est pro qualitate personæ, cui infertur, & per quam infertur, item loci, ubi infertur, uti traditur *Instit. De Injuriis.* Ubi satis erit, semel à donatario atrocem injuriam esse effusam; neque enim lex requirit, ut iteretur, cùm uno facto satis sit læsa donationis liberalitas.

86 II. Impiarum manuum illatio, sive ea contingat per manus tantùm, sive per lapides, aliaque. Requiruntur autem manus impiæ, quia injuriosa sit illatio necesse est: quomodo si citra injuriam fiat, & absque letali culpa, veluti in defensionem Reip. aut etiam propriam proximivé, aut aliam justam ob caussam, non habebit locum revocatio; quia ubi non est culpa non debet poni pœna. Ignorantia etiam probabilis personæ, cui inferuntur manus, excusat ab hac pœna, quòd absit animus ignoranti esse donatorem, *l. Si ignorans 50. sup Locati*, sine quo non contingit injuria, *l. 1. §. 1. inf. De injur.*

87 III. Magna substantiæ jactura insidiosè procurata; veluti si de crimine accuset, unde donatori gravis bonorum jactura immineat. Ubi non est necesse; ut damnum consistat in tota substantia, aut etiam majori bonorum parte; nam & in minori potest dari gravis læsio: unde res ea erit determinanda arbitrio prudentis. Abbas in *c. fin.*

num. 2. ꝟ *De donat.* Qua in re non videtur satis esse, si tentaverit donatarius inferre detrimentum bonis donatoris sine effectu, cùm *d. l. fin.* requirat damnum inferatur. Excusabit & hac in parte donatarium justa caussa, ut quia ratione officii eidem incubuerit deferre donatorem de crimine, *arg. l. 6. sup. De postulan & l. 5. §. advocatum sup. De his qua ut indig. aufer.*

88 IV. Vitæ periculum, per se vel per alium procuratum, absque rationabili caussa: quæ justa donatarium excusaret, videlicet si de crimine hæreseos aut perduellionis accusaret. Nam in his casibus tenetur cuilibet accusare, nisi velit, ipse tamquam consci ius lucre: ut ad injuriam ea accusatio trahi nequeat, *arg. Nov. 115. §. aliud quoque vers si eos.* In aliis criminibus non coactè accusans donatorem, aut testimonium ferens, unde donatori vitæ periculum, tamquam ingratus erit huic pœnæ obnoxius; uti &, si advocatum egerit aut procuratorem contra suum donatorem. Nec excusabit hac in caussa, quòd sine effectu tale periculum tentarit, cùm *d. l. fin.* dicat *vitæ periculum intulerit*: ut non sit necesse habuisse suum effectum, cùm sit sufficiens caussa tentasse.

89 V. Conventionis subjectæ violatio; nam non implens gravamen, aut modum, sub quo donationem factam acceptavit, meritò ut indignus eâ privari potest. Dico, potest; quia non incurritur hæc pœna ipso jure, ut infrà dicetur. Quantum ad donationem factam filio primi matrimonii à matre, quæ postea ad secundas nuptias convolavit, non nisi ex tribus caussis ea, revocari potest, secunda scilicet, tertia & quarta. *Auth. quod mater Cod. De revoc. donation. quæ desumpta est ex Nov 22. c. 35.*

90 Quæritur hîc, An extra dictas caussas alia adferri possit? Vult hoc communis Doctorum sententia, dummodò sit gravior, aut æquè gravis. *Glossa in d. l fin. V. voluerit*, Panormit. in *c. fin n. 7.* ꝟ *De donat.* Gomez. 2. *Var. cap. 4. n. 14.* Clarus *§. Donatio quæst. 21.* Ducuntur argumento à paritate aut majoritate rationis. Verùm argumentum istud non procedit in pœnalibus, cùm pœna non inferatur sine lege: ut probabilior sit sententia, non posse ex alia caussa infringi donationem, præcipuè cùm ista lex finalis tantùm ex caussis ibi relatis permittat eam infringi, ut patet ex subjuncta clausula exclusiva, *Ex his tantummodo caussis.*

91 Unde patet, quid respondendum ad quæstionem, An, donatario denegante alimenta donatori egeno, hæc pœna imponi possit? Quod quidem affirmat Glossa in *d. l. fin. V. voluerit*, cujus sententiam Panormit. *d. loco num. 3.* secutus vult eam procedere in casu, quo donata sunt omnia bona, vel magna eorum quantitas: rectiùs tamen indistinctè negatur ista caussa comprehendi sub illis quinque, ut ea res non faciat obnoxiam donationem revocationi, cùm pœna non debeat extendi sine lege. Facit, quòd donatori quidem subveniatur ante traditionem, ne excutiatur ultrà, quàm facere potest, *l. Cum ex caussa 30. inf. De re judic.* post eam autem factam nullibi inveniatur concessa revocatio, ad inopiam deducto donatore, aut etiam impositum onus alendi donatorem. Facit pro ea parte textus 2. *Feudor. tit 26. §. licet*, ubi ex eo, quòd capto patrono non subvenerit vasallus, non privatur beneficio; ex ratione, quòd omissio ista tantùm ponat neglectum, ut non contineatur sub caussis *d. l. fin.* enumeratis, quæ factum exigunt injuriosum donatori. Inter factum autem & omissionem interesse patet ex iis, quæ traduntur ad L. Aquiliam. Nec facit, quòd ultima caussa consistat in omissione; nam hoc tantùm ratione conventionis, & modi, qui donationi appositus, Donel. 14. *Comm. cap. 27. vers. Sed an non.* Postulat tamen æquitas, ut officio judicis cogatur ad præstanda alimenta donatori lapso bonis donatarius, cui magna pars bonorum donata fuit.

92 Itaque ex quinque illis caussis duntaxat fit revocatio. Ut inimicitiæ etiam capitales inter donatorem & donatarium subortæ, modò non ponant hunc ingratum ex dictis caussis, non faciant revocationi locum; quatenus non est ejus ordinis donatio, ut ad instar legatorũ sit revocabilis, talis enim secundùm naturam legatorum est revocanda.

93 Clausula de non revocando ob ingratitudinem neutiquam removet revocationem, eo quòd donatarium inducat ad delinquendum; cujusmodi pacta sunt contra bonos mores, atque ita iniquum fuerit ea servare, *l. Si unus 27. §. illud & §. pacta sup. De pact.* Gomez. 2. *Var. cap. 4. num. 14. ubi alios citat.*

94 Quod & procedet, si donatio sit juramento confirmata; sequitur enim naturam actus, & eandem conditionem admittit, quæ actui inest. Nisi sit appositum ipsi revocationi; tunc enim quia servari potest citra detrimentum jurantis, servandum est. Pro qua parte facit textus in *c. Quemadmodum 25. §. fin.* ꝟ *De jurejur.* ubi qui juravit non accusare uxorem de adulterio, servare tenetur, quantum ad privatam utilitatem, licet non quoad publicam, cui non potest præjudicium fieri juramento privati. Facit huc argumentum ab usuris sumptum,

quæ juratæ sunt solvendæ, *c. 6.* ※ *De jurejur.* quòd non peccet solvens, licet peccet accipiens. Facilis tamen in odium ingrati relaxatio juramenti hoc in casu. Videatur Boërius *Consil. 41. n. 11. & seqq.* & Gutierrez *De juramento confirm. p. 1. c. 10. num 5. & 6.*

95 Dubitatur, An donatio remuneratoria sit obnoxia revocationi? Negat communis sententia, eo quòd non tam habeat rationem donationis, quàm solutionis sive compensationis meritorum. Textus in *l. Si pater 34 pen. in fine h.t. & in l. Aquilius 27. eod.* in verbis, *non meram donationem, verùm officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum.* Et ita indistinctè extra revocationem esse istud donationis genus adserit Gomez. *ad L. 29. Tauri num. 23. versic. Secundò*, quod & habet Panormit. in *Rub. tit.* ※ *hoc tit. num. 3. & c. fin. num. 11.* Vult tamen Pinellus non aliàs hoc procedere, quàm in iis remunerationibus, quæ factæ in vim compensationis mercedis, ad quod competebat aliquod jus agendi, ut in *d. l. 27. & d. l. pen.* ut si liberalitatem excludat, non etiam, si non excludat: veluti si alicui donatum sit ob quædam merita, quæ non teneebatur compensare; manet enim talis donatio in terminis meræ liberalitatis, ut non subsit ratio, quare ingratitudo donatarii debeat esse impunita. Talis est donatio facta ministris ob bonum servitium, ultra sua stipendia, quæ non potest dici non merè liberalis, quia non tenebatur donans remunerare eos, qui stipendium meruerant. Vid Pinel *Cod De bonis matern. l. 1. p. 3. num. 60. & seqq.* contra quem disputat Garsias *in Tract. De donat. remunerat. n. 7. & seq.*

96 Dubitatum quoque fuit, An dos revocari possit, quæ alicui adsignata, ob ejus ingratitudinem? Dicendum cùm eam ob caussam dos detur, ob quam pater cogi potest dotare, *l. Qui liberos 19. sup. De ritu nupt.* non posse dici in filiam exercuisse liberalitatem, sed potiùs debitum persolvisse: ut revocationi locus esse nequeat, sed filiæ ingratitudo aliâ viâ sit punienda. Et hoc ita in patre. In extraneo donante aliud obtinere quidam existimant, scilicet revocare eum posse dotem datam, ob ingratitudinem ejus, cui dedit, quòd cùm nullo jure cogente dederit, liberaliter dedisse dicendus sit: idque non constante matrimonio, ne fiat injuria marito, sed eo demùm soluto. Dici tamen posse videtur, ne quidem soluto matrimonio eam revocari posse, sive extent liberi, sive non; nõ licet donans non tenebatur dotare, ex eo tamẽ, quòd dotavit ex caussa onerosa, quæ est doti conjuncta, non videtur nudè liberalis fuisse, ut revocationi non sit locus.

97 Ingratitudo Prælati in donatorem neutiquam facit donationem Ecclesiæ factam revocari, quia Ecclesia non deliquit, quam prægravati facto Prælati iniquum est, *c. Non debet De R. I. in 6.* ubi etiam regula ponitur, delictum personæ non debere in detrimentum Ecclesiæ redundare, *c. Delictum 66. eod. tit.* Nec facit, quòd sit Ecclesiæ administrator & procurator; non enim dominus, nec in mandato ejus continetur facultas delinquendi, aut nocendi alicui. Potest tamen aliâ viâ puniri Prælatus, si rei Ecclesiæ donatæ fructus illi cedant, quorum commodo pro vita sua privari potest, *2. Feudor. tit. 40. in fine*, ubi ingratitudo Prælati in dominum, à quo obtinet feudum, faciat ab eo feudum auferri pro vita ejus; quod post ejus mortem aut munere eo defunctum redit ad successorem, ne factum unius alteri obsit.

98 Beneficium ob ingratitudinem Clerici in personam collatoris revocationi non esse obnoxium, rectè tradunt DD. ex ratione, quòd collatio ista non tam sit donatio, respectu Prælati, quàm executio & distributio muneris, ad quam necessitate officii tenetur collator, qui cùm de suo nihil donet, non potest dici exercuisse liberalitatem; tametsi in eo, quòd huic potiùs, quàm alteri collatio sit facta, nonnihil appareat beneficentiæ. Verùm ea res non facit, quò minùs res Ecclesiæ sit collata; quam si tangat ingratitudo Clerici, cui beneficium collatum, poterit is privari beneficio, *c. fin.* ※ *De postul.* Panorm. in *c. fin. in fine* ※ *De donat.*

99 Dubitari & hîc posset, An ingratitudo faciat ipso jure resolvi donationem? Revocatio ista non est statuta nisi in pœnam, quam ipso jure infligi isto casu nullibi expressum, ut in mitiorem partem res ista veniat interpretanda; scilicet non aliàs donatarium teneri restituere rem donatam, quàm post latam contra eum sententiam ingrati; quod ipsum dilucidè satis colligitur ex *d. l. fin. §. ex his enim*, quæ vult post cognitionem judicialem everti donationem, ut præsupponatur sententia. Facit, quod, ut mox inferiùs dicetur, non liceat hæredi hanc movere actionem, si donator illam movere non voluerit; certum tamen sit, si ipso jure fieret vindicatio, licere etiam hæredibus revocare. Covarr. *De matrim. p. 2. cap. 6. §. 8 num. 17. versic. Ultimo.* Nec obstat *l. ult. Cod. De revoc. donat.* in qua videtur matri concessus vindicationis effectus; nam isto verbo Imp. indicat matri competere vindictam seu ultionem, sive actionem, quâ injuriam vindicet non etiam actionem realem, cùm aptè immediatè eidem actionem det personalem.

Conso-

100 Consequenter quæritur, An revocentur omnia donata? Hujus quæstionis resolutio patet ex *l. 7. Cod. d. tit.* quæ non vult alia revocari, quàm quæ eo tempore, quo ingrati agitur, sunt penes donatarium, non etiam, quæ ante propositam quæstionem desiit possidere, sive vendendo, sive donando, sive permutando, sive in dotem donando, aut aliàs legitimè alienando; ex ratione, ne ei, ad quem res legitimo titu'o pervenit, noceat factum alienum. Nisi in fraudem donatioris alienatio contigerit, cuius & conscius fuerit is, in quem alienatio facta, secundùm ea, quæ tradentur infrà *ad tit. Quæ in fraudem creditor. &c.*

101 Quod si res pignori aut hypothecæ supposita fuerit, revocatio non impeditur, cùm quoad jus, quod remansit penes debitorem, non possit dici res alienata, & quidquid penes donatarium reperitur, ex ingratitudine revocetur. Reperitur autem dominium, *l. Alienatum 67. inf. De V. S.* quòd ideo rectè revocabitur, salvo jure pignoris ipsi creditori; quod lucre erit donatoris, ne tertio in jure sibi quæsito fiat injuria ex revocatione, cùm res transire soleat eum sua caussa, *l. Si convenerit. 18 § si fundum sup. De pignor. act. l. Via 23. §. si fundus De servit. rustic. præd.* ut jus tertii sit illæ-

102 sum Adde Fabr. *Decade 22. Errore 4.** Ex quibus sequi videtur, revocatorem ex dicta ingratitudine, teneri stare colono donatarii ingrati, ne vindicatio alteri damnum ingerat; & hoc, quia actio ista adeò est personalis, ut nocere tertio non debeat, cùm aliàs singularis possessor non teneatur stare colono, *l. 2. sup. Locati*, *l. Nihil 120. §. fin. De legat.* 1.

103 Solet & quæri, An fructus percepti revocentur? Cùm, uti dictum, revocatio hæc non fiat ipso jure, sed per sententiam, rectè sequitur, non alios fructus restituendos venire, quàm qui extabant tempore donationis, cùm unà censeantur donati: modò tamen extent non alienati, aut ex alienatis factus sit locupletior donatarius, quia tales videntur extare, ut traditur suprà, *tit. De rei vindic.* Sunt & restituendi post litem contestatam percepti, *l. 4. §. 1. sup. Fin. regund.* Med o tempore perceptos non esse obnoxios revocationi verius est, tum quòd non censeantur donati, nec eos perceperit donatarius ut donatos, sed ut proprios, ex re sua collectos, *l. In ædibus 9. §. 1. h. tit.* tum quod res revertatur non ut ex tunc, id est tempore donationis, eâ redactâ ad non caussam, verùm ut ex nunc, ut non trahatur retrò hæc revocatio. Facit, quòd fructus sint percepti arbitrio & voluntate donatoris, usque ad litem intentatam, ut antea pleno jure dicendi sint cessisse ipsi donatario.

104 Postremò illud in quæstionem venit, An hæredi sit licentia revocandi donationem? Posset hoc videri; ex ratione, quòd id, quod licuit defuncto, debeat & licere hæredi, qui personam ejus repræsentat. Verùm contrà se res habet, hæredem scilicet non posse revocare, non tantùm in casu, quo scivit donator ingratitudinem à donatario commissam, quia videtur eam remittere, qui sciens dissimulat, sed ne quidem in casu, quo ignoravit. Pro qua parte facit *l. 1. 7. & ult. C. hoc tit.* quæ licentiam revocandi denegant hæredi. Facit etiam, quòd hæc revocatio sit actus vindictæ, qui hæredi non est permissus, *Inst. De perpet. & temporal. act. §. non solum*; etiam stante defuncti ignorantiâ, quæ non mutat naturam actionis. Quo modo & adulterii caussam frustrà per hæredem moveri decisum esse tradit Papon. 22 *Arrest tit. 9. Arresto 16.* nisi al ter pateat de voluntate testantis, *l. Cùm hic status 32. §. sed ubi semel sup. De donat. inter vir. & ux.* veluti per litis contestationem, vel aliud mentis indiciū, ut quia præparavit se ad revocationem donator, *l. Postumus 6. §. fin. sup. De inoffic. testam.* Ut autem non competit hæredi, ita nec in hæredem, cùm vindictam persequatur, quæ continet pœnam, *l. Rei judicata 15. § 1. Soluto matrim.* ac proinde suum tenet auctorem. Et hoc ita in quatuor primis caussis, quæ præcipuè continent ingratitudinem, & pœnam concernunt; nam quoad quintam, conventionis scilicet modum omissum, videtur hęredi permissum cogere donatarium, ejusque hæredem, ut modum sive pactum adjectum impl'eat, quia ea res nihil spectat ad pœnam, sed tantùm eò tendit, ut servetur modus adjectus, quem servari interest donatoris; uti & hæredis illius, quasi ex contractu agentis, qui cum defuncto est initus, *l. Ex contractibus 49. inf. De obligat. & actionib.*

105 Ad hanc revocationem aliqui volunt judicis officio agendum esse. Rectiùs dicitur competere condictio ex *d. l. fin.* excepto casu, quo conventa non sunt impleta, quia tunc agetur ex *l. 2 Cod. De condict. ob caussam.*

106 Alteram caussam revocandæ donationi dant liberi postea donatori supervenientes, de qua in *l. Si unquam 8. C. De revoc. donat.* Quæ ut procedat, requiritur Primò, ut donans tempore donationis nec liberos habuerit, nec de iis cogitaverit, *d. l. 8.* nam ista revocatio fundatur in ratione, quod nemo præsuma'ur suam posteritatem alienæ postponere voluisse, *l. Cùm avus 102. supra D. condit. & demonst.** Quæ non procedit in casu, quo vel li-

107 beros habeat, vel de iis cogitabat. Illo quippe casu nulla

nulla præsumptio capi potest, quòd filios externo donatario prælatos voluerit. Facit & alia ratio, quòd in concessionibus & dispositionibus non censeatur id comprehensum, quod disponens interrogatus in particulari excepisset. Quæ ratio in ea fundata, quòd nemo censeatur generali suâ locutione alicui velle præjudicare, *l. 2. inf. Ne quid in loco publ.* Liberi itaque donatori existentes, aut de quibus mentio facta, non revocant hanc donationem, nisi quoad legitimam, si fortè illa sit læsa, juxta paulò ante dicta.

108 Ex quo patet, impediri hanc revocationem per renuntiationem donantis, & quidem specialem, etiamsi contra velit Ant. Faber 7. *Conject. cap.* 14. Gail. 1. *Obser. cap.* 40. *num.* 13. & Mynsing *cent.* 5. *Obser.* 63. Nam ut potest irrevocabiliter donare filios habens aut de iis cogitans, quidni & renuntiare in casum, quo supervenerint? Quo facit, quòd vi tacitæ conditionis, quam inducit conjectura pietatis, fiat ista revocatio: cessat autem ejusmodi conjectura, ubi de contraria voluntate patet. Deinde concessa est eadem revocatio magis intuitu patris, quàm liberorum: unde etiam renuntiat, juxta regulam, quæ juri suo pro se introducto cuilibet renuntiare permittit, *l. penult. Cod. De pact.* Donel. *ad d. l.* 8. Fachin. 3. *Controv. cap.* 84.

109 * Dixi, & quidem specialem; nam generalis idem non operabitur, cùm sit stricti juris, atque ita non subintelligenda, nisi de ea expressim disponatur, ne aliàs contra juris regulam quis donare & suum

110 jactare præsumatur. * Quod & dicendum, si ista generali renuntiationi subjiciatur juramentum, quod cùm sequatur naturam actus, non excludit ab eo tacitas conditiones, quas secluso juramento, ex se aut juris dispositione habet, *l. fin. C. De non num. pecunia.* Ut proinde non obstet, quò minus nativitas liberorum faciat donationem totam revocari, ut rectè tradit Gomez. 2. *Var. Resolut. cap.* 4. *num.* 11. *in fine.* Et hoc, si per juramentum tantùm ipsa sit confirmanda donatio non etiamsi donans juraverit non revocare, etiam in casum natorum liberorum, quia tale juramentum, cùm servari possit, necessariò servandum est.

111 Secundò desideratur, liberi justi supernascantur: neque enim naturales caussant hanc revocationem, cùm in eos non sit talis affectus qui tantùm censetur esse erga eos, quos lex probat, cum unusquisque ea velle & cogitare præsumatur, quæ secundùm leges sunt. Et licet ex naturali quodam affectu possit esse eadem charitas & dilectio erga naturales, atque est erga legitimos, tamen quia lex eorum ita rationem non habet, pater quoque existimatur de iis non ita fuisse sollicitus. Quod ipsum posset limitari quoad partem, ad quam ab intestato vocantur, de qua actum supra in materia intestati, ut quoad illam tanquam liberi habeantur & faciant pro illa donationem revocari.

112 Legitimati si sint liberi, dubitant aliqui, an faciant revocari donationem? Distinguit Jul. Clarus, an filius naturalis natus sit ante donationem, an post eam; hoc casu vult prodesse legitimationem Principis supervenientem, non etiam illo. Verùm istius opinionis non est magnum fundamentum, neque est textus ullus, qui illam suadeat, cùm *d. l.* 8. loquitur de liberis, quales habentur justè ac legitimè nati, non etiam naturales, quamvis legitimati. Nam etsi legitimatio faciat eos habere legitima jura, non tamen ut donationem legitimè factam revocent, saltem quatenus non lædit partem, quam lex iis assignat. Pro qua parte omninò facit, quòd aliàs foret in potestate donantis illudere ipsi donatario. Facit & quod legitimatio non possit fieri in præjudicium eorum, quibus est jus quæsitum, *c. Quamvis De rescript. in* 6. Nec rectè quis intulerit, ex eo, quòd volens filium legitimare pater, vocare non teneatur agnatos, possit etiam legitimare, non vocato donatario, & ex consequenti ei præjudicare: nam ut legitimare possit, non tamen in præjudicium donatarii, quia non oportet donationes rescindi auctoritate rescripti, cùm rescripta eripientia alicui jus suum non teneant, *l. Quoties* 2. *C. De precib. Imp. offer.* Quod hic contingeret, nisi caussa major & publica aliud exigat. Tiraq. *ad d. l.* 8. *in V. Susceperit liberos num.* 64 *& seq.* Caldas *ad l.* 3. *V. sine curatore num.* 58. *Cod. De in integ. restit. minor.* Mozzius *De donationib. §. ult. n.* 87. *& seq.* Boer. *qu.* 159.

113 Excipitur legitimatio per matrimonium subsequens, quæ plus virium habet, quàm ulla alia, & facit per omnia legitimatos habere jura legitimè natorum ab initio, atque ita quasi agnasci, quantum attinet ad hanc donationem. Quod & verum est, si matrimonium ineatur in articulo mortis: neque enim ideo minus legitimantur naturales, cùm verum sit matrimonium. Dubitat tamen Tiraq. *d. loco n.* 74. imò vix credit tale matrimonium obesse donatario. Sed verior est contraria opinio, eo quòd matrimonium tale faciat deficere in donatore præcipuam donandi caussam, scilicet liberorum defectum. Nec objici potest, hujusmodi matrimonium videri contrahi in fraudem donatarii, quia nemo censetur fraudare, qui jure suo utitur. *Caldas d. loco, Mozz. ibid. n.* 85.

Quan-

114 Quantum ad naturales respectu matris donatricis postea natos, videntur de jure scripto posse donationem ab ea factam revocare. & quidem totam, ex ratione, quòd tales filii matri succedant, & contra testamentum ejus querelam moveant in casu *l. penult. C. ad S.C. Orphitian.* quodque pro matre habeatur etiam ea, quæ vulgò concepit.

115 Adoptivi olim quidem habuere jura liberorum, & etiamnum hodie habent adrogati, & quodam in casu adoptivi, *Instit. De adopt.* nequiquam tamen per eos infringitur aut revocatur donatio ab adoptante facta; ex ratione, quòd aliàs esset illi parata via quandocunque vellet donationem infirmare; quod admitti non debere habet *l. Nec ei 17. §. 1. sup. De adoptionib.* & facit in eam rem textus in *l. Fideicommissum 76 sup. De condit. & demonst.* qui dicit, fideicommissum à filiis ita relictum, *si quis ex his sine liberis diem suum obierit*, adoptionis commento non excludi. Addiem facit *l. Si ita quidem §. is cui in tempus sup. De leg. 2.* quæ negat eum, cui in tempus liberorum est relictum posse illud adoptando consequi. Et ita tradit Tiraq. *d. loco num. 2. & seq.* ubi etiam tradit, statutum loquens de filiis non intelligi de adoptivis, quòd tales propriè filii non sint.

116 De eo dubitari posset, An revocent donationem adoptati antè, & habiti mortui? Quod videri posset, ex eo, quòd cesset mens adoptantis, qui donasse videtur, eo quòd liberis careret, ignarus vivere eos, quos adoptasset; quos si scivisset vivere, non est verisimile, quòd fuisset facturus talem donationem. Facit in simili, quòd miles, si ignoranter præterieris filium, aliis scriptis hæredibus, non censeatur exclusisse filium, minimè valente testamento, *l. Sicut 9. Cod. De testam. milit.* Sic & ignarus uxorem gravidam, ventrem præteriens, aut quem ex falso rumore mortuum credit, non censetur exhæredasse, *l. Si cum 10. Cod. d. tit.* Quod & in pagano juris est, ut, si credi derit filium defunctum ex falso rumore vel errore, eo probato testamentum judicetur nullum, secundùm *l. Titius 25. in princ. sup. De liber. & posth.* Ut quòd ibi error facit, ne noceat præteritio, idem & hoc casu faciat, ne noceat donatio.

117 Alia dubitatio est, si donator ingrediatur monasterium. Et verius, *d. l. 8.* non habere locum nisi in veris filiis, quorum loco non habetur monasterium, nisi in casibus expressis, ut rectè tradit Jason in *Auth. Si qua mulier. num. 20. Cod. De sacros. Eccles.* Nec pro monasterio rectè allegatur. *Auth. Nisi rogati Cod. Ad S. C. Trebell.* quia non extenditur ultra casum suum. Unde & donatio hæc ob liberos natos revocatur ab Ecclesia; ut infrà dicemus, quod non esset, si haberetur loco liberorum, quia revocatio tantùm fieret quoad legitimam. Facit, quòd donatio ista spectet ad contractus, in quibus stricta & propria fit interpretatio, non etiam admittitur ficta, in destructionem contractus. Maximè facit, quod sic daretur via donatori illudendi pro lubitu ipsi donatario.

118 Ex dictis patet, quid dicendum de liberis spiritualibus, qui licet debeant reverentiam & obsequia patri spirituali, non tamen veri, sed ficti sunt filii; ut ad revocandam donationem non prosint donatori, ad cujus revocationem veri desiderantur filii. Quo facit, quòd, ut tradit Bald. *in d. Auth. Nisi rogati col. fin.* non excludat substitutum filius spiritualis. Ut nihil faciat, quòd talis conjunctio maximè promoveat affectum, ut habet Imp. in *l. Si quis alumnam 26. Cod. De nupt.* eaque æquetur conjunctioni carnali, imò præferatur, *can. 1. & seq. xxx. qu. 3.* cùm nihilominus fictus maneat filius, non verus, qualis requiritur in *d. l. 8.* Facit & antè dicta ratio, quòd sic obvia foret via fraudandi.

119 Loquitur autem *d. l. 8.* de susceptis postea liberis, in plurali; ut dubitari posset, an & obtineat ejus decisio, uno tantùm nato? Dubitandi caussa sumitur ex *l. Ubi num. sup. De testib. & cap. Pluralis De R. I. in 6.* quæ loca habent, pluralem locutionem duorum numero esse contentam. Verùm hoc procedit, quando pluralitas pro forma requiritur, ut in dictis locis; tunc enim resolvi nequit in singularem, qui aliàs in singulari etiam completur: uti hoc in casu, quo etiam unus natus facit locum dictæ *l. 8.* cùm appellatione liberorum unus etiam filius comprehendatur, & sine liberis decessisse non dicatur, qui unum reliquit. *l. Non est 14. §. De V. S.* conditionemque, si sine liberis, deficere faciat etiam unus natus, *l. Ex facto 17. §. si quis rogatus sup. Ad S. C. Trebell.* Præcipuè ubi eadem ratio obtinet in uno, quæ in multis: uti hoc in casu, cùm ratio revocandæ donationis, scilicet quia non fuerit donaturus habens liberos, etiam in uno verificetur, quem donatario erat prælaturus ipse donans. Facit eò & effectus, qui non est minor erga unum, quàm plures.

120 Alia hìc quæstio movetur, An donatario supervenientes liberi faciant gravamen illi injunctum cessare, de quo in *l. 1 & 3. Cod. De donat. quæ sub modo*? Si donatarius externus fuerit, nihil rationis est, quod ei, cui ordo donatum fuerit, possit patrocinari, quo minus restituat tertio post mortem suam, ob liberos ei natos, cùm erga illos donatori

natori nullus fuerit affectus, ut patet ex iis, quæ traduntur ad *l. Cùm avus 102. sup. De condit. & demonstrat. & ad l. Cum acutissimi 30 Cod De fideicommiss.* Tantùm est quæstio in donatione facta filio cum tali gravamine. In qua non malè idem sentiunt plerique auctores, quod in tali gravamine, addito instituto filio, de restituendo relicto post mortem, statutum in *d. l. Cum avus & d. l. Cum acutissimi.* Subest enim eadem ratio, quòd scilicet ut instituendo filium eum magis dilexerit, quàm substitutum, cui & liberos ejus præsumitur præposuisse, ita & in donando censendus sit tum demùm velle venire rem donatam ad tertium, si filius, cui ita donavit, moriatur sine liberis. Pro qua parte videtur facere *l. Generaliter §. cum autem Cod. De instit. sup. condit.* Ubi ait Imp. *partem eis reliquerit vel dederit*, quod ultimum verbum spectat ad donationem inter vivos, uti tenet Baldus *ibid.*

121 An autem donans susceperit liberos ex uxore, quam tempore donationis habebat, an ex alia, quam postea duxit, parum interest: uti nec refert, an tempore donationis habuerit uxorem nec ne, cùm lex non distinguat, sed tantùm desideret, liberos non habuerit, nec de iis cogitaverit tempore donationis, postea autem eidem supervenerint.

122 Tertiò desideratur, omnia bona donator transtulerit, vel partem aliquam. De omnibus non est quæstio, quin cesset donandi caussa & voluntas, cùm locum habeat ratio, quòd non censeatur suam posteritatem postponere alienæ. Quod idem dicitur in ista *l. 8.* de parte donata; magna scilicet, quam non esset donaturus, si liberos habuisset, aut de iis cogitasset.

123 Ubi quæritur, quæ pars sit dicenda magna, ut faciat locum revocationi? Dissentiunt hac in re Doctores: nam aliqui intelligunt partem istam de dimidia, alii majorem desiderant, alii tertiam aut quartam sufficere volunt, alii aliter sentiunt, ut videre est apud Tiraq. *ad d. l. 8. V. omnia vel partem.* Tutiùs ea res arbitrio judicis committitur, qui consideret & rei quantitatem, & unà qualitatem personarum donantis & donatarii, eorumque conjunctionem: tendit enim hæc materia ad præsumptam donantis mentem, quæ ex factis colligenda, in quibus attendendum judicis arbitrium. Tiraq. *d. loco num. 28.* qui vult considerandum esse, an plures nascantur, an unus; masculus, an fœmina: quasi uno tantùm nato non debeat arbitrari judex, revocationi locum esse, præcipuè si fœmina nascatur. Quod minùs putem procedere, cùm semper obtineat allegata sæpiùs ratio, fundata in tacita præsumptione, scilicet quòd nemo præsumatur suam posteritatem postponere velle alienæ. Quamvis & in eo posset poni obex revocationi, si intenderit donans familiæ conservationem, quæ in fœmina finitur, aut si uni etiam masculo tantò minùs officiat quantitas donata.

124 Si plures donationes fuerint factæ, quæ singulæ quidem non lædant, simul tamen lædant, possent videri omnes revocandæ, quòd in omnibus obtineat dicta *l 8.* Quò facit argumentum *l. Illud 32. sup. Ad leg. Aquil.* in qua an furtum factum sit à pluribus de familia an ab uno tantùm, dicitur non interesse. Facit ratio, quòd alias foret facilis via illudendi huic legi. Verùm ista ratio minùs urget, ex eo, quòd hæc revocatio tantùm nitatur præsumptâ voluntate donantis, ut, si de contraria pateat, non procedat, quia volenti non fit injuria. Ut dicendum sit, priores donationes, quæ non sunt tantæ, quin eas facturus erat donans, non esse revocandas, utpote perfectè factas, & in quibus cessat ratio *d. l. 8* sed solùm revocandas posteriores, quas non erat facturus, si liberos habuisset. Inspicienda tamen mens verosimilis, quæ donanti fuit tempore singularum donationum.

125 Posset hic quæri, An non saltem incrementum bonorum subsecutum impediat donationis revocationem, quæ alias obtinuisset? Id videtur aliquibus, argumento donationis inofficiosæ, quæ non censetur talis, si mortis tempore sua sit filio salva legitima per aucta bona, *Gl. in l. 1 V. ex duabus unciis C. De inoffi. donat.* Non obstante tamen isto argumento, verius est, revocationi locum esse, quippe quæ non fundetur in quantitate, quæ est tempore mortis, sed an tempore donationis eam facturus fuisset donans, si de liberis cogitasset, ut tum temporis extante revocationis caussâ, ea non impediatur per superveniens augmentum; primis enim rei status inspicitur, qui ex post facto non commutatur, *arg. l. Iulianus 6. inf. Qui & à quib. manumiss. lib. non fiunt.*

126 Quid si è contrà post factam donationem, quæ non erat obnoxia huic legi, diminuantur bona? Licet ea diminutio faciat non donaturum fuisse donatorē, non poterit tamen ex fortuito casu donatio inverti, quam satis est semel legitimè factam esse; nec debet adventitius casus obesse donatario, *d. l. Iulianus.* Quo facit argumentum ductum à L. Falcidia, cui si tempore mortis locus non erat, non fiet etiam diminutis postea bonis, *Inst. De*

Lege

Lege Falcid. §. *ex diverso*. Nec facit, quòd ista caussa faciat locum donationi inofficiosæ, quia in ea tempus inspicitur mortis, hac autem in materia tempus donationis.

127 Quartò. Aliqui desiderant, ut donatio sit facta à patrono libertis, secundùm *d. l.* 8. quæ proponit speciem factæ donationis à patrono, non habente liberos, libertis. Unde controvertitur inter interpretes, An alteri quàm liberto facta sit obnoxia revocationi? Negat Donellus *ad d. l.* 8. *num.* 3. *& num.* 18. *& seq.* Movetur, quòd in *d. l.* 8. tantùm fiat mentio patroni donantis liberto, ut videatur quasi loco conditionis esse, donatio fiat per patronum liberto: certi autem juris est datum sub conditione aliquâ, sub contraria ademptum intelligi. Idem & tenet Azo in *Summa Cod. De revoc. donat.* & Coras. 7. *Miscell. cap.* 30. alii scilicet quàm liberto factam donationem non comprehendi sub dictæ *l.* 8. decisione. Quod & censuit Franc. Connanus, *Comment. lib.* 5. *c.* 10. *num.* 3. ubi licet æquissimam judicet contrariam opinionem, non audet tamen affirmare, eam esse consentaneam sententiæ Constantini, quòd, cùm ejus constitutio sit nova, ab antiquo & communi jure dissentiens, non sit juri consonum ad similes casus producere. Moventur, quòd in liberto hoc sit proprium, ut ratione acceptæ libertatis nequeat conqueri, si donatio à patrono non habente liberos facta revocetur, liberis postea natis; quæ ratio non habet locum in extraneis. Probat eandem opinionem Ant. Faber 7 *Conject. c.* 14. *&* 15. In contrarium tamen est communis sententia, ut videre est apud Tiraq. *ad d. l.* 8. *V. libertis*, ubi post varia allata pro priori opinione, subjungit pro posteriori, scilicet ad quemcunque donatorem pertinere *d. l.* 8. decisionem, varios auctores & rationes, ac præcipuè quòd *d. l.* 8. decisio fundetur potissimum in verisimili conjectura pietatis donantis. Ut isti donationi, quam orbis fecit, subsit conditio tacita si liberi non nascantur: quæ cùm non habeat tantùm locum in patrono donante, verùm & in aliis, idem quoque jus in iis statuatur necesse est. Est enim generale, ut, si nulla possit reddi diversitatis ratio, sed eadem appareat, idem jus ponatur, *arg. l.* 3. §. 2. *sup. De injusto rupto &c.* In quam partem adduci potest textus in *l. Si totas* 5. *Cod. De inoffic. donat. & can. fin.* XVII. *qu. fin.* in quibus rei revocatio, conceditur, nullâ factâ mentione donationis factæ per patronum liberto. Nec facit, quòd *d. l.* 8. contineat casum donationis à patrono factæ libertis; nam ibi species facti quidem proponitur, fortè quia frequens erat hujusmodi donationes fieri libertis, non etiam quòd in eo se fundet decisio, cujus tota ratio ponitur in susceptis postea liberis, atque ita in conjectura pietatis ergà liberos potius, quàm donatarium. Atque ita post alios tenet Cujac. 20. *Obs. 7. cap.* 5. *& in Recitat. ad tit. Cod. De revoc. donat.* Fachin. *lib.* 3. *Contr. cap* 85. Vulteius *ad* §. 2. *n.* 7. *&* 8. *Instit. De donationib.* Molin. *De donat. contract. matrim. num.* 131.

128 Alia quæstio est, An Ecclesiæ facta donatio à non habente liberos, iis supervenientibus revocetur? Negat Covarr. 1. *Var. Resol. cap.* 29. Gomez 2. *Var. cap.* 4. *num.* 11. *in fine*. qui tantùm volunt pro parte revocari, quatenus inofficiosa. Nituntur hâc ratione, quod factâ uni liberorum non revocetur nisi quoad legitimam; Ecclesia autem sit loco liberorum, *Auth. Nisi rogati Cod. Ad S. C. Trebell.* Verùm ratio ista non est sufficiens, siquidem Ecclesia non habeatur liberorum loco, nisi in casibus jure expressis, inter quos non est iste. Et facit pro hac parte *can. fin.* XVII. *q. ult.* ubi D. Augustinus prædicat factum Aurelii Episcopi Carthaginensis, qui oblata Ecclesiæ suæ à non habente liberos eidem restituit, ob natos postea liberos; non ex alia ratione, quàm quòd donationis c[illegible] defecerit, uti subjungit, quòd scilicet [illegible] poli non posset detinere, ob defectum [illegible] untatis donantis, fundatæ in defectu liberorum. Ita tenet Fachin 3. *Controv. cap.* 86. & Mynsing. *cent.* 6. *Observ.* 95.

129 * Verùm patitur difficultatem, quod habetur in *d. can.* jure fori potuisse Episcopum retinere donata. Quæ verba Donellus in *d. l.* 8 *num.* 21. accipit pro sua opinione priori, ex iisque infert, Ecclesiam non teneri restituere ejusmodi donata, quasi jus publicum non admitteret repetitionem; quamvis dubius ipse, an vim legis Canonibus attribuat. At verò ut de Juris Canonici auctoritate non est dubitandum, ita nec diffitendum sententiam istam Augustini non mereri auctoritatem majorem, quàm ejus auctor meretur, cum traditis in Decreto non major adsit auctoritas, quàm est eorum auctoribus, ut tradit Covarr. 1. *Var. Resol. cap.* 1. *num.* 12. *&* 13. Uti nec diffitendum dictum istud D. Augustini esse accipiendum ut idoneum testimoniū. Non tamen ex eo convicerit Donellus, jure publico donata à non habente liberos iis supervenientibus non revocari, excepto casu, quem continet *d. l.* 8. Nam etsi ponamus Augustinum non fuisse ignatum *d. l.* 8. quæ lata est anno Christi 355. aut ejus tempora, non potuit tamen ejus dictū præjudicium adferre juri publico, ante ejus interpretationem talem, qualem vult Donellus, ponere, cum Jurisconsultus nō fuerit, nec ejus interpretatio ap-

probata sit. Deinde quid implicat D. Augustinum respexisse statum juris, qui fuit ante *d. l. 8.* vel usum tùm fortè receptum, aut etiam allegata ab aliquo? *arg. cap. 5. in De testamentis.* Saltem hoc ex isto canone colligitur, non esse æquum, ut Ecclesia ejusmodi retineat; quod est satis pro sententia, quam defendimus. Pro qua facit. quod plerique contendant decisionem *d. l. Cùm avus & d. l. Cùm acutissimi* procedere etiam in casu, quo Ecclesia est substituta. Facit & quod ut ait Præses Everard. *Conf. 167. num.* 10. favorabilior sit caussa liberorum, quàm Ecclesiæ; ita tamen, nisi Ecclesiæ donatum sit caussâ restitutionis, in liberationem animæ.

130 Dictis itaque concurrentibus revocatur donatio, saltem inter vivos: nam ad mortis caussâ donationem non videtur spectare decisio *d l. 8.* quæ loquitur de illa donatione, quæ non potest solâ pœnitentiâ donatoris revocari, cum donatio mortis caussâ infirma sit ante mortem, & solâ pœnitentia revocari possit: ut non revocans videatur illam confirmare tempore mortis, quo liberos habet, quibus nihil proderit *d. l. 8.* nisi eam inofficiosam doceant. Idem dicendum est de relictis legatis.

131 Quantum ad donationem remuneratoriam, nec ea videtur obnoxia *d. l. 8.* propterea quòd, licet non sit nisi simplex donatio inter vivos, nihil tamen per eam absit patri, qui eam fecit caussâ compensationis sive remunerandi merita, quæ videntur excludere liberalitatem, secundùm ea, quæ dicta sunt superiùs in caussa ingratitudinis. Quod si merita talia non sint, ut excludant liberalitatem, videtur locus fore decisioni *d. l 8.*

132 De dote filiæfam. data, nihil quæri debet, ob natos alios liberos, cum loquatur *d l 8.* de non habente liberos: & licet æquum sit omnium partes esse æquales, non tamen in æqualitate se fundat ista lex, sed in voluntate. Deinde in tali casu est promissum per *l. Si totas Cod. De inoffic donat.* ut hujus legis decisio, quæ nova est non sit eò trahenda. Donatum pro dote ab extraneo quidam volunt subesse *d. l. 8.* quòd sententiat meram liberalitatem, nullo jure cogente factam, & caussatam per carentiam liberorum. Rectiùs tamen quis asseruerit cõtrarium, quòd dos ista data sit ad allíciendum maritum, cui ob onus matrimonii fieret injuria, quippe qui non alias contracturus fuisset nuptias cum tali persona, nisi prævià istâ donatione.

133 De pacto lucrandi dotem, quæ marito cedat, dubitatur. Et volunt quidam quæsitum ratione hujus pacti censeri lucrum, per *l. Ab hostibus* 10. *in fine sup. Soluto matrim.* atque ita subesse dictæ *l. 8.* Veriùs tamen, illud pactum per liberos natos non revocari, non obstante isto argumento, cùm, licet sit lucrum, deferatur tamen ex caussâ onerosa seu occasione onerum matrimonii, quæ sustinere debet maritus, ut non sit tam lucrum, quàm onus. Et ut possit videri esse lucrum, ob aliqua juris loca, non propriè tamen, cùm subsit caussa oneris, atque ita cesset decisio dictæ *l. 8.* Gabriel. 3. *Commun. Opin. De donat. concl. 2. n. 41. & 82.*

134 Quod attinet ad renuntiationem paternæ hæreditatis factam à non habente liberos, illa posset videri facta caussâ defectus liberorum, atque ita iis naris revocata, cùm contineat meram donationem sub conditione resolutiva. Nisi fiat in contractu dotali à filia, quæ sic renuntiando præsumitur cogitasse de liberis, qui sunt finis principalis nuptiarum, quem vel maximè intendunt nubentes, ut ideo sit dicenda revocata donatio. Boër. *qu.* 159. *num.* 17 *& seq.*

135 Renuntiationem juris primogenituræ per seniorem filium, in gratiam secundi, rectè quis dixerit subesse decisioni *d. l.* 8. quòd illa contineat concessionem juris quæsiti, atque ita meram donationem factam ob favorem liberorum. Certissimum enim est, primogenitum, si de liberis cogitasset, concessurum non fuisse jus istud, cum non præsumatur præponere voluisse suæ generationi sobolem fratris, ut rectè tradit Molina *lib. 2. De primogen. cap. 3 num. 41.*

136 Ex dictis patet quid sit dicendum de renuntiatione sui juris. Distinguendum enim est, an sit quæsitum, an verò quærendum. Priori casu spectat ad donationem, cùm ponat in damno renuntiantem; unde & creditores eam factam in sui fraudem revocant, ut dicetur infrà *ad tit. Quæ in fraudem creditor. &c.* indeque consequitur eam subesse decisioni *d. l. 8.* si requisita concurrant. Posteriori casu contrà dicendum, quòd juris needum quæsiti, sed quærendi remissio non possit pertinere ad alienationem; veluti quando quis repudiat hæreditatem, legatum, qualis non potest dici alienasse in fraudem creditoris, ut *d. l. 8.* locum non habeat. Hæc ita in debito liquido. Quod si contigerit remissio debiti non liquidi, rectiùs ea res determinanda relinquitur arbitrio judicis, qui inspiciat quantitatem rei controversæ, examinet argumentorum probabilitatem, & secundum eam de eventu litis judicet, simul & impensarum quantitatem, ut iis consideratis statuere possit, an remittens verosimiliter id egisset, si liberos habuisset, aut de iis cogitasset. Nam & actionem de bonis dimi-

diminuens dicitur teneri actione Fabiana; uti & qui litem mori patitur, dicitur alienare, *l. 1. §. si quidem in lite l. 3. §. 1 Quæ in fraud. credit.* Ut etiam tale remissum posset dici donatū, atq; ita subesse *d. l. 8.*

137 Revocatur itaque donatio, quam caussa ii defectus liberorum, iis postea natis; & quidem tota, cum *d. l. 8.* dicat *totum quidquid largitus fuerat.* Est enim dictio *Totum* quid universale, indicans nihil remanere penes donatarium, nisi quid casu perierit, aut bonâ fide consumptum fuerit; hoc enim revocationi obnoxium esse non patitur juris ratio, cùm donatarius hac in re sit debitor speciei, id est rei donatæ; ex regula autem generali credi tori pereat species debita, secundùm ea, quæ tradita sunt suprà *tit. De peric. & commodo rei vend.* & facit in eam partem argumentum, *l. Quid ergò 16. sup. De donat. inter virum & uxor.* Ubi quod ex re donata uxori periit non repetitur, sed id tantùm quod superest. Ut dictiones istæ universales, *Totum, Quidquid,* patiantur limitationem, si nimirum quid superfit.

138 Ubi quæstio incidit, An & fructus interea percepti revocentur? Verius est non revocari; ex ratione, quòd id tantùm revertitur, quod donatum est, & ex dominio donantis exivit. Fructus autem medio temporis percepti nunquam fuerunt in dominio donantis, ut dici nequeant reverti. Quò facit argumentum donationis inter conjuges, quâ fructus industriales percepti medio tempore fiunt irrevocabiliter donatarii, *l. Fructus 4. sup De usur.* quia non minuunt substantiam uxoris, in cujus dominio nunquam fuerunt. Nec obstat, quòd rem avocatam à possessore sequantur fructus; nam hoc accipiendum de collectis, non ex re propria, sed aliena. Ut nec facit, quòd donatio redeat ad non caussam; nam hoc non ex tunc, sed tantùm ex nūc. Quoad fructus post nativitatem liberorum perceptos, illi possent videri in restitutionem venire, secundùm illorum opinionem, qui ipso facto volunt donationem hanc irritari, qua de re mox, ex ratione, quòd videantur nati ex re aliena. Secundùm verò eorum opinionem, qui ipso jure donationem resolvi negant, dicendum, eos fieri irrevocabiliter donatarii, qui ante propositam conditionem ob caussam non potest dici eos percepisse ex re non sua.

139 Hinc lubet quærere, An resolutio istius donationis ex *d. l. 8.* fiat ipso jure? Controversa hæc quæstio est: alii enim tantùm concedunt actionem personalem, condictionem scilicet ob caussam, ideoque negant ipso jure resolvi. Alii verò dant realem, secundùm quos ipso jure resolvi dicenda. Tota difficultas est in verbo *Revertatur,* quod illi futuri temporis esse volunt, quale non ponit sententiam latam, sed ferendam; hi verò præsentis imperativi, ideoque ponere sententiam latam. Facit, quòd verbum istud, *Revertatur,* significet juris ministerium, ideoque, ut dictum, denotet aliquid fieri hoc ipso, citra operam hominis. Estque hæc posterior sententia Glossæ in *d. l. 8* quam Bart. Jason & alii sequuntur, apud Clarum *§. Donatio quæst. 23.* Pro qua primo facit propria significatio verbi, *Reverti,* quod scilicet faciat rem esse ejus, ad quem revertitur, sine facto hominis, *l. In tantùm 6. in princ. sup. De rer. divis. & c. 1. ✕ De usur.* Secundò facit ratio sumpta ex vi conditionis resolutivæ, quæ hoc ipso, quo cessat caussa donandi per natos postea liberos, facit resolvi donationem, & sine caussa rem esse penes donatarium. Cujus respectu Glossa in *d. l. 8.* dat donatori post natos liberos actionem in rem, quâ donatum vindicet, & condictionem, quâ possessionem consequatur; quam & sequitur Doneil. *ad d. l. 8. num. 14.* Faciunt denique verba subjuncta, *in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum,* quæ videntur hoc ipso velle dominiū sine traditione reverti. Quibus contraria sententia placet, fulciuntur hoc argumento, quòd in dubio verbum sit potiùs accipiendum de ferenda sententia, quàm de lata, & non tam de revocatione rei ipso jure, quàm per actum hominis; ex ratione, quòd in pœnis benignior interpretatio sit facienda, nec incurratur privatio juris, nisi jure sit expressa. Verùm ista ratio locum habet in pœnis; hoc autem in casu non est pœna, cum revocatio fiat ex capite caussæ deficientis, & quidem ex caussa favorabili, ne liberi priventur bonis paternis. Ut probabilior videatur eorum opinio, qui ipso jure donationem everti volunt.

140 Quâ opinione positâ, sequitur, fructus ab ipso nativitatis tempore deberi donatori, si quidem ex re ipsa sint percepti; quamvis donatarius inscius nativitatis liberorum bonâ fide ex re donata fructus perceptos suos faciat, & consumat, non etiam post notitiam nativitatis, quæ ponit eum in mala fide. Hæc ita, nisi fructus donaverit, aut renunciaverit eorum revocationi, sive expressè, uti potest donator, quia ejus favor agitur; sive tacitè, veluti repetendo rem sine fructibus: quo casu eos justo titulo, ut donatos, retenturus est donatarius. Ex contraria opinione sequeretur fructus usque ad tempus revocationis paternæ cedere donatario; ex ratione, quòd res eò usque ejus fuerit.

141 Hinc venit resolvenda alia quæstio, An liberis natis, & præmortuis ante donatorem, reconvalescat donatio? Quod primâ facie videtur, eâ ratione, quòd cesset caussa revocationis, ut & ipsa revocatio uti effectus cessare videatur. Quo facit argumentū *l. Postumus* 12 *sup. De injusto rupto &c.* ubi postumi nativitate testamentum ruptum sustinetur tamen, eo decedente ante patrem, à quo erat præteritus. Gomez 2. *Var. c. 4. num* 12. Verùm quia, uti dictum, ipso jure resolvitur donatio per nativitatem, ob cessantem mentem, defectu tacitæ conditionis, quam non est necesse esse permanentem, verius est, non reconvalescere solo casu mortalitatis. Pro quo facit quòd actio semel alicui quæsita non impediatur eo invito, & donatio non præsumatur. Proinde expressa confirmatione opus est, præcipuè si res needum sit tradita, quia nihil est, super quo fundetur donatio, non super pacto donantis, quod revocatum; non etiam super re, quæ mansit penes donantem. Quòd si res tradita fuerit, nullo contrario judicio donatoris apparente, rectè dicetur tacitè confirmata donatio: nam cum donator patitur uti frui donatarium rebus donatis, uti ante nativitatem, videtur confirmare donationem. Neque enim alia potest conjectura capi, secundùm *d. l. Postumus*, in qua patre post postumum mortuum non mutante testamentum, datur secundùm illud bonorum possessio, Donel *ad d. l.* 8 *num.* 9. & 10. Quo jure aliqui distinguunt, an liberi continuò mortui sint, an post tempus, quasi hoc casu tantùm revocetur donatio, nec convalescat, secus verò isto, eo quòd natus non videatur, qui illicò mortuus est. Verùm ea distinctio non procedit, cùm etiam momento tantùm superstites faciant rumpi testamentum, *l. 3. Cod. De posth. præterit.* cùm satis sit, quod liberi nati faciant defecisse caussam donandi, quæ nova ponenda est, vel expressa vel tacita, saltem quæ impediat revocationem.

142 Venit & ex dictis resolvenda postremo loco quæstio, An mors patris, qui post natos liberos permisit donatarium uti frui re donatâ, faciat confirmatam donationem? Id videri posset obesse liberis, quò minùs post mortem patris donationem revocent, quia pater, cum mutare potuerit, non mutaverit voluntatem sed potiùs eam confirmaverit, permittendo penes ipsum manere donata, iisque pacificè frui, ut, cùm in eadem voluntate videatur decessisse, non liceat hæredibus revocare, saltem totam. Et ita tradit Baldus *in l.* 2. *col. ult. Cod. De inoffic donat.* Ducitur argumento *l. fin. Cod. De revoc. donat.* quæ denegat licentiam hæredibus revocandæ donationis: & *l. 3. sup. De probat.* quæ vult probari mutationem voluntatis, ut, eâ non probatâ, sit standum priori voluntati; in quam rem etiam facit *d. l. posthum.* Quæ opinio ut ita procedat, liberis defunctis, secundùm leges allatas; minimè tamen iis supervenientibus: neque enim potest facilè sumi præsumptio in patre contra liberos, quòd scilicet voluerit donationem manere ratam, cùm præsumptio pro liberis militet, quòd scilicet pater iis consultum malit præ donatario. Ut jus istud revocandi donationem transeat ad liberos tanquam ad hæredes, qui utentur jure hæreditatio: suo namque jure tantùm revocarent quoad solam legitimam, si illa læsa foret; nisi tamen aliter pateat ex conjecturis de voluntate patris.

TITULUS VI.

De mortis caussâ donationibus & capionibus.

SUMMARIUM.

1. *Donatio mortis caussâ quid?*
2. *Donatio facta à posito in extremis an dicenda mortis caussâ?*
3. *Donatio hæc quatenus contractibus annumeretur, & legatis comparetur.*
4. *Perficitur morte donantis, ante revocabilis.*
5. *Revocatur præmoriente donatario?*
6. *Item pœnitentia donatoris.*
7. *An & per convalescentiam donatoris?*
8. *Revocatur etiam ob inimicitias graves.*
9. *Et per alienationem rei donatæ.*
10. *Lege adjectâ de non revocando, erit donatio inter vivos.*
11. *Mortis caussâ qui donent.*
12. *Filiusfam. quando donare hoc modo possit.*
13. *Minor an rectè donet mortis caussa.*
14. *Quibus hoc modo donetur.*
15. *Mortis caussa capere quid?*

1 Donatio mortis caussâ est liberalitas, propter cogitationem mortis, nullo jure cogente facta, *Instit. De donat. in princ.* quæ non æstimanda ex metu aut periculo, in quo quis versatur, aut mortis obversantis cogitatione, sed verbis est exprimenda.

Unde

2 Unde quæsitum, An facta à posito in extremis sit dicenda mortis caussâ donatio? Papinianus J C. *in l. Seja 42. in fine hoc tit.* respondit, talem absolutè & sine conditione donantem non tam mortis caussâ, quàm morientem donare, quòd periculum instans non tam præsumatur caussa finalis, quàm impulsiva; ut substantiæ donationis non appositâ mentione mortis non possit censeri mortis caussâ, sed potiùs inter vivos; præsumitur enim quilibet actum firmum perficere, quamvis contrarium velit Chassan. *ad Consuet. Burg. Rub. 7. §. 5 num. 12.* Non obstat *l 3. cum seq. h t.* nam illis non asseritur, satis esse, fiat instante periculo, ut censeatur mortis caussa, sed tantùm communiter tunc fieri, sub mortis tamen mentione. Non obstat etiam *l 4. §. 1. De doli mali except.* nam quòd ibi detur exceptio donanti, non est quòd mortis caussâ censendus sit donasse, quia non indigeret exceptione, cùm, ut infrà dicetur, non sit firma ante mortem, sed quòd simpliciter donaverit, & inter vivos, uxoris quidem suæ consobrino, in gratiam tamen uxoris: cui res donata cederet, qualis donatio incidit in orationem Antonini, de qua *tit. D. & Cod. De donat. inter virum & uxor.* ideoque ex ea agens contra donatorem restitutum sanitati rectè repellitur ut agens ex obligatione inutili. Alexander & Jason in *d. l 42. §. fin. num. 28.* Gomez. *2. Var. cap. 4. num. 15.* Peckius *De testam. conjug. lib. 2. c. 7.* Barbosa *ad l. Qua dotis 33. num. 86. & 92. 94. sup. Soluto matrim.*

3 Species ea donationis quoad modum & formam contractibus annumeratur, si utique inter præsentes fiat. coram duobus testibus, cùm constet consensu duorum; legatis tamen comparatur quoad effectum, præcipuè si quinque testibus adhibitis facta fuerit absenti, *l. fin. Cod. h. t.* Quo casu similis intelligitur ultimæ voluntatis, *d l. fin.* Barbosa *d. loco n. 105. 106.* ejusque effectum sortitur, sive in scriptis sive absque scriptura fiat, & patitur Falcidiâ, non tantùm ex testamento, verùm & ab intestato, ex Constitutione Severi, *l. 2. C. h. t.* Clar. *§. Donat q 5 num. 1.* Ut plenum non consequatur effectum, nisi demùm morte donatoris insecutâ,

4 cum ejus natura sit non nisi morte perfici: * antè enim revocari potest solâ donantis pœnitentia, concessâ ei vel actione in rem, si scilicet ita donaverit, ut tum demùm haberet donatarius, ubi mors esset secuta, *l. Si mortis 29 h t.* quia non potest dici recessisse dominium, à donante ante conditionis eventum. Quòd si ita donatum fuerit, ut continuò rem haberet donatarius, eamque redderet in casum, quo periculum evasit donator, quia dominium ad donatarium transit, videtur non esse in rem actio donatori, saltem directa, sed condictione illi agendum, *l. Senatus 35. § qui mortis hoc tit.* quo tamen in casu concessa & utilis in rem, *d. l. 29. & l Qui mortis 30. hoc tit.* * Liberum autem est ei

5 tantum. qui taliter donavit, pœnitere, & factam donationem revocare, non etiam alteri, adeo ut ne quidem soror revocet donationem talem a fratre factam, secundum *l. 3. Cod. hoc tit.* * Cessat &

6 effectus donationis, præmoriente donatario, *l. fin. hoc tit.* cùm non nisi donatario benè voluerit donans, non etiam ipsius hæredi, ad instar legatarii, *l. Si legatum 10. sup. De adim. legatis.*

7 Quæstio est, An revocetur per pœnitentiam in casu, quo donator sine hærede moritur? Negat Covarr. *parte 3. Rub. De testament. num. 35.* Verior tamen est contraria affirmantium sententia, cum nullibi in jure distinguatur, sine hærede decedat post pœnitentiam, an hærede relicto; & subsit ratio, quia contra voluntatem domini res aliena retineri nequeat. Quod hic fieret, non obstante, quod hæredem non habeat; fiscus enim omnia occupabit bona, etiam ita donata, quæ pœnitentia fecit irrita. Nihil facit *d l. 3.* quia loquitur in casu favorabili, scilicet libertatis, atque ideo non extendenda. Fachin. 5 *contr cap 63.*

8 Alia quæstio est. An facta ab infirmo donatio, eo convalescente censeatur revocata? Hoc aliàs dici non potest, quàm si facta fuerit in casum, quo ab instanti periculo donans non liberatur, ut patet ex donatione facta Telemacho apud Homerum, de qua *Instit. De donat §. 1.* Tunc enim finalis donandi caussa est periculum præsens, quo cessante cessat voluntas, *d l 29. & l. Non omnis 19. sup. De reb. cred* Si verò facta sit simpliciter sub mentione mortis, non poterit dici revocata per convalescentiam: ut etiam postea mors contingens faciat rem donatam cedere donatario, quia convalescentia donatoris non facit cessare caussam donationis, quæ fuit mors, non in præsenti, sed quandocumq; eventura Castren in *d. l. Non omnis*, Gomez. *d. c. 4. n. 19* Covar. *d. loco n. 23.*

9 Revocatur etiam tacitè per inimicitias graves supervenientes, *arg. l. 3. in fine sup. De adim. legat.* quòd nemo censeatur ei, à quo affectus injuriâ gravi, benefacere velle, *l. Si inimicitiæ sup. De his quæ ut indig aufer* Item per alienationem rei donatæ, licet factâ sub pacto redimendi. *l. Cum servus 15. De adim. legat.* neque enim tale pactum translationem dominii impedit, *l. 2. C De pact. interempt. & vend.*

10 * Quod & videtur dicendum, si necdum traditio sit subsecuta venditionem aut donationem: nam licet

licet res necdum sit extra familiam vendentis aut donantis, censetur tamen inducta revocatio, quia hujusmodi actus ponit mutationem mentis in donante. Quo facit argumentum, *l. Legatum 24. in fine de adim. legat.* ubi etiam donatio inutilis facit censeri diminutum legatum: nam cum voluerit alterum habere rem, debet nolle habere eum, cui primò donavit; ut non sit necessaria traditio, cum hæres donatoris possit compelli ad rem tradendam, sive venditam postea, sive donatam alteri, quia actus ille posterior est firmus, atque ita prævalet priori. Covarr. 3. p. *Rub. De testam. n* 3.

11 Quod si donans ex mortis cogitatione donationi legem adjecerit de non revocando, lex ista efficiet donationem inter vivos initam esse, per textum expressum in *l. Ubi ita 27. hoc tit.* Cujus ratio est quod ad constituendum, quem contractum partes inire voluerint, magis sit inspicienda qualitas expressa, quàm nomen ipsum, dummodò verba actui, quem qualitas indicat, respondeant, quæ aliàs esset pro non scripta, *l. Cum precario sup. De precario.* Et ita in *d. l. 27.* dicitur esse magis caussa donandi, quàm donatio mortis caussa, id est mors videtur potius esse caussa impulsiva, quam finalis. Et hoc ita in donatione, quæ fit præsenti; nam hæc cùm magis assimuletur actibus inter vivos, facilè in eos commutatur, & fit irrevocabilis: secus sentiendum videtur de illa, quæ fit absenti coram quinque testibus, præcipuè in testamento, aut codicillis, cum fortiatur naturam legatorum, secundùm *l. fin. Cod. hoc tit.* Ut non possit ex dicta clausula transire in donationem inter vivos; uti nec legata transeunt in actum irrevocabilem ex pacto adjecto, cùm nemo possit sibi legem dicere, quâ à priori voluntate recedere non liceat, neque stipulatio eorum naturam novet, nisi animo donandi in eam sint deducta. Vid. Gomez. 2 *Var. cap.* 8. *num.* 22. Barbosa *d. loco num* 114. 115. Fachin 5. *Contr. c.* 33.

12 Cæterùm mortis caussâ donat, qui inter vivos donat. Adsit tamen & testamenti factio, quam requirit, *l. Marcellus 15. hoc tit & l. Cùm hic status 32.*

13 *§. similes sup. De donat inter vir. & uxor.* * Unde consequitur filiumfam. ne quidem de adventitio peculio mortis causâ donare posse, etiamsi pleno jure sit illius. Loquuntur dictæ leges indistinctè: facit tamen consensus patris donationem mortis causâ factam à filiofam. tenere. Cujus ratio est, quòd sit privati juris, cui privato consensu præjudicari potest. Patris autem consensus hic non tam desideratur, ob ejus præjudicium, quàm tanquam solemnitas, ex juris dispositione, ut tenet Covarr. *alios citans 3. p. Rub. De testamen num.* 10. ubi desiderat expressum consensum; licet donare inter vivos filio sit permissum per *Nov. Ut liceat matri & aviæ &c. 117. in princ.* Vid Caldas *ad l. Si curatorem V. contractum fecisti num. 44 & seq. C. De in integ. restit. min.*

14 De minore quæritur, An & ille mortis causâ donet, non de eo, qui curatore caret; nam hic ut testatur & bona alienat, quidni & mortis causâ donet? sed qui curatorem habet. Quem communis schola licet testari posse asserat, negat tamen mortis caussa donare posse, ex ratione, quòd ad sui productionem sequatur naturam contractuum, quos non init minor, saltem alienando sine curatore, quem habet. Potest tamen contrarium videri verius, quia licet non contrahat, aut donet inter vivos alienando, ne se spoliet, hanc tamen donationem non faciendo se spoliat minor, cùm non habeat effectum ante ejus mortem. Certe extra dubium est, in testamento aut codicillis factam mortis causâ donationem omninò subsistere. Fachin. 5. *Controv. cap.* 61. Vid. Caldas *ad d. l. Si curatorem V. contractum num* 21. *& seqq.* Roder. Suarez. *Allegat.* 20. *num.* 9. *&* 10.

15 Donatur his, quibus legari potest, *l. Senatus 35. l. Illud 37. hoc tit.* ut cui legari non potest, nec etiam mortis causâ donari possit. Donantur mortis causâ res, quæ legari possunt; uti & conditiones, pacta, modi hîc rectè adjiciuntur, quæ legatis.

16 Altera pars hujus Tit. est *De mortis causâ capionibus*; quæ latiùs patent, quàm hæc donatio, cum eam & includant, & præter eam id quoque quod donatur ratione mortis alterius, quam donantis vel conditionis implendæ gratiâ, *Qui pretio 8, l. Mortis 31. in pr. & §. 1. & l. Inter mortis 38. hoc tit.*

***

FINIS LIBRI XXXIX.

HEN-

HENRICI ZOESII, J. C. IN LIBRUM XL.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De Manumissionibus, cum Titt. seqq. huius libri.

SUMMARIUM.

1. *Manumissio quid?*
2. *Qui manumittant.*
3. *Qui manumittantur.*
4. *Manumissio debet esse libera.*
5. *Coram quibus & quibus modis fieri solita.*
6. *Manumissio testamentaria alia directa, & quatenus hæc permissa.*
7. *Alia fideicommissaria.*
8. *Libertas relinquitur & pure & sub conditione Statu-liberi qui?*
9. *Libertas sine manumissione quando acquiratur.*
10. *Manumissio quibus non prosit.*
11. *In fraudem quando facta censeatur.*
12. *Domino obærato licet instituere servum hæredem necessarium.*
13. *Manumissio à minore 20. annis quando procedat.*
14. *Manumissionis effectus jure veteri.*
15. *Manumissis hodie fiunt cives Romani.*
16. *Intellectus* l. In orbe 17. De statu hom.
17. *Ius aureorum annulorum & restitutio natalium quid juris tribuant.*
18. *Causa liberalis & præjudicialis quæ.*
19. *Ad libertatem proclamare quibus non liceat.*
20. *Bona proclamantium in libertatem quibus cedant.*
21. *Manumissio non obest ingenuitati.*
22. L. Diffamari 5. C. De ingenuis manumiss. *usus.*
23. *Quod in casu* d. l. *sit actor.*
24. *Quis judex competens?*
25. *Ratio* d. l. *etiam extra casum ingenuitatis locum habet.*
26. *Diffamatus an debeat esse in possessione rei, super qua diffamatur.*
27. *Agere ex* d. l. *potest asserens sibi jus primogenij adversus possessorem.*
28. *Item is, cui collatum beneficium, adversus negantem illi jus esse.*

SPectat hic liber ad actiones præjudiciales, quibus defenditur status hominis, libertas scilicet, quæ aut inutiliter ab ipso actu adhærescens facit ingenuum, aut aliunde quæsita per manumissionem facit libertinum. Præmittitur autem de manumissione, per quos, & apud quos fiat. * Ea est de manudatio, id est à potestate liberatio. Manus enim potestatem passim in libris Juris designat. Quæ res ex jure gentium processit, quo cum esset inducta servitus, ex eodem secutum est beneficium manumissionis. 1

Manumittit quivis dominus maior xx. annis. 2 Vbi sufficiet ultimum diem anni vicesimi attigisse, *l. 1. h. t.* Minoribus manumittere non fuit olim concessum, ne juvenili temeritate se rebus

suis

suis spolient. Filiusfamilias etiam minor, mutus & surdus, jussu tamen patris, recte manumittit, *l. Si consentiente* 16. *h. t.* & *l. Surdi* 10. *tit.* 2. uti & nepos jussu avi: quo casu manumissus avi aut patris erit libertus, *l. Nepos* 22. *C. h. t.* jussu non est opus quoad servos, quos habet in peculio castrensi, *l. Servi* 17. *h. t.* Servis pœnæ, cum ipse servi sint, ut nihil habeant in potestate, non est licentia manumittendi: uti nec reis capitalium criminum, *l.* 8. *h. t.* Quod accipiendum de criminibus exceptis, quæ hoc ipso, quo committuntur, pœnam infligunt ante sententiam, uti est crimen læsæ majestatis, *l. Quæsitum* 15. *inf. tit.* 9. Nam in aliis criminibus ipse reatus non sufficit, cum demum per sententiam ista inhabilitas inferatur.

3 Manumittitur quilibet etiam infans & furiosus, *l. penult. h. t.* etiam in ventre existens, *l. Cum inter* 14. *C. De fideicom. libert.* modo non sit prohibitus manumitti, sive lege contractus, sive testamento, sive à Præside, *l. Servus* 9. *h. t.* Si offensa & immerita in dominum causaverint prohibitionē, ne alias oneretur innocentia, *l.* 9. *C. Qui non poss. ad lib. provoc.* Alieno non datur libertas, ne in rem alienam quid attentetur. Alieni loco habetur, qui pignori datus est, *l.* 3. *h. t.* ne creditori fiat injuria. Hinc & legatum servum, deliberante legatario, non manumittit hæres; ejus tamen repudiatio faciet convalescere manumissionem, *l.* 2. *h. t.* quia cessat injuria. Ex eadem ratione servum dotalem non manumittit maritus, cum is potius sit mulieris, cui restituendus venit. Concessum tamen marito & testamento & inter vivos talem servum constante matrimonio manumittere, quod tum habeatur dominus: ita tamen, si solvendo sit, nam alias videretur facta manumissio in fraudem, qualis non tenet. Alienus non habetur, qui venditus quidem aut donatus, non tamen traditus, cui proinde libertas à domino imposita tenet, *l.* 3. & 5. *C. De his qui à non dom. manumissi sunt.*

4 Effectum ut consequatur manumissio, oportet sit libera; nam per vim aut metum expressa non facit liberum, *l.* 9. *in princ.* & *l. Si privatus* 17. *inf. tit.* 9. nisi caussa subsit, ut quia suis nummis est emptus servus, *l.* 5. *h. t.* Nec facit, quod, cum nihil habeat in potestate, nequeat proprie dici nummos suos habere: connivente enim domino habere potest, sive ex peculio, sive ex lucro adventitio, *l.* 4. *C. h. t.* Cogitur & emptor manumittere emptum sub ista conditione, ut manumittetet: uti & ei, qui nummos accepit, ut manumitteret, potest extorqueri manumissio; quemadmodum & ille manumittendus, qui certo casu liber esse jussus est.

5 Fiebat manumissio coram Magistratu majore, uti Prætore, Consule, Proconsule, citra solemnitatem; qui etiam apud se manumittebant. Contingit vel inter vivos, vel ultima voluntate. Inter vivos præcipuus modus erat Vindicta, de qua *Tit.* 2. ita dicta à Vindice Vitelliorum servo, qui hoc modo primus dicitur manumissus, aut, secundum alios, quod mancipium in libertatem vindicaretur. Erat autem Vindicta virga Prætoria, quâ tangebatur caput servi, qui rotatus, & in orbem circumactus, pileum accipiebat libertatis signum; quo ritu significabatur liber esse, & quo vellet, ire posse. Cujac. 5. *Observ. cap.* 13. Alter modus est Census, quando scilicet servus lustrali censu Romæ jussu domini, inter cives Romanos censum profitebatur. Ulp. *in Fragm. t.* 2. Contingebat & manumissio inter amicos per epistolam, per nuntium. In sacrosanctis etiam Ecclesiis manumitti solent servi non tantum privatorum, verū & universitatis, *tit.* 3.* Testamento servi manumissi di- 6 rectam libertatem consequebantur: ubi tamen olim sæpe impedimentum erat, tum ex caussa ætatis, tum ex numero manumissorum. Nam lex Fusia Caninia manumissioni servorum in testamento certum numerum præfixerat: ex tribus enim tantum duobus permittebatur dari libertatem; inde usque ad decem dimidiæ parti: à decem usque ad triginta tertiæ; à triginta usque ad centum quartæ, & numquam pluribus centum ex numerosissima familia. Ulp. *t.* 1. Paulus 4. *Sent. tit. ult.* Ratio erat, quod manumissio videretur procedere in fraudem hæredem. Verum Justinianus istam legem, ut libertati invidam, & non permittentem morientibus, quod concessum erat vivis, sustulit, permittens, ut à vivis, ita & à mortuis testamento libertatem dari; cum nemo dici possit fraude agere, qui suo jure utitur, idque ea ætate, qua quis testamentum condere potest, *Nov. Ut sponsalia largitas &c.* 119. §. 1. Si tamen testamentum justum; nam alias libertates datæ non competerent, nisi adjectum fuerit, ut pro codicillis scriptum valeat, *l. Si jure* 11. *C. De testam. manumiss.* aut affectio testatoris aliam conjecturam sumi faciat, *l. In testamento* 28. *inf. tit.* 5.

7 Relinquitur & libertas per fideicommissum, quæ non facit orcinum, id est ejus, qui ad orcum ivit, libertum, sed hæredis, qui eam præstare cogitur, etiam pupillus, tutoris auctoritate adhibita, *l. Ex caussa* 11. *d. tit.* 5. Et hoc quoad suum servum, ne forte sibi obsit; nam quoad legatum

tum sibi sub ea conditione, ut manumittat, non indiget auctoritate tutoris, quod nullum ejus subsit detrimentum *l. Servus* 13. *sup t.* 1. Ita autem olim præstanda erat libertas, ut semel data testamento adimi posset, ut colligitur ex *l. Si peculium* 10. §. 1. *t.* 4. ubi dicitur, *cum placeat hodie etiam libertatem adimi posse*. Adimitur non tantum per testatorem, sive testamento sive codicillis, verum & per legem, *Tit.* 6. quæ imped. libertatem. Exemplum est in *l. His verbis* 43. §. *interdum sup De hered. instit.*

8 Deinde testamento relinquitur libertas non tantum pure, verum & sub conditione, modo, die, ad instar reliquarum rerum. Unde de statuliberis subjungitur *Tit.* 7. quales sunt, qui in diem, aut sub conditione, statutam vel adjectam sibi habent libertatem, sive conditio sit expressa, sive insit vi ipsa, *l.* 1. *d. tit.* 7. Propter hoc genus hominum sunt, qui carpunt Justiniani divisionem hominum in liberos & servos, tertium hoc genus afferentes inter illa duo membra medium. Verum falluntur, cum contineatur id genus sub servis, qualium loco habentur ante eventum conditionis, *l. Statu liberum* 9 *d. tit.* 7. cum vendi, alienari possint, *l.* 2. *d. tit.* 7. Non tamen sub ea conditione manumittuntur; neque potest hæres facere eorum conditiones meliores. Hinc statulibera patiens servum parit, *l. Statu-libera* 16. *d. tit.* 7. non alia ratione, quam quia ipsa serva. Ut etiam alienari possit, & usucapi cum causa tamen sua, quæ immutabilis facta per hæreditatis aditionem; adeo ut non perdant spem liberti orcini.

9 Consequitur & aliquis libertatem sine manumissione, de quibus, *Tit.* 8. veluti qui pro derelicto habitus; qui necem domini detexit; qui venditus, ne prostituatur, si prostitutus fuerit: qui venditus, ut manumitteretur infra certum tempus, quo lapso consequitur libertatem, *l.* 1. *d. tit.* 8. Quæ res difficultatem in eo patitur, quod *d. l.* 1. dicat etiam mutata voluntate venditoris competere nihilominus libertatem, cum in *l.* 3. *d. tit.* & *l.* 3. *sup. De servis exportan.* ita demum hoc procedat, si venditor in eadem voluntate perseveret. Cujac. ad conciliationem dicit *d. l.* 1. accipiendam esse in casu, quo emptor & venditor decesserint sine hærede; quæ tamen res non videtur posse impedire voluntatem. Ut potius dicendum videatur non impedire mutationem voluntatis, quæ post tempus accidit, post cujus lapsum quæritur jus ipsi servo quod non est invito eripiendum.

10 Ut manumissio quibusdam non est necessaria, ita & quibusdam non prodest, etiam à domino concessa. *Tit.* 9. Ubi in *l.* 2. dicitur, relegato, si in urbe moratus sit, competere non posse libertatem uti & non competit pignori dato uti dictum. Quod accipiendum de servo ex conventione speciali pignori supposito; nam tacitè obligato recte confertur libertas, *l. pen. sup. In quib. caus. pig.* Facit & fraus eam non habere effectum, quia non indulgendum malitiis. * In fraudem ut censeatur

11 facta requiritur primo dolus manumittentis, scientis per manumissionem se desiturum solvendo esse, §. *in fraudem Inst. Quib ex caus. manumit. non licet.* Secundo, ut eventus respondeat, id est, per manumissionem fiat non solvendo manumissor, pretio subtracto creditoribus, quibus inanis conatus non nocet, etiam quoad debitorem, qui eam allegando propriam allegaret turpitudinem, qualis non auditur, *l.* 5. *C. De servo pig. dato manumisso.* Positus istis duob' impeditur omnino manumissio, habeturque pro infecta. Non obstat, quod rerum alienatio in fraudem creditorum ipso jure valeat: ratio enim est, quod nihil inconveniens habeat rem alienatam revocari; sit autem inconveniens libertatem semel competentem alicui eripi sine ejus facto. * Permittitur ta-

12 men domino obærato, cui non est alius hæres, instituere servum suum hæredem necessarium. Quæ res licet in fraudem cedat creditorum, permissa tamen ad avertendam à defuncto ignominiam, quæ ipsi contingeret, si ejus nomine bona distraherentur; quæ cessat, si vendantur nomine servi, §. *licet autem Instit. d tit.* * Non alias quo-

13 que procedit manumissio à domino xx. annis minore concessa, quam vindicta, ex causa apud consilium probata idque ne circumveniatur minor. Et hoc non tantum inter vivos, sed etiam in ultima voluntate obtinebat, ut indicat Imp. *Instit. Quib ex caus. manum. non licet in fine*, ubi idipsum corrigit, permittens majori XVII. annis manumittere testamento, ex ratione, quod iniquum esset ut qui posset disponere de rebus aliis, non posset de libertate. Quæ ratio etiam vult, ut cum decimo-quarto anno possit disponere minor de rebus aliis, debeat etiam posse relinquere libertates, quod & postea permisit Imp. *Nov. Ut sponsalitia largitas &c.* 119. §. 1.

14 Manumissionis non passim idem effectus erat, ut jus civitatis daret; quod tantū competebat iis, qui triginta annos nati, nullum ignominiæ genus passi, vindicta sensu aut testamento manumitterentur à domino, qui jure Quiritum talis erat, non etiam in bonis tantum habebat, Vlp. *tit.* 1.

qualem *bonitarium* vocat Theophilus *Instit. De libertin.* Aliter manumissi aut Latini erant, qui liberi quidem vitam peragebant, quasi servi tamen moriebantur, bona eorum manumissore occupante jure peculii: aut Deditij, quorum numero erant olim, qui pœnæ causa vincti in servitute fuerant, quibusve stigmata inusta, aut simile quid passi. Vlp *d. tit.* 1. Ita dicti, ut tradit Theoph. *d. loco*, ad exemplum peregrinorum, qui victi à Romanis iterum rebellassent, quos priscis temporibus vocabant dedititios. Horum pessima conditio, quia speciem quidem libertatis habebant, non tamen jus commercii, nec testamenti factionem, neque ullo modo ad civitatem Romanam pervenire poterant, eo quod turpe esset eum talibus communicare civitatis jura. Latinis erat jus commercii, & testamenti factio passiva, modo intra diem cessionis essent adepti civitatem. Præterea patebat iis via ad civitatem variis modis, ut beneficio Principali, militia & aliis, de quibus Vlp. *in frag. tit.* 3. * Verum istas differentias sustulit Justinianus Cod. *De dedit. & Latina libert. tollen.* voluitque omnes manumissos consequi libertatem, & civitatem Romanam, non habito discrimine ætatis manumissi, nec manumissoris, nec modi manumittendi, *textus Inst. De libert. in fine & C. De dedit. lib. toll.* Tandem & ingenuos eos esse voluit. * Nec recte hic objicitur *l. in orbe sup. De statu homin.* ubi per Antoninum omnes in orbe Romano dicuntur facti cives Romani, quasi hoc male sibi attribuat Justinianus; nam accipienda lex ista de iis, qui sola patria, non etiam conditione impediebantur, ut Constitutio Justiniani non sit frustranea.

15

16

17 Concessit & iisdem idem Imp. jus aureorum annulorum, quod est signum ingenuitatis, salvo tamen jure patronorum. *Nov. ut liberti De cætero, &c. 69.* quod olim iis à Principe erat impetrandum, *Tit.* 10. Plenior hoc jure est restitutio natalium, *Tit.* 11. quæ est beneficium Principis, quo restitutos facit ab initio quasi ingenue natos, ut juri patronatus non sint obnoxii. Unde non nisi ex consensu patroni restituit Princeps natalibus, neque enim invito jus suum auferendum, *l. 2. penult. & fin. d. tit.* 11. nisi ex ingenua vere se natum quis defenderit, quia tunc non inspicitur patroni voluntas, cum verus ei non sit patronus, qui ingenuus est, cui non obest falsa manumissio, *inf. tit.* 14. Dico, vere; nam falso id adseveranti non proderit, ne quidem Principis restitutio, quia desit voluntas, *l.* 1. *inf. tit.* 4.

18 Dicta hactenus præludia quædam sunt & præparatoria causæ liberalis, quarum prima proponitur *Tit.* 12. qua quæritur, liber quis sit, an servus; quæ & causa præjudicialis dicitur, quod præjudicium faciat alteri, operæ scilicet & similibus. Exerceri hoc judicium non solitum per se, aut procuratorem, sed per assertorem, qui vindex est alienæ libertatis, sive defensor eius, qui patitur status controversiam. Quod si non pateretur quis de sua libertate litigare alium, licebat, eo etiam invito, parenti pro eo litigare, quia eius interesit filium servitutem non subire, *l.* 1. *t.* 12. Quod & procedit in filio naturali, *lib.* 3. *dict. tit.* 12. Et è contra quia filiis ignominia est, patrem habere servum, etiam iis ista data facultas, invitis quoque parentibus, *dict. lib.* 1. § 1. Nec solum cognatis & necessariis personis, sed & extraneis permissum furiosum & infantem in servitutem tractum vindicare in libertatem, *lib* 6. *dict. tit.* 12 Assertio ista postea est sublata. *Cod. De assertione tollen.* propterea quod per eam diu traheretur judicium; & permissum, ut ex libertatis possessione ad servitutem ductus ipse respondeat, per se, aut per procuratorem; quod non concessum prosilienti è servitute ad libertatem, *l.* 1. *C. d. t.* quod servus præsumatur esse.

19 Atque hæc de liberali causa obtinent in iis, quibus ad libertatem proclamare licet: aliquibus enim id denegatum, *l.* 13. veluti descendentibus de lationum familia; passis se vendi. Ubi tamen al quæ conditiones requiruntur: scilicet sint majores xx. annis, gnari suæ conditionis patiantur se venundari ignaro suæ conditionis, idque pretii participandi causâ, de quo & participarint. Quibus concurrentibus, pro servo habetur ita venditus, ut proclamans ad libertatem non audiatur, nec postea manumissus ingenuitatem repetere possit. Ratio est in odio degeneris animi, rem inæstimabilem vili pretio subjicientis: idque utilitatis causa receptum, ad excludendas fraudes, quæ in ejusmodi venditionibus erant frequentes, dum passim liberi pro servis venum irent, & postea liberali manu assererentur. Oportet autem omnes conditiones concurrant; nam unius defectus facier proclamantem ad libertatem audiri. *l.* 1 & 3. *tit.* 13. & *l.* 7. *t.* 12. Habet ista decisio locum etiam in natis ex tali muliere, quæ si vendi passa, quales servi sunt, utpote nati in servitute, *l.* 3. *t.* 13. Ubi nihil proficiet potestas patria, cum leges, non habita consideratione potestatis, dicant simpliciter talem proclamantem ad libertatem non esse audiendum; non enim potestas, sed tantum dictæ condi-

conditiones inspiciuntur. Facit, quod filiusfam. per delictum se possit subducere patri, ut idem etiam possit per fraudem. Facit etiam, quod hac de caussa patri sit concessa actio injuriarum in venditorem, *l.* 1. §. *usque inf. De injur.* non etiam vindicatio. Displicuit hic modus Leoni, qui eum sustulit *Nov.* 59. Aliud juris in filio vendito per patrem ex caussa egestatis, nam hic repetit ingenuitatem liberatus, qua de re Cod. *De patrib. qui filios distraxerunt.*

20 Cæterum proclamantes in libertatem, ea, quæ domini profitentur esse, reddunt, quæ incerta sunt, per cautionem conservant; quæ sibi acquisita ex testamentis aliorum, aut aliis, iisdem deputantur, *l. fin. Cod. Quib. ad. libert. proclam. non licet.* Si è possessione libertatis in servitutem vocentur, bona iis non sunt auferenda, sed eorum nomine cautio præstanda per fidejussorem; quem si dare non possit, sequestratio bonorum facienda, ne ea actori depereant, *l. fin. C. De ordine cognit.*

21 Altera caussa præjudicialis est, ingenuus quis sit an libertinus. Qua in re non oberit manumissio ejus, qui ingenuum se probare vult. Et hoc quidem olim intra quinquennium à manumissione, *l.* 2. §. 1. *tit.* 14 hodie etiam post, *l. ult. C. Ubi causa status agi deb.* cùm libertatis causæ ne quidē LX. annis præscribi dicatur, *l. fin Cod. De long. temp. præscript quæ pro libert.* Prodest tamen tempus pro libertate; & quidem quinquennium, quo defunctus ante mortem sine interpellatione, ut liber vixit, facit non moveri posse quæstionem super ejus statu, *Tit.* 15. Imo & decennium inter præsentes, & vicennium inter absentes facit superstitem immunem à quæstione, modo respondeat justum initium, & bona fides, *l.* 2. *C. d. tit.* Ubi non rectè Glossa tantum ponit vicennium, cùm *l. Si cum* 16. §. *Aristo. sup. tit.* 9. habeat, non revocari in servitutem, qui diu, id est, non minus decennio in servitute fuisset. Errat & in eo Glossa in *d. l.* 2. quod non requirat justum titulum, cum ista lex requirat justum initium, quod nihil aliud est, quam justus titulus. Proficit & post sententiam pro ingenuitate latam quinquennium, nisi collusio doceatur, cujus detectio facit judicatum taliter ingenuum, fieri servum ejus, qui detexit, *Tit.* 13.

Ad L. diffamari Cod. de ingenuis manumissis.

22 Est in T. C. De *ingenuis manum.* famosa *L. Diffamari.* 5. Cujus decisio concernit favorem ingenuorum, ne eorum status errore vel malitiâ alicujus quasi indebite assertus diffamaretur. Cujus usus quia frequens in foro, non erit abs re ejus decisionem paucis pertractare. Eâ concessum convenire eos, qui falso rumore libertati aliquorum aut ingenuitati detrahunt, aut alio modo gravant, ut in jus venientes, notam, quâ eos aspergunt, probent. Qui si deficiant in probatione, aut non compareant, etiam iis absentibus, sententia pronuntiabitur, qua jubentur, perpetuo imposito silentio, temperare in posterum ab injuria, *d. l.* 5. nam hac in caussa, etiam unâ parte absente, res discutitur & profertur sententia, *l.* 4. *& l. juxta.* 40. *Cod. De liberali caussa.*

23 Ubi in primis quæritur, Quis hac in materia dicendus actor? Posset videri diffamatus esse actor, quia primo litem intentet, & ad judicium provocet. Quod verum est quoad ipsum judicium diffamatorium, in quo de veritate traductionis agitur; nam de ea primò constare debet, quam Judex cogat diffamantem deducere caussas diffamationis. Non etiam verum est quoad ipsum judicium, quo agitur de diffamatione, & cogitur diffamator comparere, & diffamationem probare, sub comminatione perpetui silentii: ut iste actoris vices subeat, quia agit diffamatus ut diffamans agat, & ipse actionem ejus accipat. Gail. 1. *Obs. cap.* 9. *nu.* 7. Mynsing. *cent.* 6 *Obser.* 90.

24 Quæritur etiam, Quis hac in re sit judex competens? Posset videri diffamantis judex adeundus esse, quod is ad agendum & proponendum caussas diffamationis cogatur; nemo autem cogi possit nisi à suo judice: neque enim alieno est potestas cogendi non subditum, *l.* 2. *C. De jurisdict. l. ult. C. Ubi in rem actio exerceri deb.* Potius tamen est, ut voce ut coram judice diffamati, quod de ejus statu & qualitate agatur, de qua cognoscit judex ejus competens. Facit, quod alter infamando videatur accusare, & sic infamatum statuere reum: quo modo caussam debet prosequi coram judice ejus, quem infamat, & ab eo cogi edere sua instrumenta. Facit etiam, quod attendenda sit prima caussæ origo, non ea, quæ accidentaliter consurgit Covarr 1. *Var. Resol cap.* 18. *num.* 5. Gail. *d. c.* 9. *n.* 3. Mynsi. *d. Obs.* 90. *num.* 6.

25 Loquitur autem *d. l.* 5. de ingenuitate falsò læsa. An ergo habitura locum in aliis? Casus quidem legis conceptus est super diffamatione ingenuitatis; ratio tamen ejus generalis, scilicet quod iniquum sit errore aut malignitate statum alicujus diffamari. Quæ ratio etiam locum habet in aliis

aliis juribus competentibus, quæ jactatione alicuius diminuuntur. Quo modo & in filiatione procedit, imo in omni actione, civili & criminali, personali & reali, in iudicio item petitorio & possessorio, ut tradit alios allegans Gabriel. 2. *Commun. Opin. tit. De actionib. concl. 6. limitat.* 13. Gail. *dict. cap.* 9. *num.* 2. quatenus alicuius jactantia jus alteri esse negatur, aut super crimine infamatur. Nihil obstat, quod ea lege agatur super ingenuitate; nam casus sive facti contingentia minime restringit decisionem legis, ut videre est apud Tiraq. *ad l. Si umquam Cod. De revoc. donationib.* Et ita communiter est receptum.

26 Quæritur vero, an necesse sit diffamatum esse in possessione rei, super qua diffamatur? Id videri posset, ex eo, quod lex ista loquatur de iis, qui pro ingenuis habentur, ut videatur necesse, sint in possessione. Verum dicendum, rationem legis non tam niti possessione imminuta, quam imminuto jure alicui competente & radicato, per diffamationem alterius, jactantis jus eidem non esse.

27 * Quo facit, quod is, ad quem spectat jus primogenii aut majoratus, possit contra possessorem, asserentem bona esse libera, ex hac lege agere ut declarentur bona esse obnoxia fideicommisso aut primogenio, uti tenet Covar. *d. loco.* Cujus opinio à plerisque quidem reprobatur, ut videre est apud Gomez. *ad. L.* 40. *Tauri nu.* 79. ex eo, quod non possit agi de jure futuro, & quidem incerto: non est tamen eo casu jus tam futurum, quam præsens, licet incertum, an in hanc personam cadat, ob incertitudinem mortis, cum possit successor junior præcedere possessorem seniorem. Potest tamen bene quoad familiam peti declaratio, ne res extra eam alienetur aut dilapidetur. Pinel. *ad l.* 1. *n.* 78. *C. De bonis mater.* Roder. Suarez. *Alleg.* 4. * Competet quoque ei, cui collatum est beneficium, licet eius possessionẽ non sit nactus, aut eam ex causa differat, si per jactantiam alicuius negetur illi jus, aut dicatur invalidum, cum super jure competenti & radicato, ut eripi nequeat, *c. Si tibi De rescr. in* 6. diffamatio spargatur, cuius nomine non est deneganda actio injuris sui defensionem, ex ratione *dict. lib. Diffamari*, ne aliquis in jure suo patiatur controversiam, etiam per solam alicujus jactantiam. Plura ad praxim huius *l. Diffamari* videri possunt apud Gail. 1. *Obser. c.* 9. 10. 11. & 12. Covarr. 1. *Var. Resol. c.* 18. *& in Comment. ad dict. l.* Barth. Blareri & Cæs. Contardi. 28

FINIS LIBRI XL.

HENRI-

HENRICI ZOESII, J. C. IN

LIBRUM XLI.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De acquirendo rerum dominio.

SUMMARIUM.

1. *Dominium quid?*
2. *Dominium quatenus sit rerum incorporalium?*
3. *Servitutes cur dicantur nec in bonis nostris esse, nec extra ea.*
4. *Dominium olim quotuplex.*
5. *Hodie aliud est plenum, aliud non plenũ.*
6. *Dominii acquirendi caussæ & modi varii.*
7. *Occupatio quid, & in quibus locũ habeat.*
8. *Occupatione acquiruntur feræ bestiæ.*
9. *Etiam in fundo alieno prohibente licet domino.*
10. *Nec tantùm manu captæ sed & instrumento.*
11. *Fera vulnerata cedit eam apprehendẽti.*
12. *Feræ inclusæ habentur pro occupatis.*
13. *Venandi prohibitio an licita Principibus?*
14. *Prohibitio ista an impediat feram captam cedere capienti?*
15. *Animalia non fera & mansuefacta non cedunt occupanti.*
16. *Captæ ab hostibus cedunt capientibus.*
17. *Quid circa istum occupandi modum hodie sit juris.*
18. *Res ab hostibus recuperatæ quatenus prioribus dominis restituendæ.*
19. *Inventio quarũ rerũ dominium tribuat.*
20. *Merces navis levandæ caussa ejecta non habentur pro derelictis.*
21. *Inventionem subsequi debet apprehensio ipsius rei.*
22. *Thesaurus quid?*
23. *Thesaurus inventus cui & pro qua parte cedat.*
24. *Quid juris thesauro reperto in loco religioso, & conciliatio* l. 3. §. pen inf. De jure fisci cum §. thesauros Instit. De rer. divis.
25. *Quid si in loco sacro fuerit inventus?*
26. *Quid si in fundo Ecclesiæ?*
27. *Quid si in fundo emphyteutico vel feudali?*
28. *Quid si in fundo oppignorato vel fructuario?*
29. *Quid si in fundo majoratus seu primogenii?*
30. *Quid si denique in ædibus emptis.*
31. *Thesauros hodie Principes sibi vindicãt.*
32. *Ut & venas auri argentique.*
33. *Accessio quid, & quotuplex.*
34. *Accessione naturali seu nativitate acquiritur fœtus animalis.*
35. *Item alluvione id, quod alterius agro adjectum.*
36. *Insulæ appellatione quid veniat.*
37. *Insula in mari aut flumine enata cui cedat.*
38. *Alluvio in agris limitatis locũ non habet.*
39. *Accessione industriali acquiritur dominium per intexturam.*
40. *An & quatenus eo casu vindicari res possit, vel agi ad exhibendum.*

41. *Item*

92. *Item*

92. *Item simplex traditio non habens aliquam subintellectam conditionem.*
93. *An ex simplici traditione intelligatur habita fides de pretio?*
94. *Dominium acquiritur per filiosfam, & servos, quos in potestate habemus.*
95. *Etiam per servum alienum bonâ fide possessum, aut cujus habemus usumfructum.*
96. *An eo casu totum cedat possessori? Conciliatio* l. Sed etsi quid 25. §. si duos sup. De usufr. & l. Qui bona 23. §. si quis duobus h. t.
97. *Quæritur hoc casu possessori ex re ipsius possessoris. vel operis, non aliunde.*
98. *Dominium per liberum hominem alteri non acquiritur.*
99. *Servus communis omnibus acquirit.*
100. *Hæreditarius acquirit hæreditati.*

Expositis personalibus actionibus, quas causat contractus, vel quasi, & præjudiciis, quæ circa statum personæ versantur, subjicitur de acquirendo rerum dominio, quod præbet materiam judicio petitorio, unde caussatur actio realis, quam vindicationem vocant, de qua suprà libro VI.

1 Dominium variè definitur. Brevior & communior definitio est, quâ dicitur esse jus de re liberè disponendi, sive tribuens perfectam de re statuendi facultatem, nisi quid lege prohibeatur. Quæ finalia verba etsi abesse possint, salva definitione, rectè tamen subjunguntur, eò quod jus interdum istam facultatem restringat, sive ob cautionem testamentariam, sive ob partium conventionem, sive ob personarum, ut quia pupillus, minor, prodigus, furiosus, aut rerum qualitatem, ut quia res dotalis, cujus alienationem lex Julia impedit, sive alias ob caussas. Nam licet dominium tribuat liberam ac perfectam potestatem ad quamlibet dispositionem, *l. In re 21. C. Mandati*; interest tamen vel Reip. vel privatorum istam licentiam restringi.

2 Dicitur, *de re*; addit Bart. *corporali*, in *l. Si quis vi 12. §. 1. nu 4. inf. tit. seq.* & plerique sequuntur, non quod incorporalium, uti servitutum, nequeat dici dominium, cum dominium rectè dicatur de omni re, quæ nostra est; est autem & res incorporalis in bonis nostris, unde Imp. *Instit. lib. 2.* postquam egisset de acquirendo dominio rerum corporalium, subjicit de incorporalium; non, inquam, quod incorporalium non sit ullum dominium, cùm & ususfructus & cæterarum servitutum dominium esse dicatur in *l. 3. sup. Si ususfr. petat. l. Semper 15. §. hoc interdic. inf. Quod vi aut clam. &c.* verum quod non ita sit proprium, cùm dominium cœperit à naturali possessione, secundùm Nervam, in *l. 1. §. si dominium inf. tit. seq.* quæ tantùm est rerum corporalium, non etiam incorporalium, *l. Acquiruntur 10. §. fin. hoc tit.* nisi impropriè, *l. Ait Prætor 23. §. 2. Ex quib. caus. majores, &c.* quo modo & in *l. Naturaliter. inf. tit. seq.* dicitur videri naturaliter possidere fructuarius, non sibi, quia caret bonâ fide, sed domino, cujus res est. Ut non ita sit reprehendendus Cujacius, dum 10. *Obser. cap. 16.* tradit, rerum incorporalium dominium impropriè & abusivè dici; nihil faciente, quod & sine possessione dominium quæratur, *l. A. Titio 64 inf. De furt.* nam hoc procedit tantùm de dominio civili, non etiam naturali, quod demum acquiritur traditione, & consequitur legatarius actione personali.

3 Quod dictum paulo antè, res incorporales in bonis nostris esse, patitur difficultatem per *l. 1. sup. De usufr. legato*, in qua dicitur servitutes nec in bonis nostris esse, nec extra ea. Verum loquitur ibi J. C. de itinere & reliquis servitutibus needum constitutis, quibus ideo, quia non sint in rerum natura, nihil attribui potest, ut tradit Bart. *ibid.* Agitur enim de constituendo usufructu servitutis, non in fundo alieno testatori constitutæ, quia de servitute sibi debita non potest quisquam alii concedere, *l. Ex meo 14. sup. De servit. rust. præd.* sed fundi proprii, cujus rectè dicitur non posse legari ususfructus, quod neque sit extrà fundum, neque in fundo, quia res sua nulli servit. Quo facit, quod, ut tale legatum sit utile legatario, illi sit incerti actio cum hærede, ut, licet res non sit, ille tamen præstet facultatem legatario eundi, agendi, quoad vixerit. Idque ut servetur voluntas, quatenus fieri potest. Alii, uti Faber *Conject. 2. cap. 8* accipiuntur d *l. 1.* de usufructu servitutis, quem dari posse negant, quod servitus non possit dari servitutis, quemadmodum juxta Philosophos esse nequit qualitas qualitatis, accidens accidentis. Sed prior solutio textui magis respondet. Vide Garsiam *De expensis cap. 10. n. 11. & 12.* Gœdeum *ad l. Bonorum 49. nu. 15. De V. S.*

Nnnnn Domi-

4 Dominium olim triplex erat, Naturale, Legitimum & Plenum. Naturale habebat ille, cujus in bonis servus erat, utpote traditus quidem per dominum, non tamen mancipatus, aut jure cessus, aut usucaptus, aut alio modo legitimè acquisitus, de quo Ulpian. *in fragm. tit. 9.* qualem Bonitarium vocat Theophilus *Instit. De libertin.* Legitimum habebat is, ad quem res pervenisse jure Quiritum, per modum legitimum, qualis dicebatur dominus jure Quiritum, sive jure Quiritario. Unde contingebat ejusdem servi alium esse dominum naturalem, emptorem scilicet, cui cesset traditus citra solemnem modum; alium verò legitimum, ex jure Quiritum, venditorem scilicet, qui servum à se aliena vetat, non legitimo, sed naturali tantùm modo, donec legitimo modo secundum jus Quiritum transtulisset, qui faciebat penes emptorem esse plenum dominium, Ulp. *tit. 1. §. 16.* Verùm quia nomen istud, *jure Quiritum*, in venditore esset nudum & sine re, cum servus emptori traditus, licet non ex jure Quiritum, nihilominus eidem acquireret, non etiã venditori, Ulp. *tit. 19. §. pen.* differentiam istam Justinianus simplicitatis amans sustulit, *Cod. De nudo jure Quiritum tollendo.*

Illa vero divisio hodie est in usu, quâ dominium aliud dicitur plenum, quod proprietati habet conjunctum usumfructum; aliud non plenum, quando penes unum est proprietas, qui dominus proprietatis dicitur, *l. Acquiruntur 10. §. de his autem & l. Quod fructuarius 49. h. t.* penes alium vero ususfructus, qui vocatur dominus ususfructus, cui est utilis actio, cujus ordinis est Emphyteuta, vasallus, superficiarius, & similes, *l. 1. inf. De superficieb.* directâ penes eum existente, penes quem est proprietatis dominium, cujus ordinis est dominus emphyteuseos, rei fructuariæ, feudi, & similium. Unde cœpit fundamentum vulgaris divisionis dominii in directum & utile, non ita cum aliquibus rejiciendæ, quod ea apud veteres Jurisconsultos nusquam reperiatur, cum multa à recentioribus, qui disciplinas tradunt, facilioris explicationis gratiâ sint adinventa, veteribus incognita.

6 Dominii acquirendi caussa remota est jus; proxima voluntas domini. Præcipua tamen caussa jus est, quo non concurrente non proficit voluntas domini, cùm è contrà citra voluntatem jus sufficiat ad translationem. Jus istud duplex est, gentium, quo inducta distinctio dominorum, *l. 5. sup. De just. & jure*, & civile. Illius modi sunt varii hoc Tit. explicati, quos brevitatis caussâ ad tria capita referemus, Occupationem scilicet, Accessionem, & Traditionem.

7 Occupatio est justa rei apprehensio, per quam habetur possessio naturalis, à qua dominium rerum quondam cœpit. Habet locum tam in rebus inanimis, quam animatis, & quidem plerumque nullius. Dico, plerumque; ob res hostium, quæ capientium fiunt.

8 Hujus prima species est occupatio ferarum; per venationem, quâ nobis acquirimus animal, quod in terra versatur, per aucupium, quo quærimus animal, quod in aëre degit, per piscationem, quo quærimus animal, quod pascitur in aquis; ex regula, quæ habet, quod nullius est occupanti cedere: sive in suo cœperit loco, sive in alieno, *§. fera Inst. De rer. divis. l. 3. hoc tit.* * etiam domino invito & prohibente, cujus prohibitio etsi det actionem injuriarum contra prohibitum, *secundum Glossam in l. Divus sup. De servit. rustic. præd.* uti & ad damnum, si quod datum per ingredientem, neutiquam tamen feram afficit, quæ nihilominus nullius manet, cum animalia non tam terræ, in qua gradiuntur, non etiam adhærent, quàm aëris, in quo spirant, conditione æstimentur: is autem communis est: ut capiens feram, etiam in alieno, eam suam faciat citra restitutionis necessitatem, cùm in alieno captum, quod nullius est, suum facere nulla sit injuria. Covarr. *ad c. Peccatum p. 2. §. 8. nu. 5.* Faber *ad d. §. fera nu. 1.*

9

10 Quòd non tantùm procedit in fera manu suâ capta, verùm & instrumento: quo modo laqueo aut retibus intricata, ut expedire se non possit, rectè attribuitur illi, qui laqueum posuit, *arg. §. apum in fine Instit. d. tit.* Non obstante *l. In laqueum 55. hoc tit.* per quam etsi Bart. & alii communiter teneant, non aliàs feram fieri ejus, qui laqueum posuit quàm si eam apprehenderit, rationi tamen naturali magis congruit, eam esse ponentis laqueum, qui non potest negari sufficienter feram occupasse, ademptâ ei libertate naturali per suum instrumentum. Pro qua parte videtur potiùs facere *d. l. 55.* dum, non habitâ ratione distinctionum in principio positarum, simpliciter resolvit, aprum meum esse, si in meam potestatem pervenerit: pervenit autem in meam potestatem per laqueum seu instru-

strumentum. Quo & facit, quod subjungitur ibidem, eum, qui dimittit talem aprum in suam naturalem laxitatem, teneri mihi in factum, quia rem meam dimiserit. Et hanc opinionem usus confirmavit. Less. 2. De *Iustit. & jure cap. 5. dub.* 11. Cui non contradicit, quod habet *l. 5. §. 1. hoc tit. & §. 13. Instit. De rer. divis.* * Vulneratam feram non alias fieri vulnerantis, quam si eam apprehenderit; nam non æquè possumus dici apprehendisse vulneratam, atque laqueo intricatam, aut retibus impeditam, siquidem quod per instrumentum nostrum tenemus occupatum, id occupasse dicimus. Et hæc ita secundùm strictam rationem; nam usus illi dat feram, qui vulneravit & persequitur, ut tradit Glossa *d. §. 1.* Binsfeld. *ad cap. 4. qu. ult. concl. 14.* ⁂ *De injur.*

11

12 Dicta de feris accipienda, quatenus sunt in sua naturali libertate, non etiam de iis, quæ habentur pro occupatis, veluti quæ sunt inclusæ locis certis, quibus feræ pascuntur, veluti vivariis, quæ Roboraria olim dicta fuisse, à tabulis roboreis, quibus septa, tradit Gellius 2. *Noct. Attic. cap.* 20. Ejus ordinis etiam sunt piscinæ, in quas conjiciuntur pisces, qui donec ibi retinentur, occupari ab alio, quam locorum domino, nequeunt, *l. 3. §. item feras 4. inf. tit. seq.* Hinc feræ agentes in sylvis, licet circumseptis, non possunt dici privatæ naturali libertate; uti nec consistentes in sylva, cujus fructus est in venatione, Covarr. *d. §. 8. num. 14. & 15.* Hæc ita de jure gentium, cui multorum locorum statuta usu comparata derogarunt, quæ non permittunt promiscuè feras capere, sed eam licentiam vel Principi soli deferunt, vel paucis aliis, saltem quoad quædam animantium genera, inter quæ est etiam aper, quod animal hoc natum sit ad convivia, secundum Juvenalem *Sat.* 1. Et ut aliquibus in locis sit major licentia venandi, non tamen quovis, sed certo modo, & armorum genere, non omni, sed certo tempore, qua de re est Constitutio Friderici Imp. 2. *Feudor. tit. De pace tenenda.*

13 Vbi quæri solet, An jure nitatur ejusmodi per Principes venandi prohibitio? Ratio dubitandi est, quod jure naturæ competat. Verum eà licentia tantùm est juris naturæ permissivi, sive negativè se habentis, quod per jura inferiora mutari nihil implicat, uti traditum *sup. De just. & jure*, & patet ex eo, quod dominiorum (quorum jure naturæ erat communio) inducta sit distinctio per jus gentium. Facit, quod eorum, quæ nullius sunt, dispensatio sit penes Remp. aut Principem, ut tradit Covarr. *d. §. 8. nu. 1.* & hunc secutus Fachin. 1. *Contr, c. 1.*

14 Dubitatur autem, An ista prohibitio impediat feram captam cedere capienti? Quod non videtur, cum non afficiat feram, sed personam prohibitam; ut fera maneat, uti antè, nullius, atque ita ex ratione naturali fiat occupantis, Covarr. *d. loco nu. 2.* Posset tamen pœnæ caussâ tanquam ab indigno auferri; uti & instrumenta, quibus capta, auferuntur capienti. Cui & alia pœna indicitur, etiam capitis, ut quidam volunt; verùm ea pœna minùs humana, cùm nimis durum sit, hominem ad imaginem Dei creatum ob captam feram vitâ privari, Fachin. *d. loco vers. Superest ut de pœnis*, Gail. 2. *obser. c. 68. num. 10.* Binsfeld *d. qu. ult. concl. 16.* Potest & impediri dominium per Principem capienti; nam uti illi rem suam alicui auferre ex caussa licet, quidni & impedire ejus acquisitionem? Ut autem sit licita Principibus venandi prohibitio, incumbit tamen eorum curæ, præcavere, ne ferarum multitudo damnum privatorum agris inferat, cujus restitutio ipsi incumbit.

15 Hæc de animalibus feris. Non fera semper ejus manent, cui quæsita, donec eius facto dominium mutent, cum non habeant animum se vindicandi in libertatem. Quod & dicendum de animalibus feris quidem, sed quæ mansuefieri possunt, ut eant pastum & redeant, quorum quoad possessio penes non est, ea capi citra vitium furti ab aliquo nequeunt, qua de re *Instit. De rerum divis. §. fera igitur.*

16 Secundo, Spectant ad occupationem capta ad hostibus, sive mobilia, sive immobilia; sive animata, sive inanimata: quæ cedunt capienti, non ex ea ratione, quod sint nullius, cum sint hostium, sed quod turbando mutuam societatem, inferendo vicinis injurias, earumque reparationem recusando deliquerint, atque per hoc indignos se fecerint, quorum rebus patcatur; aut etiam personis quæ captæ fiunt capientium, eorumque servituti subiiciuntur, ut hac via coërceatur improbitas, & discant se melius habere. Si enim privatim vim vi repellere licet, ex jure naturæ, quidni & publicè per bellum? Sit tamen justum, quale hac in materia est, quod legitimè ab iis geritur, qui bellum gerendi jus habent. Cujus ordinis sunt populi, aut Principes non habentes superiorem, inter quos de æquitate caussæ civiliter disputare non convenit.

Et hoc ita quoad hos effectus iuris gentium; quamvis, si ad bonum & æquum respiciamus, & boni viri officium, desideretur etiam causæ justitia. Quoad attinet ad homines captos in bellis inter Christianos, ex laudabili consuetudine illi manent liberi, & soluto redemptionis pretio dimittuntur.

17 * Quantum ad res, illæ etiam hodie cedunt capienti, saltem mobiles, non etiam immobiles, quæ, ut olim, cedunt Principi vel Reip. bellum gerenti, unde & dicuntur publicari. In mobilibus olim variatum fuit, quæ interdum cedebant Reipub. & divenditæ à Quæstoribus distribuebantur inter milites; interdum etiam concedebantur militibus, uti hodie moris est, ad excitandos eorum animos, Covarr. *ad d. c. Peccatum. p. 2. §. 11. n. 6.* Binsfeld *ad c. 8. qu. 2. concl. 14. & 17. x De injur.*

18 Quantum ad res, quas hostis eripuerat, recuperatas, omissis aliis distinctionibus, dicendum est, eas, quarum est postliminium, recuperatas prioribus dominis esse restituendas, *l. final. inf. De capt. & postlim. revers.* non etiam eas, quarum non est postliminium, quia perfectè semel hostium sint factæ, ut illis iterum ereptæ cedant capientibus; quam distinctionem agnoscit & Marcellus in *l. 2. inf. De capt.* Quòd si aliquis res aliorum ab hoste redemerit alias perituras, dictat ratio eidem refundendum esse pretium, quippe qui rem salvam fecerit. Vide Covar *d. loco num. 7. & 8.*

19 Tertiò, Ad occupationem spectat inventio eorum, quæ nullius sunt, sive numquam alicujus fuerint, cuius ordinis sunt lapilli, gemmæ, conchilia, & similia, in littore maris inventa, *§. item lapilli Inst. De rer. divis.* præsumuntur enim è mari talium feraci ejecta nullius in dominio extitisse; sive alicuius fuerint, cuius ordinis sunt habita pro derelictis, *l. 1. inf. Pro derel.* quæ dominus eâ mente abjecit, ut in rerum suarum numero haberi nolit, Quò referri posse videntur missilia, tempore inaugurationis à Principibus jactari in vulgus solita, quorum ea est conditio, ut quantum quisque capit tantum habeat, quamvis ea possent referri ad traditionem, *Inst. d. tit. §. hoc amplius.* Possent & huc referri bona vacantia rorum, qui sine hærede decedunt, verum ea jure communi ad fiscum devolvuntur *C. De bon. vacantib.* Pro derelictis neutiquam habenda ea, quæ dominis ignorantibus de curru deciderunt, quia animus deest, unde iis sunt restituenda: qui si requisiti non compareant, ea detinens non potest dici obnoxius furti, cum animum furandi non habeat, qui non invenit dominum, cui restituat: quamvis tutius sit eorum venditotem pretium in pauperes distribuere.

20 Eo etiam loco non habendæ merces, quæ navis levandæ causa ejiciuntur: quæ causa facit non subesse animum eas derelinquendi, unde ab aliis exceptæ, vel ad littus appulsæ, dominis suis restituendæ; non obstante contraria consuetudine, quæ addit afflictionem afflicto, *Auth. Navigia C. De furt. l. 1. C. De naufrag. lib. 11.* Et hoc non tantum si res missæ integræ permaneant, verum etsi aquæ attactu sint perituræ, nam cum jactentur, periculi evitandi causa, non potest præsumi animus eas habendi pro derelicto; ut exceptæ forte fortunâ, dum jaciuntur, sint restituendæ dominis suis, qui non creduntur eas jecisse animo habendi pro derelictis, cum subsit causa alia, uti jam dictum, *l. Qua ratione 9 in fine h. tit. & lib. 8. sup. Ad Leg. Rhod. de jactu.* Ut non obstet *l. Falsus 43. § si jactum inf. De furt.* ubi dicitur, plerumque credendum esse animo derelinquentis jactas esse, cum sciantur perituræ; accipienda enim de iis, quæ nulla necessitate jaciuntur, quia tunc non potest sumi alius animus, quam derelinquentis: secus si alia causa subsit, ut ibi prosequitur I. C. qui distinguit, an jaciens merces, vel res, habuerit animum derelinquendi, nec ne.

21 Intelligendus autem per inventionem non nudus conspectus, sed talis, quem apprehensio subsequitur. Quò facit *l. 1. §. 1. inf. Ut. seq.* quæ vim ponit in apprehensa possessione: & *l. 3. §. Neratius d. tit.* ubi, rejecta eorum sententia, qui affectum sufficere putabant ad possessionem, probatur Sabini, qui non alias thesaurum inventoris esse dicebat, quam loco motus esset, cùm antè non possit patere de voluntate ejus, an velit suum esse, nec ne. Contrà *Valasc. De Iure emphyt. quæst. 15. num. 2.*

22 Pertinet autem ad inventionē thesaurus, qui etsi alicuius fuerit, nullius tamen habetur, quòd ignoretur dominus. Unde rectè describitur à I. C. esse vetus dispositio pecuniæ, cuius non extat memoria, ut dominum non habeat, *l. Numquam 31. §. 1. h. t.* quòd non esse & non apparere sint paria. Unde si ex syngrapha adjecta, aut alio indicio appareat de deponente, illi, si notus, eiusvé hæredi reddendus esset. Cedit autem thesaurus invenienti in suo totus, licet data operas non tamquam fructus, nam cū non renascatur, in fructu esse dici nequit: quo modò & inventus in fundo

fundo dotali, non cedit marito nisi pro parte, *l. Divortio* 8. § *si fundo sup. Soluto matrim.* sed ut loci beneficium. In alieno inventus tantùm pro dimidia parte cedit inventori, altera autem dimidia domino loci, cuius est beneficium, debetur, ex juris dispositione, quæ obligat ante sententiam, quia non est pœnalis, *Inst. De rer. divis. §. thesauros.* si tamen fortuito inveniatur, nam data opera in alieno quærere non licet, ut aliena effodiendi & violandi occasio auferatur. Unde taliter inventum domino loci cedere jubetur inveniens pœnæ nomine, *l. un. C. De thesaur. lib.* 10. quæ facit eum ante sententiam non teneri, ante quam nemo tenetur ad pœnam, Less. 2. *De Iust. & jure cap.* 5. *dub.* 1. *num.* 59. Qua de causa inventum artibus malis nemo cogitur cedere fisco ante sententiam; salvo etiam ante eam domino jure suo quoad dimidiam partem. Less. *d. c.* 5. *dub.* 17. post Navar. *in Summa c.* 17. *nu.* 175.

24 In publico, an privato sit inventus non videtur differre, cum dimidium tantum inventori cedat, dimidium Cæsari aut civitati, cujus est locus, *Instit. De rer. divis. d. §. thesauros*, qui inventum in loco sacro aut religioso totum attribuit inventori ex Constitutione Divi Adriani, ea ratione, quòd talis locus sit nullius. Quæ res patitur difficultatem ob *l.* 3 § *penult. inf. De jure fisci*, ubi dicuntur Divi fratres Antoninus scilicet & Severus, constituisse, ut in locis fiscalibus vel publicis, religiosisque inventi thesauri dimidia pars fisco vindicetur. Ad quorum locorum conciliationem Glossa *d. §. thesauros*, dicit istius loci decisionem procedere secundum naturalem rationem, dictam verò *l.* 3. secundum civilem dispositionem, eamque prævalere ob publicam utilitatem, & esse approbatam per Vsus Feudorum, *lib.* 2. *tit. Quæ sunt Regaliæ* 56. ut secundum eam *d. §. thesauros* sit dicendus correctus. Quæ conciliatio etsi pluribus probetur, minus tamen congrua est, cum Instituta sint posteriora Digestis, saltem compositione, ut illis potius derogare fiot dicenda. Præterea correctio textus evitanda, nisi sit expressa. Consonantius dicetur, *d. §. thesauros* loqui de loco religioso, qui licet proprietate sit extra bona nostra, cum sit divini juris, usu tamen est privatorum, quorum auctoritate propria factus religiosus, retento sibi & suæ familiæ usus, quibus ideo inventus ibi thesaurus cedet; dictam verò *l.* 3. de loco religioso, qui usu sit alterius, cui proinde inventus ibi thesaurus pro parte debeatur. Vid. Covarr. *ad c. peccatum p.* 3 § *ult. num.* 3. Gilken *ad d. §. thesauros num.* 10. *& seqq.*

25 Est autem controversia in dictis legibus tantùm de locis religiosis, non etiam de sacris, quæ hominem sunt extra commercium posita auctoritate publica, atque ita nullius, ut secundum *d. § thesauros* occupanti cedat ibi inventus thesaurus. Non pauci tamen auctores inventum in loco sacro thesaurum attribuunt Prælato, in cujus dominio volunt esse locum sacrum. Quod idem sentiunt de religioso, qui hodie non tam propria quam publica construitur auctoritate. Verum obstat iis, quod locus sacer non sit in dominio Prælati, qui eius tantum est administrator, ut videatur procedere decisio *d. §. thesauros* non correcta per jus Canonicum. Less. *d. c.* 5. *dub.* 16. *nu.* 64. Garsias *De expensis & meliorat. cap.* 22. *num.* 51. Nisi aliter habeat consuetudo, quæ non potest negari esse justa. *Quod attinet ad res profanas Ecclesiæ, uti domos, fundos, thesaurus in iis inventus Ecclesiæ pro parte est attribuendus, cùm illa talium rerum vera sit domina, ut non debeat esse deterioris conditionis, quàm privatus. Joan. Faber. *ad §. Nullus num.* 2. *Instit. De rer. divis.* Garf. *d. loco vers. in Episcopo.* 26

27 De thesauro invento in loco emphyteutico aut feudali res est controversa: nam alii dimidium attribuunt domino proprietatis, alterum vasallo aut emphyteutæ, quòd ille sit dominus directus, hic utilis; & hoc, sive ille invenerit, sive hic. Navarrus *in Summa d. cap.* 17. *num.* 172. Alii è contra alteri eorum inventori dimidium tribuunt, alterum vero dimidium dividi volunt, quasi inventum in loco non omnino proprio, atque ita ab extero. Less. *d. dub.* 15. *num.* 61. Verum dicendum, vasallum & emphyteutam esse potiores, iisque inventum à se thesaurum totum cedere, tanquam in suo, ab alio verò etiam ipso directo domino dimidiam tantùm partem. Cujus ratio est, quòd utile dominium ad eos pertineat, & omne rei commodum. Lud. Molina *De primogen. Hisp. lib.* 1. *cap.* 23 *num.* 7. D. Burgund. *Controvers. ad Consuet. Fland. tract.* 12. *num.* 15. *Qua in parte sunt potiores fructuario, uti & creditori, qui inventi in fundo oppignorato thesauri tantum dimidiam partem sibi habet, quòd sit donum fortunæ, vel potius Dei, *l. un. Cod. De thesaur. lib.* 10. cum non sit fructus aut pars hypothecæ, & ut fructus esset, non tamen fructus cedit creditori, et ita tenet Glossa in *d. § thesauros in V. in suo*, Faber *ibid. num.* 2. Garf. *d. loco num.* 51. 28

29 Quod & dicendum in fundo majoratus sive primogenii, cum possessor pro tempore, quo possidet, habeatur ejus dominus, non tantum fructuarius, & omne commodum capiat, salvâ rei substantiâ, quam non impedit thesaurus, cum non sit fundi pars. Ut non rectè quis obiecerit *dict. lib. 8. §. si fundo*, quæ agit de re dotali, cuius dominium verum non tam est penes maritum, quàm uxorem. Molina *d. cap. 13. num. 5.* Guitierrez *De tutelis p. 3. cap. 26. num. 8. & seqq.*

30 Dubitari etiam posset de thesauro invento in ædibus emptis? Verius est emptorem sequi, ut colligitur ex responso Scævolæ in *l. A tutore 67. sup. De rei vindicat.* ubi pecunia inventa in ædibus emptis, nisi sit thesaurus, reddenda ei, quia eam perdidit; unde si thesaurus fuerit, cedit emptori tamquam inventus in loco suo. Cui non oberit scientia ante emptionem perfectam thesauri in eo loco existentis, ex eo, quòd thesaurus non potuerit dici ab eo inventus ex sola scientia ante apprehensionem, quæ ad inventionem necessaria, uti supra dictum, Navarr. *d. cap. 17. num. 175.* Nec potest illi dolus objici ex causâ scientiæ, cum venditor nulla re sua sit fraudatus, utpote cuius non erat pars thesaurus, ut ab eo tamquam ignaro non possit dici possessus, *l. 3. §. Neratius inf. tit. seq.* Non etiam ex parte pretii, quod sufficit commune datum esse, neque enim illud augebit thesaurus latens. Vid. D. Burgund. *d. loco num. 16.*

31 Hodie in plerisque locis Principes thesauros sibi attribuunt, vel integros, vel partem eorum, sive in loco publico, sive communi inveniantur. De cuius justitia etsi aliqui addubitent, quod jure naturæ sit nullius, supra quod non est Princeps, neque illud immutat; est tamen extra reprehensionem, siquidem ut privatis venationem ferarum, quæ nullius sunt, potest prohibere, & sibi reservare, non obstante jure naturali, quod tantùm est permissivum, ut nihil implicet mutari, ita & Thesauros sibi aut Reip. adscribere, nec permittere, cedant invenienti aut domino, cum sit Principis disponere circa illa, quæ nullius sunt. Deinde ut lex potuit attribuere partem domino loci, quidni & sustinerer, ut fisco cedat, aut etiam totus domino, aut nihil? Quod & consuetudine concessum aliqui volunt, quæ proba est, si non sit violenter inducta, qualis non induceret obligationem. Covarr. *d. §. ult num. 4.* Barbosa *ad l. Divortio 8. §. si fundum nu. 49. sup. Soluto matrim.* Molina *De justitia & jure disput.* 56 *in fine.* * Eadem ratione & venas auri argentique sibi arrogant Principes: quo nomine etiam permissum in alieno quærere venas istas, etiam invitis dominis, *l. 3. Cod. De metallar. lib. 11.* Alias fodinas non ita sibi arrogant Principes, quod ex iis tantum commodum publico non adveniat.

32

33 Secundùm caput est Accessio: quæ est modus acquirendi, ex eo, quod rei nostræ alia accedat: idque ex naturali ratione, qua adiunctum cedit subjecto, & accessorium sequitur principale, etiamsi hoc vilius sit, istud vero pretiosum, cum non tam pretium rei inspiciatur, quam conditio: quo modo poculo terreo imposita gemma nobilis eidem cedet. Est autem duplex ista accessio, alia naturalis, alia industrialis. Hæc desiderat hominis operam & artificium, non etiam illa. *Ad quam spectat

34 Primo fœtus animalis: quod enim ex nostro animali nascitur, nostrum esse æquum est, si scilicet nascatur de femella, licet ex alterius conceperit animali, *l. 5. §. idem scribit sup. De rei vind.* Cuius ratio est, quod partus sequatur ventrem, argumento fructuum terræ, qui non iure seminis, sed corporis, ex quo percipiuntur, æstimantur, *l. Qui scit 25. §. 1. sup. De usur.*

35 Secundo, Alluvio, qua aliquid alterius agro adjectum eius fit, *l. Adeo 7. §. 1. hoc tit.* Ratio posita est in latenti accessione, qua detractum fundo unius, adjectum fundo alterius ita unitur, ut discerni nequeat, quantum accreverit. Unde alluvio vocatur incrementum latens, inspecto scilicet effectu, cum aliàs ipsa sit expulsus fluminis in ripam, quo paulatim aliquid alterius fundo accedit. Ut secus sit dicendum, si maior pars uni fundo detracta adjiciatur alteri: cum sic possit discerni, quantum accesserit: quod ipsum vindicanti restituendum, utpote vi fluminis abstractum: nisi cum terra vicini iam coaluerit, quia plenè eius factum, *Instit. De rer. divis. §. Praterea.*

36 Tertio, Insula, cuius appellatione frequenter in iure nostro veniunt ædes, quæ communibus parietibus cum vicinis non junguntur, sed publico privatové circuitu cinguntur, ad similitudinem earum terrarum, quæ aqua succinguntur. Vulgariter tamen denotat eum locum, qui aquis ambitur, quo modo & hic capitur: *& alia in mari nascitur, quæ pertinet ad occupationem, quod nullius sit in bonis, ut ipsum mare: alia in flumine quæ spectat ad accessionem naturalem, ceditque iis,

37

qui

qui prope ripam prædia colunt hinc inde, pro frontis agrorum latitudine, *l. inter eos h. t.* quatenus est in medio fluminis enata. Nam si alterius agro sit propinquior, ejus tantum erit, et iamsi postea extendatur, ultra medium flumen, quia quòd accrescit alluendo sequitur ipsum, cujus primùm facta jure alluvionis. Ideo autem insula est juris privati, non publici, uti flumen, quia alveo cohæret, qui est unitus cum ripa, qui est privati juris. 38 * Nisi tamen agri sint limitati, quibus quod certis sint circumscripti limitibus, adjectum per alluvionem non cedit, sed in publico manet, *l. In agris* 16 *hoc tit.* Uti nec cedit insula eo casu, quam occupantis fieri habet *l.* 1 *§ insula infra De fluminib.* eo quòd alveus sit nullius, cum nequeat dici fluminis, à quo non tam continetur, quam ipsum continet.

Ad accessionem industrialem varia spectant. Et 39 primò intextura, quando quis purpuram alienam vestimento suo intexuit, aut contra: nam eùm accessionis vicem habeat vestimento cedat necesse est tamquam principali. * Adeo ut vindicari ne- 40 queat, eo quod habeatur pro extincta; rei autem extinctæ non sit vindicatio, quia ejus non est dominium. Nisi prius per actionem ad exhibendum fuerit separata; tunc enim ut revixit dominium, ita & est vindicatio. Idem juris est in gemmis, aliisque rebus adjunctis; bona tamen fide, nam mala daret conditionem furtivam §. *Si tamen* 10, *Instit. De rer. divis.* Lanam alienam purpura inficiendo non mutatur ejus dominium, quod tantum accidens aliquod ei accedat. *l. Sed si* 6. *in fine h. t.* Ita autem ad exhibendum in dictis & similibus agi potest, si res, quæ accessit, separari possit; neque enim alius exhibere cogitur, quàm qui exhibendi habet potestatem, quæ deest, quando res ita juncta, ut separari nequeat. Exemplum est in *l. In rem* 23 §. *Item quacumque sup. De rei vindic.* ubi brachium alienum statuæ meæ junctum per ferruminationem meum est, nec agi potest ad exhibendum: secus est, si per applumbaturam sit adjunctum. Ratio differentiæ ibi traditur, quod ferruminatio sive ferrumen contingat per eandem materiam, vel idem metalli genus, veluti quando ferreus pes statuæ meæ ferreæ, interveniente materia ferrea, jungitur, aut argenteum brachium statuæ argenteæ: ut ponat confusionem, & partem adjectam faciat haberi quasi consumptam ab ea, cui adjecta est, à qua non apparet distincta; plumbatura vero fiat per diversam materiam, sive diversum metalli genus, ut id quod adjectum non videatur consumptum. Cujus etiam facilis est separatio ob apparentem distinctionem, ut domino sit actio ab exhibendum contra eum, qui adjunxit. Non obstat dictis, quod habet *l. Quidquid.* 27. *in fine hoc tit.* quæ dicit partes duorum dominorum ferrumine adhærentes ipsorum manere; quia agitur ibi de partibus conjunctis, quarum neutra alteri est accessio.

41 Tertio, Implantatio, quâ alienam arborem quis in suo solo plantat, aut suam in alieno, quæ solo cedit, tamquam accessorium principali. In qua hoc singulare est, ut eruta posteà planta, ubi in solo radices egerit, ne quidem à pristino domino vindicari queat, §. *si Titius* 31. *Instit. De rer. divis.* quod ratio non permittat alterius intelligi plantam, quàm ejus, in cujus fundo alitur. Idem juris est in satis alienis in suo, aut suis in alieno, *Inst. d. tit.* §. *qua ratione.* Idem obtinet in litteris, etiam aureis, alienæ chartæ, etiam vilissimæ, inscriptis, *l. Qua ratione* 9. §. 1. *h. t.* * Idem quoque juris poni in pictura vult 42 naturalis ratio, ut scilicet cedat tabulæ tamquam accessorium; qua inspecta ita respondit Paulus *d. l. In rem* 23. §. *sed & id sup. De rei vindic.* Ex singulari tamen jure secus in ea receptum, ut scilicet tabula cedat picturæ & pictori, concessa domino tabulæ utili adversus pictorem actione, qua efficaciter experiatur, soluto tamen picturæ pretio, ut tradit Cajus in *d. l.* 9. §. *sed non hoc tit.* Cujus responsum amplexus est Justinianus, §. *si quis in aliena* 34. *Instit. De rer. divis.* quod indignum sit vilissimæ tabulæ picturam Parrhasii vel Apellis cedere.

43 IV. Conjunctio diversorum corporum, quæ vel in specie permanent, & dominium non mutant, qualis modus dicitur Commixtio; vel non manent in specie, uti fit in liquidis, & dicitur Confusio. Quæ casu contingens, aut duorum voluntate, facit res esse communes, & utrique dominorum salvam esse vindicationem pro rata portionis, §. *si duorum* 27. *Inst. d. tit.* nisi alter dominus consenserit in confusionem, nomine alterius, cujus solius tota res erit, *l. Nisi* 25. *h. t.* Quod & dicendum, si ex aliena materia species nova fiat; cedit enim ea specificanti, sed non indistinctè. * Qua in re diversæ Jurisconsultorum 44 scholæ diversum olim statuerunt: nam Cassius & Sabinus indistinctè domino materiæ attribuerunt speciem novam, hac ratione, quod ei invito res sua auferri non debeat, & quod ex re alicujus natum est, aut provenit, ejus esse oporteat. Proculus vero & Nerva è contra specificanti eam addi-

addicebant, quod de novo producta, tamquam nullius, ei, qui caussa ejus esset, rectius attribueretur. Hæc controversia à posterioribus Jurisconsultis composita, ut, si res ad eandem materiam reverti posset, procederet prior opinio. Ratio est, quod, cum prævaleat materia, quæ eadem, ut ante, subest, nova forma ei sit accidentalis, atque ita merito illi cedat; veluti scyphus ex auro meo factus, cum aurum idem maneat, non potest negari esse meus. Ut vero posteriori in casu, quo pristina materia est extincta, prævaleat nova forma, quæ dat esse rei, & ponit rem novam non reducibilem ad priorem materiam, *d. l. 7. §. cum quis l. In omnibus 24. h. t. & l. Iulianus 9. §. si quis sup. Ad exhiben.* veluti si ex aliena lana vestem quis fecerit; neque enim vestis ad lanam redui potest, quæ ideo cedit vestem facienti, uti & mulsum ex alieno vino factum. Est tamen domino actio ad rei suæ pretium, quod non debet cedere specificanti.

45 * Et hoc ita, si specificantem excuset bona fides; nam scientia rei alienæ nihil illi commodabit, cum faciat eum ad exhibendum teneri, *l. De eo 12. §. si quis ex uvis sup. Ad exhiben.* ne malitiis indulgeatur. Facit etiam obnoxium furto, *l. Si quis uxori 52. § si quis massã inf. De furt.* quia contrectat rẽ alienam, lucri faciendi animo.

46 Quod & procedet, si partim ex sua, partim ex aliena materia species nova facta fuerit; obstat enim mala fides, quo minus totam suam faciat formans, cum quod juris est in toto idem & sit in parte, *l. Quod de tota 76. sup. De rei vindic.* Nec facit, quod accessorii loco adjuncta cedant nihilominus principali, non obstante mala fide; hoc enim obtinet & quando alterum alteri est accessorium, non etiam quando utrumque habetur principale, ut patet ex *d. l. Quidquid 27. in fine.*

47 V. Inædificatio, quando ex sua materia quis ædificat in solo alieno, aut contra ex aliena in solo suo; cedit enim materia solo, ut accessorium: quæ & manet domini soli, interea sopito ejus dominio, dum tignum (quod à tegendo dictũ est, & quo nomine omnis materia ædificationi apta venit, *l. 1. inf De tigno juncto*) junctum manet, ita ut vindicari nequeat, quia vindicatio non est ejus rei, quæ non extat, hæc autem pro extincta habetur; nec ad exhibendum agi, quia tum demum ad exhibendum agitur, quando res separari potest: hic autem non potest, non quidem per rerum naturam, sed per Legem XII. Tabb. prohibentem exemptionem tigni alieno ædificio inædificati, ne hoc prætextu ædes diruantur, cum deformatione aspectus civitatis, aut desertionis culturæ vinearum. Est autem domino actio contra eum, qui tignum alienum ædibus suis junxit, in duplum, *Instit. d. tit. §. cum in suo solo.*

48 Ubi primo quæritur, An ædificans possit eximere tignum, & exemptum restituendo liberare se à præstatione dupli? Quod videtur velle Donellus, 4. *Comment. cap. 33.* ex ratione, quod non agat dominus, nisi ut indemnis servetur, & non nisi in gratiam rei videatur prohibita exemptio, ut videtur colligi ex *d. §. cum in suo* in verbis, *ne quis ædibus suis junctum eximere cogatur,* & ne sit necesse ædificia rescindi. Verum contra dicendum est, quod non privato commodo, sed publico exemptio sit prohibita, secundum dicta paulo antè. Ita Glossa *ad d. §. cum in suo V. de tigno juncto & ibid.* Gilken. *nu. 78. & seqq.* & alii plerique.

49 Quæritur secundo, An de duplo dicta etiam obtineant in eo, qui bona fide junxit tignum non vitiosum? Quod posset videri, ex locis variis, quæ simpliciter de duplo præstando loquuntur, etiam ab eo, qui bona fide junxit, *d. l. In rem 23. §. tignum, d. §. cum in suo,* Donell. *d. loco.* Verius est, vitiosi nomine bona fide juncti non nisi simplum esse præstandum, ne puniatur, qui non deliquit, *l. Qui res 98. in fine, inf. De solutionib.* ubi pretium rei junctæ tantum dicitur dandum, scilicet à bonæ fidei possessore. Eodem facit textus in *l. De eo 63. sup. De donat. inter vir. & uxor.* ubi ideo dicitur non agi in duplum, quod tignum non sit furtivum. Non obstant loca contraria; loquuntur enim de tigno furtivo, quod conceptum apud alium, id est quærendo apprehensum, cujus nomine debetur duplum, nihil excusante bona fide, Paulus 2. *Sent. cap. 31.* cui tamen est regressus contra offerentem per actionem furti oblati, *§. conceptum Inst. De obligat. quæ ex delic. nasc.* Ita Cujac. 23. *Obser. cap. 19.*

50 * Qui scienter junxit suo ædificio tignum alienum, tenetur actione pœnali in duplum, & proterea vindicatione, quasi dolo possidere desiisset, cum fur ultra pœnam etiam in rem conveniatur, non tam ut tignum eximat, obstante L. XII. Tabb. quam ut pretium solvat. Nisi sciente domino junxerit, cui tunc est salva vindicatio tigni soluti, *d. l. 63. in fine,* cujus dominium non tam fuit extinctum, quam interea sopitum.

51 Quantum ad eum, qui in alieno solo ex sua materia ædificavit, etsi videatur amittere dominium

suæ

suæ materiæ, secundum *d. l. 7. §. ex diverso hoc tit.* est tamen illi salva repetitio pretii materiæ, & expensarum. * Ad cujus rei majorem intelligentiam præmittendum, impensas alias esse necessario factas, propter quas omissas res vel periisset, vel deterior facta fuisset: alias utiles, quæ factæ fructum quidem rei augent, omissæ autem non fecissent deteriorem: alias voluptatis caussa, quæ speciem quidem ornant, fructum tamen non augent, *l. Impensæ 79. inf. De verb. signif.* Menoch. 2. *Arbitr. casu 258. in princ.* [52]

[53] Impensas necessarias quilibet possessor, etiam malæ fidei, repetere posse videtur per *l. Domum 5. Cod. De rei vindic. & l. Planè 38. sup. De petit. hæred.* ubi hoc ipsum exprimitur. Ratio est, quod non possit videri donasse, qui necessario egit, sciens negligentiam suam sibi fore imputandam, *l. Ei qui 54. sup. d. tit.* * In necessitate autem nemo est liberalis. [54] Quod & in impensis circa fructus dicendum procedere, *l. Si à domino 16. §. fin. d. tit.* tum quia sine his fructus non fuissent, & easdem facturus erat dominus, qui ideo non rectè eas refundere recusat; tum quod fructus eos tantum esse constet, qui deductis expensis supersunt, *l. Fructus 7. sup. Soluto matrim.* Menoch. *d. loco num. 30. & seqq.*

[55] Non rectè obiicitur *l. Si servus 27. §. si olivam sup. Ad L. Aquil.* ubi qui alienas olivas decerpsit, aut segetes desecuit; impensas non deducit, quod eas censeatur donasse juris interpretatione: hoc enim ideo, quia factæ in collectionem fructuum rei per alium possessæ: ut aliud dicendum sit, quando sunt factæ circa rem ab isto possessore habitam, *d. l. 36. in fine.* Ratio differentiæ est, quod possessor malæ fidei teneatur ad fructuum perceptionem, quam si negligat, fructus refundit, ut necessitas excludat animum donandi: quæ eadem non militat, quando res non est possessa per eum, qui sumptus fecit, ut ejus malitia faciat induci interpretativam donationem. Barbosa *ad l. 7. nu. 9. sup. Soluto matrim.*

[56] Non obstat etiam *l. 1. C. De infantib. expos.* ubi impensæ alimentorum infantis etsi necessariæ sint, quod sine his infans non crevisset, *l. Necare 4. sup. De agnosc. lib.* per furem tamen qui eas fecit, non deducuntur: sed dicendum, rationem ejus esse, quod furi non permittatur deducere impensam licet necessariam, nisi quæ sit in rerum natura, & possit abradi; in casu autem *d. l. 1.* abradi non potest. Et hoc ita odio furum inductum volunt, quod specialia multa circa conditionem furtivam induci fecit; uti & quod res furtiva æstimetur, attento tempore, quo plurimi valuit, *l. In re furtiva 8. §. 1. sup. De condict. furt.* etiamsi facto furis pluris valeat, qui adjicit aliquid inseparabile, *l. Ex argento 13. d. t.* Barbosa *ad l. Divortio §. fin. n. 72. sup. Sol. matrim.* Videtur tamen aliis non esse singulare in fure, sed & in aliis possessoribus malæ fidei obtinere, si expensas abradi non possint; ex ratione, quod, cum sine detrimento rei tolli non possint, æquum sit, petitorem pro eo commodo, quod sentit, ut nullum suæ rei detrimentum fiat, impensas ante omnia resarcire; cùm vero tolli neutiquam possunt, nulla sit ratio, ut quidquam pro iis præstet dominus, cui satis est abradantur, quatenus abradi possunt. Vide Ant. Faber 2. *Conject. cap. 1.* Menoch. *d. loco n. 50.* Fachin. *1. Contr. c. 55.*

[57] Quantum ad impensas utiles, consultum est bonæ fidei possessori per earum deductionem aut imputationem, *l. Planè 38. sup De petit. hæred.* ita tamen, si ideo non cogatur dominus rem suam vendere, *l. Utilium 8. sup. De impensis in res dot. factis.* Iniquum enim visum est, ob impensas ab alio in rem suam factas, cogi quem laribus sepulchrisque avitis carere, ut eo casu denegata deductione tantum sit permissum possessori tollere ex his rebus, quas potest, salva rei facie pristina, *l. In fundo 38 sup. De rei vindic.* Nisi dominus paratus sit tantum dare, quantum res abstractæ valent, quia malitiis non indulgendum, *d. l. 38.* Quod si dominus fundum venditurus est, omnes rei impensæ possessori restituendæ, ne lucretur alieno damno, *d. l. 38. in fine.*

[58] Controversia est, quid in malæ fidei possessore sit statuendum. Sunt enim textus, qui denegant illi expensarum deductionem, quod juris interpretatione censeatur eas donasse, cum non videatur alia conjectura quam donandi sumi posse in eo, qui scienter in alieno ædificat: ut *Instit. De rerū divis. §. ex divers.* exceptio ei denegetur, ob culpam, quæ objici potest; & in *l. Iulianus 37. sup. De rei vindic.* exceptio dicatur non prodesse, tantumq; concedatur tollere quod ædificatum, cum dispendio tamē areæ; idem in *l. Domum 5. Cod. De rei vind.* expressè rescriptum sit, ejus, quod impensum, rationem haberi non posse, ob malam fidem. Quam sententiam etiam adjuvat *l. Sumptus 48. sup. d. t.* quæ habet possessori bonæ fidei sumptus in rem alienam factos servari, exceptione doli opposità, per officiū judicis, ratione æquitatis fundatæ in bona fide; ut aliud videatur statuendum si mala fides adsit. Verùm contrariū insinuat *d. l. Planè 38.* quæ ubi præmisit, necessarias & utiles impensas bonæ fidei quidem possessorem imputare, prædonem autem

de se quæri debere, qui sciens in rem alienam impenderit, subjungit, benignius esse in hujus quoque persona haberi rationem impensarum; ex ratione, ne petitor ex aliena jactura lucrum faciat. Quo & facit *l. Vtiles 39. sup. d. tit De hæred. petit.* quæ habet, prædoni quidem probè dici, non debuisse eum in alienam rem supervacuas expensas facere; attamen tollendorum eorum, quæ sine detrimento ipsius rei tolli possunt, fit ei potestas. Ut videatur dicendum, priores leges loqui de rigore, & secundum eum denegari deductionem, æquitatem tamen aliud velle, ne quis aliena jactura locupletetur secundum *d. l. 38. & 39.* Nec est, quod dicantur illi textus loqui in judicio universali, quasi aliud foret in judicio rei singularis, cum in utrisque eadem versetur ratio, ut idem jus sit ponendum. Et licet per dominum opponi possit culpa temerè ædificanti, is tamen rejicietur per superiorem rationem, scilicet quod non debeat locupletari aliena jactura, Cujac 10. *Obs. cap. 1. & in Notis poster. ad §. ex diverso Instit. de rer. divis.* Facit *l. 2. C. De rei vindic.* quæ habet, dissolutam materiam reverti ad dominum, sive bona fide sive mala fide ædificaverit, ut non possit dici donasse. Quo facit exceptio ibi subjuncta: nisi donandi animum habuerit; probandum scilicet ab ipso Domino allegante; nam si animus iste præsumeretur, frustra exceptio ista ibi poneretur. Facit eodem *l. Qui alienum 14 sup. De donat.* quæ dicit, eum, qui alienum fundum excoluit donationis causa, nullam retentionem propter impensas facere, nihilque repetere; quod non rectè adderetur, si hoc ipso, quo alienum fundum excolit, donare censeatur. Nec rectè istam *l. 2.* quis acceperit de ædificante ex aliena materia, quia istiusmodi interpretatio est planè divinatoria & falsa, cum nulla sint verba, ex quibus id colligatur. Deinde ponitur ibi, ad dominum pristinum, vicinum scilicet ædificantem, cujus ibi fit mentio, redire materiam. Estque ista opinio Martini veteris Glossatoris. quam & alii sequuntur. Aliqui tamen ita conciliant dicta loca, quasi posteriora non loquantur, quod præcisè ædificans mala fide per retentionem consequatur id, quod intendit, sed ita, si dominus ipse facturus fuisset, & nolit permittere abrasionem. Vide A. Fabr. *d lib. 2. Conject. c. 1. &* Fachin *Contr. c. 55.*

59 Cæterum ex opinione Martini videtur aliquibus sequi, nullam esse differentiam inter possessorem bonæ & malæ fidei; quod absurdum videri posset. Sed dicendum hanc esse differentiam, quod ille omnimodo impensam deducat, etiamsi res non extet, in quam fecit, saltem in judicio universali hæreditatis, de quo agit *d. l. Plane 38* licet aliter se habeat res in judicio singulari. Ratio differentiæ est, quod in illo judicio consideretur ipsa bonorum universitas; ut, licet res particularis, in quam sumptus facti, perierit, retentio nihilominus fieri possit ex reliquo corpore, cui ut fructus, aliaque accessoria cedunt, ita & impensæ imputantur: in hoc verò, si res meliorata perierit, non fit, quod à domino repetatur, qui rem, circa quam sumptus facti, & cujus nomine agitur, non habet. Bart. *in d. l. In fundo num. 6. & 8. sup. De rei vindic. per l. Vtique d. tit.* ubi re perempta extinguitur judicium super principali. Malæ verò fidei possessor non alias impensas deducit, quam si res, in caussa sive universali sive particulari, sit melior, id est ipsa extet melior facta, eaque ad dominum pervenerit, qui sic afficitur lucro cum damno alieno, in quo consistit æquitas retentionis: nisi tamen dominus expensas solvere non possit, secundum dicta superius, Cujac. in *Recit. ad d. l. Plane.*

Quantum ad impensas voluptatis caussa factas, differentia est inter possessorem bonæ fidei & malæ: nam illæ impensas repetit, quatenus cedunt in domini utilitatem, ex sæpè dicta ratione, *d. l. Vtiles.* Alias abradere potest, salvo rei statu, modo aptatæ ipsi sint commodæ, & nisi tantum, quanti tunc valituræ, offerat dominus, ne malitiis indulgeatur, *d. l. In fundo in fine.* Hic vero eas amittere videtur, ut colligere est ex *l. 5. in fine Cod. De rei vindic.* Et hoc de stricto jure, nam & æquitas abrasionem illi permittit modo jam dicto. *d. l. Vtiles in fine.* Menoch. *d loco n. 8* Sarmient. *1. Select. Interp. c. 10. nu 7.* Garsias *de expensis c. 5. n. 9.* 60

61 Quæritur autem, An post rem restitutam possit agi ad impensas? Videtur dictis locis tantum consuli possessori per retentionem & exceptionem doli mali, quasi post rem restitutam actio, qua sumptus consequeretur, non esset. Quo facit text. in *l. In hoc judicium 14. §. 1. sup. Com. divid. l. Paulus 14. inf. De doli except. l. Si area 33. sup. De cond. indeb.* ubi & condictio denegatur, quod reddendo rem suã domino nihil possit videri datum indebitum. Verum in contrarium sunt alia loca, ut in *l. Si me & Titium 32. sup. De reb. cred. l. Hæres 21. §. 1. Ad S.C. Trebell. Si pup. 6. § sed & si quis in fine De neg. gest.* ubi datur actio ei, qui sui contẽplatione accessit ad negotia aliena adversus eum, qui inde commodum sentit. Alii ibi dant condictionem incerti;

& ut

& ut ea non superesset, per officium tamen judicis consulitur possessori, si fortè omissa exceptione rem restituerit, *d. l. Sumptus 48. sup. De rei vind.* ita exigente æquitate, ne quis damno alieno lucretur, ut priores leges accipiendæ sint de actione, quæ ex ipso actu competere possit.

62 Denique ad accessionem pertinet perceptio fructuum ex re aliena, quæ facit eos transire in dominium percipientis possessoris, quæ est materia *l. Bonæ fidei 48. hoc t.* Verum controversum est, qui fructus & quando fiant possessoris. * Ut præmittendum sit, Fructuum nomine venire propriè id, quod ex re ipsa nascitur, veluti fundo, animalibus, arboribus, cuius generis fructus dicuntur naturales: generalius autem venire etiam obventiones occasione corporis perceptas, cuius generis sunt mercedes locatarum rerum, pensiones, usuræ, reditus, *l. Si navis 62. sup. De rei vind.* quales vocantur fructus civiles. Naturales, alii iterum propriè tales, qui natura sui & per se proveniunt, uti poma, nuces, nulla aut exigua adhibita hominis opera: alii industriales, qui facto hominis indigent, licet ex ipso corpore prodeant, cuius ordinis sunt segetes. Vid. Garf. *De expensis cap. 23. in princ. & nu. 7. & 8.* Menoch. *2. Arbitr. casu 210.*

63 Extra controversiam est, industriales fructus cedere possessori, qui eos bona fide percepit, idq. jure naturali illi datum, ratione curæ & culturæ. *Instit. De rer. divis. §. si quis à non domino.* Quod & dicendum de civilibus, *l. Usura 34. sup. De usur.* Ratio est, quia sine facto possessoris tales fructus non erant futuri in rerum natura, ut

64 merito illi cedant. * Percepti censentur hac in materia non tantùm qui perfectè sunt collecti, veluti conjecti in horreum, sed & qui terra separati. *l. Si ejus 78. De rei vindic. d. l. 48. in prin. h. t.* veluti si spica aut fœnum sit cæsum, uva ademta, olea excussa, quamvis necdum sit tritum frumentum, oleum factum, vindemia coacta, *l. Si fructuarius 13. sup. Quib. mod. ususfr. amit.* hoc ipso enim, quo terra amplius non continentur, desinunt esse pars fundi, & cedunt ipsi possessori.

65 Quæstio tota est de fructibus naturalibus, an & hi cedant bonæ fidei possessori? Negant plerique, inter quos est Donellus *4. Comment. c. 25.* Nititur primò *d. §. si quis à non domino Instit. De rer. divis.* ubi dicitur fructus fieri bonæ fidei possessoris pro cultura & cura; quæ nulla est circa naturales, cùm sponte sua proveniant. Secundò *l. Qui vas 48. §. ancilla inf. De furtis*, ubi dicitur partus ancillæ usucapi à bonæ fidei possessore, quod signum est non esse ipsius, quia aliàs frustrà diceretur usucapi. Tertiò *l. Fructus 45. De usur.* ubi fructus nati ex facto possessoris dicuntur ejus fieri, non etiam sua sponte provenientes, scilicet naturales. Quibus non obstantibus rectiùs sentire videntur, qui & naturales possessori cedere tradunt. Pro quibus facit *d. l. 48.* quæ possessori bonæ fidei attribuit non tantum fructus, ejus opera & diligentia productos, verum omnes; quod verbum generalius est, quàm ut cum Donello *d. loco* restringi possit ad eos fructus tantum, qui opera alterius, qui sementem fecit, provenerunt, cum, præter verbi generalitatem, adjuncta non tam ferant ejusmodi restrictionem, quam potiùs abnuant: subjungitur enim ratio, quòd quoad fructus possessor sit penè loco domini, quæ ratio tam obtinet in naturalibus quam industrialibus. Eodem facit *l. Qui scit 25. §. 1. sup. De usur.* ubi possessori bonæ fidei in percipiendis fructibus idem juris attribuitur, quod dominis præditorum tributum est; ut quod his tribuit dominium, illi tribuat possessio, cuius jure fructus percipiuntur, quod est idem circa naturales atque est circa industriales. Facit præterea, quod ad fructuarium pertineant fructus quoque naturales, ut etiam dicendi sint pertinere ad bonæ fidei possessorem, cùm secundum I. C. in *d. §. 1.* huic plus juris sit, quàm fructuario: alias non foret adæquata comparatio. Et ita tenet Covarr. *1. Var. Resolut. cap. 3. nu. 6.*

Quantum ad argumenta contraria, facilis est solutio. Ad primum quidem, quia quòd ibi dicitur, pro cultura & cura fructus fieri bonæ fidei possessoris, non est accipiendum cum exclusione eorum, qui non habent culturam & curam, sed quòd ratio naturalis in istis hoc maximè exposcat: ut, licet isto nomine non cedant naturales, alia tamen ratio eos faciat possessoris, scilicet possessio bonæ fidei, quæ, uti dictum, tantum dat juris possessori, quantum domino prædiorum est datum, eà ratione, quod non tam habeatur ratio seminis sive causæ, unde producti, quam corporis, circa quod idem est jus possessori, quod domino. Facilis etiam est solutio ad secundum; nam quod ibi opus sit usucapione, ut fiat bonæ fidei possessoris partus ancillæ, ideo est, quod non sit in fructu partus, cum si in fructu esset, continuò fieret possessoris citra usucapionem, *l. 4. §. Lana inf. De usucap.*

66 Tertium argumentum plus habet difficultatis, in ejusque solutione laboratur. Pinellus *ad l. 2. p. 2. cap. 4. num. 59. Cod. De rescind. vendit.* tradit

 ibi

ibi agi non de malæ fidei possessore, sed de eo, qui bonæ fidei est, titulo tamen carens; quem sequitur Garf. *d. c. 24. nu. 35. & seq.* & Fachin. 1. *Contr. c. 57.* Verum ei obstat verbum generale, *nec cuiuslibet*, quod universaliter negat, ut non possit accipi quasi particulariter prolatum de possessore, qui titulo caret; præcipuè cum ratio subjuncta sit generalis, scilicet quia non ex facto ejus is fructus nascitur. Potissimum difficultatem movet, quod maritus non possit dici bonæ fidei possessor rei sibi ab uxore donatæ, *l. Nec ullam 13. §. 1. sup. De petit hered.* ubi dicitur, rem ab uxore sibi donatam possidere pro possessore, id est mala fide, *l. Pro herede 11. in fine cum l. seq. d. t.* Ut comparatio ejusmodi donatarii cum bonæ fidei possessore non procedat, & corruat eorum conciliatio, qui bonæ fidei dicunt maritum, quamvis titulo carentem, cùm bonæ fidei esse nequeat, qui rem tenet contra jus, uti patet ex *tit. D. & Cod. De donat. inter virum & uxor.* Quo facit, quod in jure errans usucapere nequeat, *l. Numquam 34. h. t.* Corruit & eorum conciliatio, qui secundum *d. l. 45.* volunt bonæ fidei possessori irrevocabiliter cedere industriales, non etiam naturales, inter quos est Cuiac. *ad l. Quæsitum 44. h. t. tract. 7. ad African.* nam impugnatur dupliciter; tum quod huiusmodi donatarius non possit dici bonæ fidei, uti dictum: tum quod indistinctè dicantur fructus omnes fieri interim possessoris, *d. l. 48.* Ut alia ratio conciliationis sit quærenda: quæ videtur in eo poni posse, quod in *d. l. 45.* fructus industriales fiant mariti, qui eos percipit, licet ex re illicitè donata per mulierem, & quidem irrevocabiliter; naturales autem non tantum non acquiri irrevocabiliter, sed nullatenus.

67 * Ratio diversitatis est, quod illorum donatio per se quidem non sit licita, cum faciat mulierem pauperiorem, maritum vero ditiorem, in quo consistit ratio prohibitæ donationis inter conjuges; fit tamen licita, quatenus mariti industria & cultura percipiendi, *l. De fructibus 17. sup. De donat. inter virum & uxor.* ex eo, quod non censeantur minuere substantiam uxoris, in cuius bonis non fuerunt, cum habeantur producti à marito, citra damnum mulieris, quæ potuit rem suam negligere; cum prohibitio legis tantum fundetur in eo, quod uxor fiat pauperior, quæ quia odiosa strictè est intelligenda, in casu scilicet, quo diminuitur eius substantia, non etiam quo augetur: horum vero, scilicet naturalium, preceptio incidat in donationem prohibitam, ex eo, quod cum sponte sua proveniant, omnino sint censuti mulieri ex proxima causa, ut eorum donationi subsit ratio dictæ prohibitionis. Vid Garf. *d. cap. 23. n. 21. & seqq.*

Verùm adhuc supprest dubium ex *d. l. 45.* quæ videtur comparare conjugem donatarium bonæ fidei possessori, ut, si huic cedant fructus naturales, etiam illi sint dicendi cedere. Sed dicendum, Jurisconsultum ibi non nisi quoad effectum comparare conjugem possessori, quod scilicet ille non retineat, uti nec hic, manēte diversitate acquisitionis, quia scilicet illi ne quidem cedant isti fructus, ob malam fidem, huic vero cedant, propter bonam fidem, ut causæ diversitas faciat non esse adæquatam comparationem; quod non mirandum, ut in jure non infrequens. Sic prodigus & furiosus comparantur; alia tamen illi permissa, quæ huic denegata. Everard, *in loco 1. minoribus ad furiosos.* Comparatur & matrimonium spirituale cum carnali; sunt tamen inter ea suæ differentiæ, Everard. *in Loco à matrim carnali ad spirit.* Satis enim est, quoad subjectam materiam conveniant, uti hic in eo, quod uterq; rem restituat, ut inspecto effectu possit & bonæ fidei possessor videri non acquisivisse, per *l. Non videtur 51. De R. I. & l. Aliud 71. De V. S.* & similes, quæ habent, non videri alicuius factum esse, quod apud ipsum non remansurum, sed restitutioni est obnoxium. Aliter Pacius *cent. 5. qu. 4.*

68 Quantū ad malæ fidei possessorem, nullos fructus ille suos facit, ne peccanti indulgeatur, & ex sua malitia quis lucrum capiet. Quod extra dubiū procedit in eo, qui ab initio fuit malæ fidei: controversum autē in eo, qui, cùm ab initio fuerit bonæ fidei, postea incipit habere notitiam rei alienæ, an fructus deinceps suos faciat? Dicendum non facere eum suos à tempore, quo scivit rem alienam esse; fructuum enim acquisitio ex bona fidei proficiscitur, *l. Qui bona 25. §. tamdiu, l. bonæ fidei 48. §. 1 h. t.* Cui non obstat, quod cœpta rei usucapio nō interrumpatur jure civili per malam fidem; separata enim est utriusq; causa, cum usucapio rei ex justo principio procedat ipso jure, nihil faciente mala fide superveniente, ut dicetur inferius, *ad t. 4. De usuc.* fructuum vero acquisitio in facto consistat, id est perceptione fructuum, quæ non est continua, sed interrupta, ut necessario requirat bonam fidem singulis momentis perceptionis, ut ejus duret utilitas, *d. §. tamdiu*; cum diversa sit ratio usucapionis rei, & perceptionis fructuum, quæ & patet ex eo, quod è contra interdum fructus cedant possessori, qui tamen rem propter ejus vitium capere nequit, *d. l. 48. §. 1. in fine.* Exemplum est in *l. Qui vis 48. §. ancilla inf. De furtis.*

Verùm hac in parte difficultatem non exiguam facit *l. Qui scit 25. §. fin. sup. De usu*, quæ videtur uti iisdem:

iisdem terminis, quibus utitur *d. §. 1. & d. §. tamdiu*, scilicet, ubi cognoverit rem alienam esse, & tamen decidit tamdiu possessorem fructus acquirere, quoad res non est evicta. Dicendum *d. §. fin.* non agi de eo, qui est in mala fide, sed tantùm de eo, à quo res petitur in judicio, per quod non potest dici certo scire, rem esse alienam, sed tantum oriri dubium, cujus occasione non ponitur in mala fide. Quod patet ex eo, quod non teneatur rem indefensam cedere actori, *l. Illud. 40. sup. De hæred. petit.* Nihil facit, quod I. C. in *d. §. fin* utatur verbo, *Cognovit*, quia secundum subjectam materiam non habet significationem plenæ notitiæ, cùm relatio fiat ad litem motam, ante cujus finem non potest reus dici propriè in mala fide esse: quamvis teneatur fructus benè colligere, ut eos in casum evictionis cum re restituere possit. At verò *d. §. 1. & d. §. tamdiu* loquitur simpliciter de possessore, qui cognoverit rem esse alienam, ut proinde fructos suos non faciat. Videatur Garf. *d. cap. 23. num. 15. & seq.*

69 Visum est hactenus, quatenus fructus possessori cedant; reliquum est, ut de restitutione eorum videatur. Et quidem in hæreditatis petitione fructus venire jure actionis certum est, in rei vero vindicatione officio judicis, *l. Et ex diverso 38 sup. De rei vindic.* Ratio differentiæ est, quod fructus augeant hæreditatē, atq; ita simul cum illa censeantur petiti; non etiam augeant rem singularem, ut singulariter sint petendi. Vult autem ratio eorū restitutionē, quæ nō fert, quod alienū est, alteri lucro ce-

70 dere.* Quo modo in *d. l. 48.* dicitur possessor interim, id est tantisper, donec res evincatur, fructus suos facere, quasi ea evicta sine causa incipiant esse penes possessorē. Quę res non patitur difficultatē, quantum ad fructus naturales, qui per se provenerunt, nulla aut exigua cura aut cultura possessoris, ut non sit causa, quare recusetur eorum restitutio.

71 Quęstio autem est, & admodum controversa, an & industriales, re avocata restituendi veniant? Sunt qui velint irrevocabiliter eos cedere possessori. Primo, quod ejus fieri dicantur pleno jure, propter culturam & curam, *d. § si quis à non domino. l. In pecundum 28. sup. De usur.* ubi lucrari eos dicitur; ut restitutioni non videantur obnoxii cum quæ nostra semel perfectè sunt facta, non adimantur sine facto nostro. Secundo, adducunt *d. l. 28 §. 1. sup. d. t.* ubi tantùm juris dicitur habere possessor, quantum verus dominus, & plùs juris, quam fructuarius; ut cùm hic non restituat, nec ille restituere debere videatur. III. Facit textus in *d. l. 51. De R. I.* ubi non videtur quis capere, quod alii est restitut⁹, & quod nō videatur in bonis esse id, quod est restituendū.

IV. Quod possessor transferendo istos fructus per alienationem, faciat eos irrevocabiliter transire in emptorem, ut & ipse videatur taliter acquisivisse, secundum regulam, quod nemo plus juris transferat quam habet. V. Adducuntur tradita paulo antè ex *d. l. 45.* industriales scilicet cedere marito percipienti ex re ab uxore donata irrevocabiliter, non etiam naturales. Et hanc opinionem tenet Donellus 4. *Comment. c. 2.* & *lib 20. cap. 5.* eamque tuetur in *Tract. De fructib. c. 4.*

Verùm non improbabilis, imo probabilior & verior, inspecto saltem jure scripto, est contraria sententia, scilicet quod repeti possint, nisi æquitate, quæ dictat, aliena jactura neminem locupletari debere. Pro qua facit *d §. si quis à domino*, qui agens de restitutione industrialium, dicit de consumptis non agi, ut videatur indicare, de extantibus agi posse, cùm unius exclusio sit alterius inclusio. Quod etiam habetur in *l. 4 §. post lit. sup. Finium regund.* Expresse pro hac parte facit *l. Certum 22. Cod. De rei vind.* ubi extantes fructus indistinctè dicuntur restituendi. Nec est, quod Donellus possit videri rectè accipere verbum, *extantes*, pro pendentibus, cùm ejusmodi interpretatio nec congruat significationi verbi, nec menti legis, cum pendere dicantur needum solo separati, cuius sunt pars, *l. Fructus 44. su. De rei vindic.* Ut dubium non sit, quin una cum re transeant etiam non petiti. Unde ut aliquid dictus textus operetur, accipiendum verbum, *extantes*, pro perceptis needum consumptis, quæ acceptio adjuvatur per verbum, *præstare* in *d. l. 22.* subjunctum, quod spectat ad id, quòd habetur: non habentur autem fructus pendentes à possessore, cùm perceptione demum ejus fiant, secundùm ea, quæ hactenus dicta, ut illud verbum neutiquam possit accommodari pendentibus.

Non obstat primum argumentum; quia loca adducta rectè accipiunt hanc interpretationem, quod interim, dum res non evincitur, apud possessorem maneant, ad eumque spectent fructus pleno jure, quoad ipsum & absum, uti & habet *d. l. 48. hoc tit.* Et non esse absurdam istam interpretationem patet ex *l. 2 §. fin. & l. 6. De addict. in diem*, ubi ex re addicta emptori fructus nati ipsi cedunt interim, id est, donec non affertur melior conditio; qua allata sunt restituendi, etiam in casu, quo res penes emptorem priorem manet, qui licitando superavit posteriorem. Patet etiam ex *l. Arboribus 12. §. fin. sup. de usufr.* ubi fur, qui fruct⁹ decerpsit vel desecuit maturos, tenetur condictione domino, non etiam fructuario, & tamen domi-

dominus interim tantùm fructus suos facit, cum postea cedant fructuario.

Non obstat secundum; quia in *d* §. 1. non fit adæquata comparatio, sed tantùm quoad acquisitionem, non habita ratione, à quo fructus sint facti, neutiquam autem quoad restitutionem.

Non obstat tertium; nam quod dicitur in *d. l.* 51. accipiendum est quoad effectum, uti patet ex ista lege, quæ dicit, non videri capere, quòd effectu non capiat, qui restituere debet. Quo facit, quod modo dictum de addictione in diem. Vel dici potest *d. l.* 51. & similes accipiendas esse in materia legis Falcidiæ, cuius nomine legata per hæredem avocantur ab ipso legatario, qui videtur ea non cepisse, quæ restituit: sive etiam in materia quærelæ, quæ opponitur ei, qui ex testamento quid cepit; cepisse autem dici nequit, qui restituit, ut contra eum non competat querela. Aliter se res habet in nostro casu, in quo fructus sunt accepti & facti proprii; licet forte restituendi cum posset contingere, non restituantur, re scilicet per dominum non repetita.

Non obstat quartum; nam licet à possessore potuerint fructus avocari, non tamen tam reali (quæ non datur nisi domino, quem hic ponimus possessorem, qui possidendo eos suos fecit) quàm personali actione, qua condicuntur fructus percepti, tamquam sine causa apud possessorem existentes. Personalis autem actio non datur in tertiùm, ut fructus in eum transierint irrevocabiliter. Quo facit argumentum sumptum à retractu, ex quo competit quidem actio contra emptorem, non tamen contra tertium, qui traditur, *Cod. De pact. inter empter. & vendit.* Non obstat denique quintum; nam ideo in *d. l.* 45. fructus fiunt conjugis donatarii irrevocabiliter, quod adsit voluntas donantis, & lex non repugnet: hic autem voluntas domini deest.

72 Posita opinione præcedenti, videndum de consumptis. Et hos non venire in restitutionem habet *d.* § *si quis à non domino. & l.* 4 §. *post litem sup. finium regund.* Quod omnino verum, quatenus possessor non est factus locupletior, qui non potest videri abusus nisi re propria. Et facit, quod cesset causa superior, ne quis locupletior fiat aliena jactura, poneretur que absurdum, quod alicui sua bona fides obesset. Et hoc quoad fructus sive industriales, sive naturales, quia possessor & horum est dominus, ut & iis jure abutatur.

73 Quæritur autem, An non teneatur possessor, si ex consumptis fructibus sit factus locupletior? Quod videtur æquitas postulare, cùm pretium rei existens sit loco rei, ut in eo ide[m] veniat, quod in re statueretur: sap[...] gatum naturam eius, In cuius lo[...] tur, ut & ratio jam dicta locum [...] scilicet cum aliena jactura lucrum [...] sessor. Et vult hoc *l.* 1. *Cod. de petit. h.* [...] 20. § *Prætor, l. Sed & si* 25. §. *consul*[...] textus etsi loquantur in petitione[...] rectè enim eorum decisio trahetu[r] [...] cationem, ex ratione supra allat[...] militante. Facit eodem *l. Si fructus* [...] *nat inter virum & uxor.* ubi dicitu[r] [...] ctus perceptos ex re dotali & con[...] teneri marito, nisi sit locupletior fac[...] in *d.* § *si quis à non domino, & in d.* §. [...] habet de consumptis non agi, rectè [...] nisi sit factus locupletior; cum vix [...] consumptum quod in patrimonii [...] netur per pretium, quod facit rem [...] *l. Ipsa res sup. Quod met. caus. l. Cum* [...] *quod ait sup. De donat. inter virum &* [...] 1. *Var. Resol. c.* 3. *n.* 6. Aliter Pinel. [...] *rescind. vend. p.* 2. *cap.* 4. *n.* 60. & 61 [...] 23, *nu.* 40. Fachin. 1, *Contr. c.* 58.

Et hoc nisi à perceptione fruct[...] sit triennium, durante bona fide, q[...] sessorem liberat à fructuum restituti[one] [...] putantur enim fructus inter res mob[...] sucapiuntur triennio. Quod non ta[...] dit in naturalibus, secundum aliqu[...] rum admittunt usucapionem, quę n[...] illos autem possessoris fieri negant, [...] prà, verùm & in industrialibus. N[...] quod, uti dictum, percepti fiant posse[...] meum est usucapere nequeam, *l. In* [...] *vum inf. De capt. & postlim. rever.* [...] tendat usucapio talium, ut fiant pos[...] eum sint ipsius, *l.* 4. § *lana inf. De us*[...] eius fieri nequeunt) verùm ut remo[...] nus eos sibi restitui petens. Nec [...] in parte fiat distinctio, an fructus si[...] necne, quasi in casu tantùm, quo [...] cedat triennium, non etiam quo sun[...] quia res ista nihil mutat primam fr[...] sam, quæ in eo consistit, quod ex t[...] cepti non sint repetiti intra trienniu[m] [...] *prescript. p.* 4. *partis princ.* 4 *quæst* 35, P[...] *nu.* 48. Garf. *d. cap.* 23. *nu.* 51.

Hæc ita in bonæ fidei possessore. [...] possessor omnes fructus restituit, *d.* § [...] *domino, & d. l.* 22. *Cod. De rei vindic*[...] qui vindicabuntur; sive consumpti [...]

dicentur, *l. 3. C. De condict. ex lege*, non habitâ ratione, utilitet consumpti sint, ne tne, ne ejus ma la fides alteri noceat. * Denique etiam non perceptos restituere cogitur, quatenus tamen percipi potuerunt, § *& si heredit. Instit. De offic. Ind.* cum, ubi de fraude disputatur, omne, quod per adversarium non habuit actor, veniat considerandū *l. Generaliter* 78. *De R. I.* Facit, quod imputare sibi debeat, quod alienæ rei se immiscens eam ex fide non gesserit. * Nihil movet, quod possessor bonæ fidei non teneatur ad non perceptos, *l. Si ejus fundi* 78. *De rei vindic.* quia cum sit loco domini, non imputatur ei negligentia vel abusus. Idem procedit in fructibus civilibus, ex eadem ratione, quod potuerit ex re aliena quæstum facere possessor, veluti ædes alienas elocando, navem exercendo, cujus omissionem sibi imputabit, quatenus tamen Dominus percipere potuisset, *l. Si navis* 62. *De rei vindic.* Excipiuntur usuræ, quæ licet sint vice fructuum, ex otiosa tamen & non occupata fœnori pecunia non debentur. Ratio differentiæ est, quod periculum aliarum rerum possessor non debeat præstare petitori, pecunia autem fœneretur periculo dantis; ut in illis omissio culpam habeat, non etiam in pecunia, cū culpandus non sit, qui in periculum pecuniç fœnori obligandæ se conjecit.

78 Controversum est, An titulus excuset à percipiendis? Ita communiter receptum, ut tradit Jason, *ad l. Cum servus* 39. §. *apud Iulianum n.* 10. *sup. De leg.* 1. *per l. Si fundum* 17. *ubi Gl. C. De rei vindic.* Et hoc, quando titulus non est reprobatus. Sed verior sententia est, titulum non excusare à percipiendis fructibus ipsum possessorem malæ fidei, sive verè talis sit, sive pro tali habeatur per litis contestationem, quia nihilominus ponitur mala fides, quam titulus non salvat: nec datur textus pro priori opinione faciens, sed potius damnans possessorem etiam in eos, qui percipi potuerunt, *d. l.* 62 *in fine & l.* 2. *C. De fructib. & lit. expens.* Ut argumentum à contrario sensu, quod Gloss. sumit ex *d. l.* 17. non procedat, ut videre est apud Everard *in loco à contrario sensu*, Vid. Mol. *ad Consuet. Paris. tit.* 1. §. 33. *Gl.* 1 *nu.* 50.

79 Quæ ita procedunt, Primo, si fructus honestè percipi potuerint; nam si in honestè, nō obest possessori sua negligentia. *l. Fructus* 33 *sup. De rei vindic ubi Gl. V. Veniunt, quam alii sequuntur.* Non obstante, quod inhonestè percepti sint domino restituendi, *l. Ancillarum* 27. *in fine sup. De her. pet.* nam hoc ideo, ne honesta interpretatio non honesto quæstu lucrum possessori adferat, *l. Si possess.* 52. *sup. d. tit.* * Secundo, nisi fructus illi percipi potuerint ex melioratione per possessorem malæ fidei facta, nam ut habet *l. Cæterum* 31. *sup. De rei vind* improbè dominus desiderabit sibi restitui tales, etiamsi malæ fidei sit, de quo textus ille loquitur; cùm generale sit bonæ fidei possessorem non teneri ad percipiendos. Ratio est, ne sua industria noceat possessori etiam malæ fidei Covarr. 1. *Var. c.* 4. *n.* 8. Garf. *d. c.* 23. *n.* 49. quamvis percepti ex melioratione sint compensandi cum expensis, &, si eas excedant, restituendi domino, ne possessor ex re aliena emolumentum sentiat. *l. Sumptus* 48. *sup. De rei vind.* Vid. Garf. *d. loco n.* 54.

80

81 Alia dubitatio est, An modus perceptionis fructuum secundum industriam ipsius domini, an vero ipsius possessoris sit æstimandus? Verius est, inspiciendum esse, quantum communiter alius quis industrius percepisset: & ita accipienda, *l.* 1. *C. De pet. hered. & l.* 5. *in pr. C. De rei vindic.* nisi non solum simplex mala fides possessoris ponatur, verùm etiam positiva mala fides, per quam denegando restitutionem rei quam sciebat alienam, præstitit domino impedimentum, quo minus is fecerit rem suam maximè frugiferam, secundum decisionem, *l. Generaliter* 68. *De R. I.* eo quod, ubi de fraude disputatur, omne, quod per adversarium non habuit actor, venit considerandum. Vide Garsiam *d. loco nu.* 50. Gilkenum *d. loco, n.* 3. *& seqq.* Boerium *qu.* 268.

82 Tertium acquirendi dominii jure gentium præcipuum & utilissimum caput est Traditio, *Instit. De rer. d. vis.* § *per traditionem* 40. quasi translatio, uti definitur à Theophilo, de manu scilicet in manum translatio, naturalem quamdam minimeque solemnitatis actum, & qui facilè absolvi possit, continens. Verum ea definitio non est perfecta, nec præcisa, cùm fieri possit, ut res de manu in manum transeat, nec tamen ejus sit traditio, uti in locato, deposito, commodato. Brevius eam definit Cujac. 11. *Observ.* c. 10. dationem sive translationem possessionis, secundū *l.* 3. *in princ. sup. De act. empti.* Effectus ejus est translatio dominii, *l. Traditionib.* 20. *C. De pact* fundata in naturali æquitate, cui respondet voluntatem domini, rem suam transferre volentis, ratam haberi, *d* §. *per traditionem.*

83 Effectum istum ut consequatur, requiritur Primò in transferente potestas, quæ colligitur ex dominio: quia dominis tantùm est arbitrium super re sua pro lubitu disponendi, *l. In re* 21. *C. Mandati*; neque in rem alienam quid juris est, ut per traditionem ejus nihil transferatur, *l. Traditio*

9 An autem debeat tradentis & acceptantis consensus concurrere in eandem caussam, controversum faciunt duo textus, qui videntur sibi contrarii Julianus enim in *d. l.* 36. si de corpore, quod traditur, constet, etsi in caussis sit dissensus, respondit, se non animadvertere, cur inefficax sit traditio; veluti, inquit, *si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse. ut fundum tradā, tu existimes ex stipulatione eum tibi deberi. Nam & si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratiā, tu eam quasi creditam accipias, constat, proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa caussam dandi & accipiendi dissenserimus.* E contrà Ulp in *l.* Si ego 18. *sup. De reb. cred.* pecuniam quasi à donaturo datam, si quasi mutua accipiatur, & donatam & mutuam negat, cum aliā opinione acceperit. Quæ duo loca super eadem facti specie omnino contraria videntur, & inter se dissentire Julianus enim donationem quidem non esse fatetur, mutuum tamen esse asserit. Ulp. nec donationem, nec mutuum esse putat: ille nummos accipientis fieri, hic non fieri dicit. Loca hæc ex difficilioribus contrariis in corpore Juris reputat Castrens. in *d. l.* 18. Pro Juliano facit, quod, licet sit dissensus in caussa, uterque tamen eam conceperit justam & sufficientem ad dominii translationem, & in summam mutandi dominii non dissentiat, cùm uterque illud mutari velit, & à tradente in accipientem transire. Pro Ulpiano facit, quod dissensus caussæ ponat nudam traditionem, quæ non operatur translationem dominii. Facit & *l. In omnibus* 57. *inf. De obligat. & act.* ubi in omnibus negotiis contrahendis, si aliud sentiat, qui emit aut conducit, aliud, qui cum his contrahit, nihil valere dicitur, quod actum est. Accursus ut se expediat, fingit in *d. l.* 36. eum, qui accepit pecuniam, eam accepisse tamquam à se creditam, atque ideo quasi sibi debitam ex caussa crediti, in dicta vero *l.* 18. tamquam mutuo datam. Verùm non fert sensus illius textus, ut in *d. l.* 36. ita accipiatur verbum *Creditum*; neque si sensus ferret, quidquam prodesset illa fictio, cum nihilominus obstaret ratio Ulpiani, *quia alia opinione accepit.* Ut conjectura Alciati 5. *Parerg. cap.* 18. non exhauriat difficultatem: unde & Bartolus eam considerationem vocat divinatoriam. Videtur dicendum, nihil obstare dissensum in caussis inter contrahentes ad dominii translationem, in quo consensus concurrit, secundùm *d. l.* 36. ex ratione naturali, cui consentaneum est voluntatem domini habere ratam. Non obstante *d. l.* 18. quæ loquitur de effectu translationis dominii, qui perfectus non est, quod possint nummi condici ab eo, qui accepit, quia acceperit ex alia caussa, quam erant traditi: qui si ex eadem caussa illos accepisset, non possent condici, quod pleno jure ejus forent facti. Non possunt tamen & alio casu consumpti condici per tradentem, qui rectè repellitur per exceptionem, quod sint consumpti secundùm ejus voluntatem, cùm eos nummos donare voluerit. Cujac. *in Comment. ad lib.* 3. *Digest. Iuliani ad l.* 39. Quod autem Julianus ait potiùs ut mutuum valere, non etiam ut donationem, est. quia donatio habet effectum irrevocabilem, mutuum vero revocabilem; irrevocabilis enim hic poni nequit, quod eo animo non sint accepti nummi, quo dati à tradente, sed tantum ex caussa mutui, quod dat condictionem illi qui dedit.

91 Dicta de traditionis effectu, quo ad dominii translationem, procedunt Primo, non tantùm, si vera sit traditio, verum & si ficta: nam non minus hæc quàm illa operatur dominii translationem, ut patet ex exemplis allatis *Instit. De rerum divis.* §. *interdum* 44. Patet etiam ex *l* 3 § *sed quia Cod. Communia de legat.* ubi dominium rei legatæ transit in legatarium continuo à morte testatoris, cui ejus vindicandæ est licentia; adeo ut hæres rem alienando ejus dominium transferre nequeat, quatenus scilicet purè est legata. Operatur idem & ficta traditio in re empta per tutorem aut curatorem pecuniā pupillari vel minoris, etiamsi res ejus nomine non sit empta, *l.* 5. *sup. Arbitrium tutela*. Tenentur enim tutores, & curatores ex necessitate officii pecunias minorum convertere in emptionem prædiorum, *l.* 5. *in princ. sup. De adminiſt. tutor.* Quod & obtinet in re empta pecuniā Ecclesiæ, *l. fin. C. De sacros. Eccles.* & in re empta pecunia militis, *l.* 8. *cap. De rei vindic.*

92 Secundo, Si sit traditio simplex, nam adjunctam habens conditionem, non tantùm expressam, verùm & tacitam, non operabitur prædictū effectum, Exemplum est in traditione ex caussa venditionis, quæ habet subintellectam conditionem, si pretium solvatur, §. *vendita* 41. *Instit. De rer. divis.* ut, antequam solvatur, ut alias satisfiat venditori, dominium rei maneat penes venditorem, cui liberum erit rem vindicare, cum ab eo non decesserit per traditionem factam sub conditione, ut eo in casu esset dispositio, *l. In civil. Cod.*

De rei vindicat. quæ negat mancipium traditum à venditore vindicari poſſe, cum loquatur in caſu, quo dominium tranſiit; quod hic non poteſt dici tranſiiſſe, ob deficientem voluntatem. Niſi tamen fuerit ſecutus fidem emptoris, habita fide de pretio, indulgendo ſcilicet dilationem ſolvendi, *l. Quod vendidi 19. ſup. De contra. empt.* ejus enim iſta vis eſt, ut ſtatim resfiat emptoris nec poſſ vindicari à venditore, juxta *d.l. Incivile.*

93 Controverſum autem eſt, An ex ſola & ſimplici traditione intelligatur habita fides de pretio? Vult id ipſum Gloſſa *in d §. vendita, & ad d l.19.* quam communiter ſequuntur Doctores, ut videre eſt apud Tiraq. *De Retract. p. 2. in fine nu. 77.* ſi aliud proteſtatus non fuerit venditor. Verùm iſta opinio minus reſpondet dicto *§. vendita,* qui ut per traditionem res emptori cedat, requirit, pretium ſolverit, aut alio modo ſatisfecerit venditori, aut is fidem de pretio habuerit; quod & habet d. *l. 19.* Quod fruſtrà requireretur, ſi hoc ipſo, quo res traditur, cenſeatur fides de pretio habita. Ut verius appareat, requiri, expreſsè id actum ſit, aut tacitè colligi poſſit ex circumſtantiis, indulta ſcilicet dilatione. Quò facit *l. 5. §. penult. ſup. De tribut. act.* ubi res vendita non aliàs deſinit eſſe mea, niſi ære ſoluto, aut fidejuſſore dato, aut aliàs ſatisfacto, ut vindicare eam poſſim. Atque ita contra communem tradit rectè D. Mudæus *ad d l. Quod vendidi nu. 6. & 7.* Donellus *lib. 4. Comment. cap. 17.*

94 Acquiritur dominium non tantùm per nos, verùm & per eos, quos habemus in poteſtate, uti filiosfam. idque ſub diſtinctione peculii, de qua *Inſtit per quas perſ. nobis acquir.* Per ſervos ſine diſtinctione peculii, quod unicum & ſimplex iis eſt. Ubi non eſt opus ſcientia, cùm etiam ignorantibus nobis & invitis per eos accedat dominium, uti ſuprà dictum, & quidem continuò, ut ne quidem momento in eorum perſona conſiſtat res acquiſita, *l. Placet 79. ſup. De acquir. hered.*

95 * Nec tantùm ſi ſervus ſit noſter, verù & ſi alienus, bona fide à nobis poſſeſſus, aut cujus habemus uſumfructum. Et hoc non generaliter, ſed quatenus acquirit ex re noſtra, vel ex opere ſuo: nihil enim continet iniquitatis, profectum ex re noſtra nobis cedere. *§. de iis autem Inſt. Per quas perſon.* Quod aliunde quæſitum eſt cedit domino proprietatis, aut ipſi ſervienti, ſi liber homo ſit, qui pro ſervo poſſidetur. *d. §. de iis autem.*

96 Sed dubitari poſſet, An eo caſu torum acquiratur poſſeſſori, an verò pars tantum? Sunt hac in re contrarii textus; nam Ulpianus in *l. Sed etſi quid 25. §. ſi duos ſup. De uſufr.* reſt[...] libro 2. Quæſtionum partem dum[...] ex cujus re ſervus vel liber homo [...] partem verò proprietatis domino, [...] tenti, ſi liber homo fuerit. Contr[...] *Qui bona 23. §. ſi quis duob. h. t.* ul[...] idem caſus, ex eodem Scævolæ loco [...] tur, rationem facere, ut ei dumtax[...] acquirat. Verum textum illum co[...] appaet ex dictione, *dumtaxat*, qua[...] rit, ſi totum acquiratur ei, ex cujus re [...] vit: ut videatur ibi legendum eſſ[...] *xat partem acquirat*, ſecundum *d.* [...] Quò facilius inclino, quòd textus [...] & alia parte mendoſus, dum habet, [...] *ei, cui bonâ fide ſervit*, cum legendus [...] *ber ſit, ſibi*; quia inauditum eſt, e[...] ſeſſoris vel operas ei acquiri per ſerv[...] aut liberum hominem. Et ita tenet [...] *ſer. cap. 1.* eamque lectionem prob[...] *4. Conject. cap. 16.* Verum iſta eme[...] ſita, obſtat omninò textus in *l. S*[...] *inf. De ſtipul. ſervor.* ubi idem Scæ[...] Quæſtionum diſertè aſſerit, ration[...] acquiſitum à bona fide ſerviente ex r[...] ei totum cedat, ſcilicet quia poſſe[...] dei eſt loco domini, & æquum eſt [...] re ejus profectum ei cedat. Gloſſa h[...] natur conciliare; ſed deſperata eſt [...] cum textus iſti contrarium contineat [...] dum ſit Scævolam mutaſſe ſententi[...] lib. 2. Quæſt. tradidit cognito err[...] lib. 13. Q. Quod non eſt improbanc[...] Papinianum puduit ſententiam, qua[...] 10. Quæſt. mutare lib. 27. Quæſt[...] *De ſervis exportand.* Eſt enim viri ve[...] tiſſimi viſam meliorem rationem ar[...] nam hos Juriſconſultos quidam [...] quibus laudi foret ingennè potius te[...] falſo & ineptè aliquando ſenſerunt, [...] nato obfirmatoque animo incœpto [...] perſeverare.

Itaque quæſitum per liberum ho[...] ſervum alienum benâ fide poſſeſſum [...] ſeſſoris, vel operis, eidem cedit, qu[...] profectum; aliunde verò quæſitum [...] no; aut quærenti, ſi is liber homo ſit. [...] pecunia aliena emerit, non poterit [...] ſeſſori, quia non ex re ejus nec operis [...] ut, ſi liber homo ſit, ipſi dicenda ſit r[...] *ſervus 21. [...].* Quòd ſi ſervus fu[...] negat Proculus eam rem domino ce[...]

quod eum non possideat: verum ista ratio etsi faciat, ne per eum usucapiat servum, qui in aliena est possessione, dominium tamen ejus rei domino continuo cedit, ut recte traditur in *l. Eo tempore* §. *fin. sup. De peculio & in l. Liber homo* 50. §. *fin. h. t.* Et hoc secundum sententiam Sabini, ut *d. l.* 21. sit intelligenda de dominio acquirendo per possessionem. Ita Cujac. 25. *Obser. cap* 4.

98 Per liberum hominem acquiri alteri dominium nequit § *ex his Inst. Per quas person.* quia juris civilis est. Ea autem quæ acquiruntur civiliter non acquirimus per extraneam personam, *l. Ea quæ* 53. *h. t.* cum debeant initium capere à nostra persona. Quod & verum est, etiamsi extraneus nostro nomine rem accipiat, quia idipsum nihil mutat, *l. Si ego* 24. *sup. De negot. gest.* Imo ne quidem si procurator mandatum habuerit, *l. Res ex mandato* 59. *hoc tit.* quæ rem mandato meo emptam non prius meam fieri habet, quam sit mihi tradita. Ad idem facit *l.* 2. *Cod. De his qui à non domino manumissi.* Nisi tamen procurator ex mandato rem à venditore meo nomine traditam & acceptatam habeat, tunc enim continuo dominium mihi acquiritur, ut tradit Cujac. *lib.* 24. *Pauli ad Edictum ad d. l. Si ego.* Pro qua parte facit textus in *l. Si procuratorem* 13. *hoc tit.* quæ habet, ex mandato meo emptæ & traditæ simul acceptatæ rei meo nomine proprietatem continuo mihi acquiri etiam ignoranti: quod & vult Gloss *fin. in l. Qui mihi* 13. *sup. De donat.* quam probant Bart. & Castrens. *d. loco.* Quin autem possessionem per liberam quæramus, & per eam dominium, est extra dubium, *l. Traditio* 20. *in fine h. t.*

99 Quod attinet ad servum communem, cum plurium sit servus, omnibus etiam acquirat vult ratio, *l. Communis* 45 *l. Si is qui* 63. §. 1. *h. t.* nisi ex re unius quæsiverit, *d. l.* 45 aut ex ejusdem operis; uti &, si unius jussu quæsierit, aut uni tantum, uti potest, qua de re plura inferius, *De stipulat. servor.*

100 *Servus hæreditarius hæreditati acquirit, quæ in multis juris partibus pro domino habetur, *l. In eo* 33 *in fine l. Hæreditas* 61. *h. t.* Hæreditas enim non hæredis, sed defuncti personam sustinet, *l. Hæreditas* 34. *h. t.* cum hæredis nominati respectus haberi nequeat, quippe qui antequam adiit, hæres dici nequeat: ubi autem adiit, cessat hæreditas. Et hæc ita, nisi factum personæ requiratur; uti in adeunda hæreditate, in qua requiritur jussus domini; in usufructu acquirendo, qui sine persona esse nequit: ut eo casu servus hæreditarius nihil acquirat.

TITULUS II.

De acquirenda vel amittenda possessione.

Summarium.

1. *Possessio unde dicta, & quid?*
2. *Possessio quotuplex.*
3. *Possessio alia juris, alia corporis.*
4. *Possessio civilis quæ dicatur.*
5. *Quæ naturalis.*
6. *Clam ingressus quando possidere dicatur.*
7. *Possessio civilis tantum an detur?*
8. *Possessionem qui qualiter acquirant.*
9. *Acquiritur & per filiosfam. ac servos.*
10. *An hoc modo etiam ignoranti quæratur?*
11. *Domino vel patri ignoranti ex causa peculiari quæritur usucapionis conditio.*
12. *Idq; jure singulari & utilitatis ratione.*
13. *Captivus per servũ quatenus acquirat.*
14. *Per eum, qui in fuga est, an acquiratur.*
15. *Per liberum hominẽ qualiter acquiratur.*
16. *Materia possessionis.*
17. *Forma acquirendæ possessionis.*
18. *Apprehensio sufficit & partis, & ficta.*
19. *Possessionem solo animo retinemus, etiam per alios.*
20. *Possessio quo modo probetur.*
21. *Effectus acquisitæ possessionis.*
22. *Possessori licet propria auctoritate possessionem defendere.*
23. *Possessio an solo animo amittatur?*
24. *Possessio rei mobilis vel immobilis qualiter amittatur.*
25. *Amittitur & re occupatâ per flumen aut mare.*
26. *Possessio per alium retenta qualiter amittatur.*
27. *An & colono sponte fundum deserente?*

Dominium in jure, quod habemus, positum est, possessio in usu & detentione versatur, ut,

at, licet hæc, si spectes originem rerum (cœpit enim dominium à naturali possessione, *l.* 1. §. 1. *hoc t.*) si prior & antiquior, juris tamen ordine & auctoritate sit posterior dominio, de quo ideo rectè prius actum, & de ista subjungitur, ut conjuncta.

1 Possessionem à Sedibus appellatam tradit ex Labeone Paulus. *l.* 1. *in pr. h. t.* quasi esset Sedium positio; ubi aliqui minus rectè legunt, *à Pedibus*, ut docet Alciat. 1. *Dispunct. cap.* 1. ut verbum Possidere videatur compositum ex Posse & Sedere, sive Ponere & Sedere. Definitur communiter Possessio detentio rei, animo affectioneque possidendi, sive sibi aut suo nomine habendi. Quæ posteriora verba omnino ad possessionem requiruntur, cum ubi animus iste affectusq; deest, possessio dici nequeat, *l.* 2. *C. De præscript.* 30. *annor.* ubi tum demùm possidere quis dicitur, cum tenet eo animo, ut sibi possessionem habeat. Unde colonus, conductor, inquilinus non dicuntur tam possidere, quàm detinere. Longè diversa est possessio, de qua hic, ab ea, de qua actum est suprà *tit. De bonor. possess.* quia ista magis est juris, quàm corporis, hæc verò è contra.

2 Est autem alia propria possessio, quæ dumtaxat est rei corporalis, quam Theoph. *Instit. De interdict.* definit esse detentionem rei corporalis; alia quasi possessio rei incorporalis, quæ propriè possideri nequit. Sic dicitur possessio juris in *l. Possessio* 49. §. 1. *h. t.* & quasi possessio ususfructus, *l.* 3. §. *pen. inf. De vi & vi arm.* Dicitur etiam quasi possessio juris aquæ ducendæ in *l. Si quis diuturno* 10. *sup. Si servitus. vind.* Est & alia possessio justa, alia injusta, vitiosa, ratione rei, quæ vitium habet ex persona auctoris, ut usucapi nequeat, *l. Pomponius* 13. §. 1. *& fin. h. t. l. Cum hæres* 11. *inf. De divers. & temporal. præscript.*

3 Præcipua hac in materia divisio est, quod alia sit juris, quam civilem vocant, alia corporis, quam dicunt naturalem: quæ divisio probatur per *l. Nemo* 10. *C. h. t.* in qua tantum fit mentio

4 duplicis huius speciei sive modi. * Civilis dicitur detentio rei, quæ constat jure & animo domini, puta detentore credente se dominum esse, quod rem detineat ex justa causa à domino, uti credit: ut ista possessio rectè dicatur juris, ob justum titulum acquirendi dominii, qui imbuit

5 animum possessoris opinione domini. * Naturalis est detentio rei, citra jus affectionemque dominii, non tamen citra jus possessionis. Hanc habet creditor circa pignus, quod naturaliter possidere dicitur *l. Debitor* 40. *in fine sup. De pig. act.* quia non possidet animo domini. Item precario possidens, *l.* 4. §. 1. *sup. De prec*[...] illi animus domini non adsit. Dici[...] liter tantùm possidere fructuarius [...] causa, *l. Possessio* 44. *h. t.* Idem in e[...] clam detinet, cuius possessio licet [...] non prosit quoad adversarium, à qu[...] rem habet, prodest tamen, si ab alio [...] *in fine inf. Uti possidetis.* * Non habe[...] ingressus hoc ipso possessionem, c[...] non nisi ex duabus causis amittatur [...] stra voluntate, & dejectione per vim [...] *mittenda cum seq. h. t.* sed demu[...] vel volentem intrare rem suam prob[...] etiam is sponte cesserit, *l. Si id quod* [...] *& d. l.* 3 §. *si quis nunciet* 8. Utraque [...] legitima est, *d. l.* 10. *C. h. t.* utramqu[...] tor interdictis possessoriis: civilis [...] magis esse juris, quia jure & animo [...] stat, naturalis vero magis facti, cù[...] animo & jure domini, consistat [...] re. Et has duas species tantùm pe[...] rici, civilem scilicet, quæ & corp[...] animo domini, & naturalem, q[...] domini corpori insistit. Cuiac. *in P*[...] *tit.* secundùm *d. l.* 10.

Veteres tres species ponunt, [...] lem & civilem, quam nos suprà ci[...] mus, naturalem tantùm, & civilem [...] volunt citra detentionem corporale[...] nimo consistere: qualis possessio da[...] quod & nominis ratio & definiti[...] tentionem corporalem. Nec fac[...] bus *d.* §. *si quis nunciet*, ubi animo [...] ri possessio; quod & habet *d. l.* 25. [...] cimur solo animo possidere; & *l.* [...] *eodem tit.* ubi solo quidem animo [...] tur possessio, solo tamen animo ret[...] ex iis locis non rectè quis intuler[...] lem tantum possessionem, quæ c[...] no vacet, quia hoc & nomini [...] repugnat, ut dictum est. Et dici[...] tur, etiam in casu, quo quis fun[...] relinquit metu belli, aut aliâ ncce[...] etiam animo derelinquendi, retir[...] nem, quæ est species *d. l.* 4. & a[...] dum dicunt animo nos retinere [...] non aliud volunt, quàm talem [...] qualis antè penes nos fuit; non [...] telligendæ, quasi detentio corp[...] missa per absentiam. Quo modo [...] dum, quod habet Ulp. in *l.* 1. §. [...] *De vi & vi arm.* ubi retinere nos[...]

sionem prædiorum tradit, ex quibus hac mente non recessimus, ut amisisse possessionem velimus. Nec obstat, quod naturâ non teneamus illam; quia juris interpretatione videmur eamdem tenere, quam ante habuimus: nam qui animo vult retinere possessionem, perinde habetur, quasi verè possideret, id est, rei insisteret. Quo facit, quod ad nundinas profectus, etiamsi alius occupaverit possessionem, dicatur nihilominus possidere, nisi reversus à possessore non admissus recesserit, *l. Clam.* §. 1. *hoc tit.* & quod absens animo solo possidens, etiamsi alius sit in fundo, nihilominus possideat, *l.* 3. § *in amittenda h. t.* donec reversus vel sciens ab eo possideri, eidem cedat; tum demum enim amittit possessor prior possessionem, *l.* 7. *h. t.* & ingressus eam naturaliter tenere incipiat, cum rectè dicat J. C. nos possidere, donec aut alii tradiderimus possessionem, aut ea dejecti fuerimus. Facit, quod reversum possessorem priorem non admittens, censeatur vi eum dejicere, *l.* 6. *in fine h. t. l.* 1. §. *sive autem corpore inf. De vi & vi arma.* ut non possit dici possedisse nisi post dejectionem, & dicendum sit penes priorem eo usque possessionem fuisse. Facit & pro hac parte, quod aliàs duo in solidum possiderent rem eandem, unus scil. naturaliter, alter merè civiliter, quod fieri non posse constat ex *l.* 3. §. *ex contrario h. t.* Notandum autem hac in materia sæpius dici naturaliter quid possideri, quod corpore possidetur & animo domini; interdum etiam quod nudè detinetur per conductorem, & similes: propriè tamen naturaliter possidere dici eum, qui sine affectu domini, animo tamen possidendi, rem tenet, quod ipsum ex materia subjecta venit dignoscendum.

8 Possessionem acquirimus animo & corpore, id est corporali apprehensione, non per se animo, nec per se corpore, sed conjunctim utroque. *d. l.* 3. §. 1. & §. *Neratius* & *l.* 8. *h. t.* Ut eam non acquirant illi, quibus sensus deest, quia alias ferendum foret, solo corpore acquiri. Hinc furiosus, pupillus non quærunt sibi possessionem, *l.* 1. §. 3. *h. t.* quod animum tenendi non habeant, nisi tutoris aut curatoris accedat auctoritas, quæ suppleat judicium furiosi & pupilli. Quia tamen opus non erit, si sit ejus ætatis, ut intellectum habeat, *l. Quamvis* 32. § *infans h. t.* secundum quam interpretationem accipienda *l.* 3. *C. h. t.* nisi velimus illam accipere de tutore supplente defectum animi. Fachin. 8. *Contr. c.* 19. Prodigus non videtur rejiciendus, cum possit sibi acquirere, *l.* 6. *inf. De V. O.*

9 Non tantum autem per nosmetipsos possessionem quærimus, verum & per alios, quos habemus in potestate, ut filios, servos nostros, etiam alienos, & liberos homines bonâ fide possessos; fructuarios etiam, quatenus ex re nostra vel operis nobis debitis eam acquirunt, *l.* 1. §. *item* 5. *cum seq. l. Possessio* 49. *h. t.* sive sint proprii, sive communes. Et hoc pro rata dominii: nam ut dominium per eos acquirimus, quidni & possessionem? cum illud sit juris, hæc facti, ut facilius per alium acquiramus, modo tamen intellectum possidenti habeat, *d. l.* 1 § *cæterum* 9. Unde per servum furiosum jussum possidere non potest quæri nobis possessio, *d.* §. *cæterum.* Quod ita procedit, si sciamus possessionem quæsiam.

10 Verum dubium est, An & ignoranti per servum aut filiumfam. quæratur possessio? Donel. 5. *Comment. c.* 8. *circa finem*, & Duarenus *ad l.* 1. §. *item acquirimus h. t.* nolunt aliàs acquiri patri aut domino ignoranti possessionem ejus, quod filius aut servus apprehenderit, quam si peculii nomine aut causâ apprehenderit, *l.* 4. *l. Peregre.* 44. §. *quæsitum hoc tit.* quæ rei peculii causâ acquisitæ ignoranti domino cedere dicunt possessionem. Quod & idem habet *d. l.* 1. *item acquirimus*, cum subjuncta ratione, quod nostra voluntate acquirere videantur, qui periculum iis habere permisimus. Verum obstat, quod dominium ignoranti quæratur indistinctè, sive nomine peculii, sive non; ex eo, quod sit eadem cum domino persona, ut nihil penes eum possit permanere. Ut multo magis id sit dicendum in possessione, quæ cum facta sit, facilius quæritur per alium, etiam liberum hominem, ut dicetur inferius. Facit, quod *l. Acquiruntur* 10. § *nō solùm sup. De acquir. rer. domin.* habeat, per eos, quos in potestate habemus, acquiri nobis non solùm proprietatem, verum & possessionem, quod cuiusque rei possessionem adepti fuerint, eam nos possidere videamur; & hoc indistinctè, non facta mentione rei peculiaris. Idem & indistinctè habetur in *l. Si me in vacuam* 34. § *fin. hoc tit.* quæ dicit servum meum ignoranti mihi acquirere posse: & in *l. Quod servus* 24. *h. t.* quæ habet, quod servus vi possidet, me ignorante, me non possidere, ex ratione quod justam, non etiam injustam possessionem mihi acquirere possit in potestate existens. Ut malim cum Cujacio 24. *Observat. cap.* 9. tenere, indistinctè acquiri possessionem domino aut patri ignoranti, cum dari nequeat ratio diversitatis inter acquisitionem dominii & possessionis.

Non obstat quod corpore & animo acquiratur possessio, *l.* 3. §. 1. *hoc. t.* cum utrumque suppleatur per filium & servum, qui sunt nostra instrumenta.

11 Nihil etiam obstant loca in contrarium allegata, quia non sunt accipienda in casu, quo agitur, an domino ignoranti quæratur possessio per servum, sed an per possessionem ignoranti domino per servum quæsitam usucapionis conditio domino quæratur; quæ dicitur demum quæri domino, ubi sciverit possessionem per servum quæsitam. Quæ distinctio expressè probatur, *l. Si emptus* 47. *inf. tit. seq. De usucap*, ubi licet ignorans rem apprehensam per alium possideat, non tamen ignorans usucapit, nisi in rebus peculiaribus. Ad idem facit *l.* 1. *Cod. h. tit.* quæ ignoranti per liberam personam quæri quidem dicit possessionem, non tamen usucapionem eum inchoare posse, nisi postquam intervenerit scientia. Idem expressè de possessione quæsita per servum habet *l.* 2. §. *Celsus inf. Pro emptore & l. Labeo* 8. *inf. tit. seq.* ubi quæ peculiariter servi nacti sunt, dicimur usucapere etiam ignorantes. Sub qua distinctione accipiendæ sunt leges suprà in contrarium adductæ, ut eum posterioribus in concordiam redigantur. Solemus enim loca indistinctè loquentia accipere secundum ea, quæ distinguunt, ut, cum loquantur de possessione nobis ignorantibus per servos ac filios quæsita circa res peculiares, accipiendæ sint eum effectu usucapionis, non etiam cum exclusione possessionis quærendæ nobis ignorantibus per eosdem, circa alias res non peculiares, quæ nostro compararunt nomine, circa quas non currit nobis usucapio, nisi sciverimus apprehensas. Ratio est, quod ut ignorantes usucapiamus per servum vel filium, singulari juri utilitatis causa in rebus peculiaribus sit receptum, ut tradit Pau-

12 lus in *d. l. Si emptam* 47. *tit. seq.* * Juris singularis & utilitaris rationem dat Papinianus in *d. l. Peregre* 44. ne cogerentur domini per singula momenta species, id est corpora, & causas peculiorum inquirere. Quia autem singulari jure id inductum, non est extendendum ad alias causas, secundum regulam in *l. Quod contra* 141. *De R. I.* Hinc infantes & furiosi ex causa peculiari per servos possident & usucapiunt, cum sint loco ignorantium. *d. l.* 1. §. *item acquirimus.* Possident etiam rem non peculiarem per servum, *l.* 1. §. *pupillus h. t.* citra usucapiendi conditionem.

13 Captivus etsi possessionem rerum suarum amiserit, id tamen, quod per servos aut filiosfam,

possidebat, usuque capiebat, tandem a[…] capionis tempore completo, *l. In bello* […] *De capt. & postlim. reversf.* Per servum […] tum, quia creditor eum possidet, no[…] bitror possessionem acquirere, licet […] sucapio nobis procedat, quod videam[…] per creditorem, *d. l.* 1. §. *per servum.*

Per eum qui, in fuga est, nihil n[…] Nervæ est sententia, & non nisi […] nos eum possidere, scilicet ex usuca[…] eius fuga nobis obsit: contra tamen […] nem per eum nos acquirere Cassii &[…] verior sententia, cum & servi fugiti[…] nem animo retineamus, donec ab a[…] tur, aut ipse se liberum credat, *l. Per e*[…] *ne h. t.*

Acquiritur etiam possessio per lib[…] nem, veluti tutorem, procuratorem, […] *Inst. Per quas pers. nob. acq.* volente[…] commodare operam suam, id est, q[…] accipiat possessionem, ut velit nobis […] tam, *l. Ea quæ* 53. *sup. tit. prox.* & pr[…] nostrum suum ministerium, *l. Quod* […] Cuius ratio consistit in mandato, […] quod ponit scientiam aliquam. At v[…] ignoranti domino quæri per procura[…] sessio, *l. Possessio* 49. *hoc tit. & l.* 1. *Cod.* […] eunt per procuratorem etiam igno[…] possessionem, non tamen nisi sciet[…] nem competere, ut possit videri n[…] mandato. Verùm non sequi ut, cur[…] datum ponat aliquam scientiam, & […] quirendi, possint tamen ignorare, q[…] procurator possessionem tenere cœp[…] respectu dicitur nisi ignoranti per […] possessio, non etiam usucapiendi co[…] demum ubi scivero apprehensam p[…] eo quod sit singulare in rebus peculi[…] ignorantibus nobis quæri per serv[…] possessionem, eum ista conditione, […] peculii quoad hanc rem sit plenio[…] quo modo *d. l.* 1. *& d.* §. *fin.* intellig[…] curatore, cui mandatum est.

Materiam possessionis ponit quæli[…] poralis, sive mobilis sive immobilis, […] *h. t.* Incorporalia propriè non possid[…] men eorum quædam quasi possessio […] ctum. Oportet autem res sint in com[…] eorum, quæ extra commercium sunt […] est possessio, eùm haberi nequeant; u[…] cratarum, publicarum, §. 1. *Instit. De us*[…] tem hominis; quamvis justus error s[…]

mo pro servo bona fide possideatur, per eumque acquiramus, *l. 1. §. sed & per eum 6. & l. 4. h. t.* Non tantùm rem totam, verùm & partem possidere possumus, *l. Quod meo 18. §. fin. h. t.* cùm quæ ratio est totius, sit & partis, sive pro diviso sive pro indiviso possideatur, *l. Locus 26 h. t.*

17 Forma exigit, ut possessio acquiratur animo & corpore, sive nostro sive alieno, rei tamen vacuæ, ut necesse sit, prior eam deseruerit, aut hæreditatem jacere sine successore. Ubi vacua dici nequit, quam per alium retinemus, aut alio profecti non deseruimus, animo derelinquendi, qualem diximus suprà retinere animo possessionem, & reversum posse repellere occupatorem, ut vim sibi inferentem. * Non est autem opus apprehensione

18 totius, nam & partem apprehendisse sufficit, *l. 3. §. 1. h. t.* Imo nec vera apprehensione opus est, cùm sufficiat ficta, ut in *l. 1. §. penult. & d. l. Quod meo 18. §. 2. h. t.* eo modo, quo dominium etiam traditione ficta acquiri dictum Tit. Superiori. Sic constituendo se possidere nomine alieno, quærit quis alii possessionem, *d. l. 18. in princ.* donando alteri, retento sibi usufructu, *l Quisquis 28. Cod. De donat.* Conducendo quoque rem, quam possideo, sive à domino sive à non domino, facio illum possessorem. Quod tamen non procedit indistinctè, sed ita demùm, si scivero me possidere, *l. Qui bona 19. l. Interdum 21. §. fin. h. t.* Facio enim meo ministerio istum, à quo conductam rem habeo, possessorem, *d l. 18. in princ.* Si verò possidere me ignorem, ut quia ignoranti mihi possessio quæsita per servum, aut filium, nihil ago eam conducendo, ob ignorantiam, *l. Si quis rem 20. l. Si aliquam 28. hoc tit.*

19 Corpore itaque & animo opus ad acquirendam possessionem. Facilior est retentio, ad quam solus animus dicitur sufficere, *l. Licet 4. Cod. hoc tit.* cùm necesse non habeam semper rei meæ insistere, liceatque certis temporibus eam relinquere, *l. 3. §. salvus hoc tit.* Unde etsi discesserim ad nundinas nemine in possessione relicto, retineo tamen possessionem talem, qualem hactenus habui, nisi tamen interea temporis alius occupaverit, cui reversus cessi, *l. Clam possidere 6. §. 1 hoc t.* Nec tantum per nos, sed & per alios possessionem retinemus & continuamus, *d. l. 3. §. si quis nuntiet hoc tit.*

20 Probatur possessio variis modis, uti rei insistentia cultura, fructuum perceptione, pensionum solutione, aliisque actibus possessionem concernentibus, qui per testes vel viciniam probati possunt.

21 Effectus acquisitæ possessionis est, I. quod possessor onere probandi liberetur, *l. 2. Cod. De probat.* Quod sanè magnum ejus est commodum; unde sæpè lis super possessione, & interdictorum usus inductus. II. quòd fructus faciat percipientis, quatenus est bonæ fidei; quod quo modo sit intelligendum, Tit. superiori est explicatum. III. quòd tempore, quod usucapioni præscriptum est, completo dominium adjiciat possessori, qua de re Tit. seq. * Justæ quoque possessionis nomine

22 licet possessori propria auctoritate resistere iis, qui possessioni impedimentum ponunt; licet enim vim vi repellere, ex ratione naturali, *l. 1. §. vim vi inf. De vi & vi arm.* in continenti tamē, id est, in ipsa concertatione & congressu, *l. Qui possessionem 17. d. tit.* nam ex intervallo id non liceret, *l. 3. cum igitur d. tit.* quia spectaret non tam ad defensionem natura permissam, quam ultionem sive aggressionem.

23 De possessione dicta obtinent, quatenus non est amissa. Ubi quæsitum, An ut opus corpore & animo in acquirendo, ita & in amittendo? Certum est, corpore solo non amitti, cùm licet rem deseruerimus, citra animum eam derelinquendi, possessionem tamen ejus animo retineamus, etiam occupatam ab alio, quamdiu occupatam ignoramus, *l. Si id 28. §. fin. l. Quamvis 46. h. t.* Solo animo eam amitti habet *l. 3. §. in amittenda 6. hoc tit.* & vel corpore vel animo eam amitti habet *l. Peregre 44. §. penult. hoc tit.* Quibus contradicit *l. 1. hoc tit.* quæ dicit, quemadmodum nulla possessio acquiri nisi animo & corpore potest, ita nullam amitti, nisi in qua utrumque in contrarium est actum. Et hoc posterius communiter obtinet. Datur tamen casus, quo solus animus sufficit, secundum leges priores, scilicet quando constituimus nos possidere alterius nomine; quamvis enim corpore rei insistamus, animo tamen est amissa possessio, cum is possideat, cujus nomine constituimus nos possidere, ut colonos, fructuarios: ut comparatio facta in *d. l. 8. & l. Ferò 183. De R. I.* videatur claudicare. Nisi dicamus in casu, quo constituimus nos alterius nomine possidere, videri possessionem translatam in alium, cujus vice nos eam tenemus, cum ei sit vindicatio, *l. Quadam 47 sup. De rei vindic.*

24 Contingit autem amitti possessionem variis modis: rei quidem mobilis per surreptionem furti animo, aut amissionem, ut non inveniatur; excepto homine, *l. 3. §. Nerva 13. hoc t.* ne sit in

in ejus potestate intervertere domino sui possessionem pro lubitu: immobilis verò seu soli per violentam occupationem, *l. 4. inf. tit. seq.* etiam nobis absentibus, si reversi aut repellamur, aut vim metuentes sponte cedamus, *d. l. 3. §. 8. & 9. hoc tit.*

25 * Si res per flumen aut mare occupetur, *d. l. 3. §. Labeo 17.* cum sic non poteat nobis regressus ad locum. Recedente tamen aqua ut restituitur nobis dominium, ita & dicenda restituta possessio, *l. Si ager sup. Quib. mod. usufr. amit.* Nec debet quemquam movere *l. Qui universas 30. §. 3. h. t.* ubi à mari occupatum possidere non desinimus, quia legendum affirmativè, *possidere nos desinimus*, ut habent pleræque editiones: nisi velimus accipere *d. §. 3.* de agro occupato ad modicum tempus. Amittitur & possessio, si res ponatur extra commercium, quia facta sacra, religiosa, servus manumissus, *d. l. 30. §. 1.* Item si Prætor alium in possessionem ire jusserit, quòd damni infecti nomine non caveret dominus, *d. l. 30. §. 2.* Quin autem facto nostro alii possessionem tradendo aut derelinquendo, eam amittamus, extra dubium est; voluntas enim cujusque rata habenda.

26 Per alium quoque retenta possessio amittitur, si is furti faciendi caussa rem contrectet, aut me fundum ingredi volentem repellat, aut sibi possidere constituat, *d. l. 3. §. si rem 18. & l. Si rem 47. hoc tit.* Si furere is cœperit, licet, donec res in eadem caussa manet, retineamus possessionem, si tamen caussam mutaverit, possidere desinimus, *l. Numquam 31. §. si servus inf. tit. seq.* uti & si per eum alii tradatur, *l. Peregre 44. §. 2. hoc tit.* Qui si ejectus fuerit, idem est, ac si nos ejecti essemus; adeo ut ejus expulsio etiam nobis inscijs noceat. *d. l. 44. §. pen.* Mortuo colono non aliàs possessio interpellatur, quàm si dominus eam negligat adipisci, & alius eamdem sit ingressus, *l. Si de eo 40. §. 1. hoc tit.*

27 * Si colonus sponte fundo decessisset, eum deserendo, an possessio amitteretur, olim fuit controversum. Adferebat Sabinus, quem sequitur Africanus. *d. §. 1.* Contrà Proculus negabat amitti possessionem, si deseratur per colonum aut familiam, *l. Cum quis sup. De dolo.* cujus sententiam comprobat Justinianus in *l. fin. Cod. hoc tit.* ex ratione, ne dolus aut desidia coloni vel familiæ sit dominio præjudicio. Vide de materia *d. l. fin.* Pet. Barbosam *ad l. 2. à num. 287. Cod. De præscript. 30. annor.* & Ant Fabrum *Decade 4. Errore 2.*

TITULUS I[...]

De Usurpationibus & Usu[...]nibus.

SUMMARIU[...]

1. *Usucapio & Præscriptio quid.*
2. *Differentia inter usucapionem & p[...]*
3. *Usucapio adijcit dominium, etiam [...]*
4. *Usucapio nititur bono publico.*
5. *Usucapit & pater & filiusfamilias [...]*
6. *Item pupillus, animum possidendi h[...]*
7. *Furiosus an & qualiter usucapiat.*
8. *Furiosus curatore auctore possidens [...]*
9. *Servi quanam usucapere possint.*
10. *Captus ab hostibus non complet u[...]*
11. *Possessio ex causa peculiari per ser[...] sucapionem prodest capto reverso.*
12. *Secus ex causa non peculiari.*
13. *Usucapi potest res & corporalis [...] lis.*
14. *Rerum corporalium genera tria.*
15. *Usucapi nequeunt res sacræ, sa[...] sæ.*
16. *Item res publicæ, & fisci.*
17. *Modo occupata sint à fisco.*
18. 52. *Bona vacantia bonæ fidei posse[...] fiscum quadriennio usucapit.*
19. *Idque à tempore, quo bona vacan[...]*
20. *Res fisci longissimo tempore usuca[...]*
21. *Res Principum privatæ usucapion[...]*
22. *Non etiam quæ Principi ut tali de[...]*
23. *Neque res Coronæ competentes.*
24. *Iurisdictio præscriptione acquiritu[...] versus Principem.*
25. *Res furtivæ non usucapiuntur.*
26. *Partus ancillæ furtivæ an usucapi [...]*
27. *Conciliatur l. 9. & 10. D. Pro em[...] 4. § de illo hoc tit.*
28. *Fœtus pecudis an usucapione acqu[...]*
29. *Res vi possessa non usucapitur.*
30. *Res vitiosa usucapitur purgato v[...]*
31. *Vitium pignoris furtivi quando [...] tur.*
32. *Pignus à debitore surreptum & [...] usucapi possit?*

33. *Usucapi prohibentur res pupillares.*
34. *Res minorum* 35. *Res dotales.*
36. *Bona adventitia filiorumfam.*
37. *Res testamento alienari prohibita.*
38. *Res legata sub conditione aut die.*
39. *Res militum in expeditione agentium.*
40. *Res meræ facultatis.*
41. *Iuri luendi pignoris an præscribatur?*
42. *Quid si conventum, ut liceat venditori semper vel quandocumque retrahere?*
43. *Creditor posterior qualiter præscribat contra priorem.*
44. *Annuis præstationibus an præscribatur?*
45. *Possessio, eaque civilis, requisita ad usucapionem.*
46. *Item definiti temporis.*
47. *Præsentes qui dicantur.*
48. *Actiones personales cur tollantur præscriptione 30. annorum?*
49. *Actioni hypothecariæ quanto tempore præscribatur.*
50. *Res Ecclesiæ præscribuntur 30. annis.*
51. *Ecclesiæ vero Romanæ annis centum.*
53. *Tempus debet esse continuum.*
54. *Bona fides necessaria ad usucapionem.*
55. *Idque ab initio jure civili, toto vero tempore currentis usucapionis, juxta Canones.*
56. *Malam fidem non purgat longissimum tempus.*
57. *Ne quidem centum annorum.*
58. *Bona fides præsumitur adesse.*
59. *Dubitans an præscribat?*
60. *Completa usucapione scientia rei alienæ superveniens an obliget ad restitutionem?*
61. *Bona fides necessaria & in successore ejus, qui cœpit usucapere.*
62. *Mala fides defuncti nocet hæredi quoad usucapionem, licet accessione defuncti uti nolit.*
63. *Quod & procedit jure Canonum.*
64. *Titulus justus requiritur ad usucapionem.*
65. *Usurpatio sive interruptio usucapionis alia naturalis, alia civilis.*
66. *Captivitate interrumpitur possessio, nec reverso prodest postliminium.*
67. *Hæredi apud hostes defuncti currit possessio.*
68. *Possessio interrumpitur & per litis contestationem.*
69. *Item petitione generali diversarum summarum.*
70. *Citatio coram incompetenti judice facta an inducat interruptionem?*
71. *Effectus interruptionis.*
72. *Præscriptio an interrumpatur, si absoluto possessore reus succumbat.*

De acquirendo dominio ex caussis naturalibus actum supra Tit. 1. Hoc Tit. agitur de eo acquirendo per modum civilem, scilicet usucapionem, qui est effectus possessionis, ut ejus tractatui recte subjungatur. Agitur & hoc Tit. de usurpatione illi contraria. Ubi aliqui mirantur, Rubricam hanc inscribi, *De usurpationibus & usucapionib.* putant enim invertendum ordinem, ita postulante naturæ ordine, cum productio sive creatio sit prior destructione. Verum non debet ea res quemquam urgere: nos ordinem naturæ sequemur, primo acturi de usucapione, tum de ejus destructione. * Usucapionis vocabulum compositum est ex Usu & Capio, ut recte dicatur quid usucapi, id est fieri alterius temporis spatio, idque utendo. Vicina huic est Præscriptio, quæ communiter significat exceptionem, qua reus agentem accusantemque repellit. Hac in materia capitur pro exceptione, quæ ex tempore legibus definito substantiam capit. 1

Obtinuerunt autem inter usucapionem & præscriptionem olim variæ differentiæ: usucapio enim erat rerum mobilium, sive mancipi sive nec mancipi, ubique terrarum, *l. unica §. cum autem C. De usucap. transform.* & immobilium mancipi tantum, id est quæ alienari poterant vel acquiri, possessione, cessione, vel adjudicatione, cujus ordinis erant res Italicæ; præscriptio vero tantum immobilium nec mancipi, id est quæ alienari non poterant, cujusmodi erant res provinciales. Secundo, Res mobiles anno, immobiles soli Italici biennio usucapiebantur, secundum leges XII. Tabb. quæ habent, USUS ET AUCTORITAS FUNDI BIENNIUM ESTO, *d. l. unic.* præscriptio vero longo tempore perficiebatur, id est decem vel viginti annis. Tertio, Usucapio requirit initium bonum, præscriptio etiam cum mala fide perficitur, *l. penult. §. 1. Cod. De præscript. 30. annor.* IV. Usucapio dat dominium, atque ita actionem in rem; præscriptio vero tantum caussat exceptionem. V. Hæc contestatione litis interrumpebatur, *l. Nec bona C. d. tit.* non etiam illa, *l. 2. in fine inf. Pro emptore.* Verum hæc aliter se hodie habent; nam sublata distinctione inter res Italicas & provinciales, *C. De nudo jure Quirit. tollen.* & concesso, ut omnes pleno & legitimo jure rerum suarum sint domini, uti dictum supra Tit. 1. omnes res usucapi possunt plene; & pro anno inductum est triennium in mobilibus, in immobilibus vero pro biennio inductum decennium 2

inter præfentes, vicennium inter abfentes. Ex præfcriptione etiam utilis datur actio, ut colligere eft ex *l. penult. in princ. Cod. De præfcript.* 30. *annor.* Videatur *l. un. C. De ufucap. transform.*

3 Ufucapio definitur plenius per Modeftinum, effe adjectio dominii per continuationem poffeffionis temporis lege definiti, *l.* 3. *h. t.* Breviur, eft acquifitio dominii per ufum, *l. Ait Prætori* 23. §. 1. *sup. Ex quib. cauf. major.* Dicitur, adjectio dominii; non utilis tantum, verum & directi feu potius pleni, cum fimpliciter in definitione fiat dominii mentio; potior autem verbi fignificatio in dubio affumi foleat, *c. pen* ✻ *De fent. excommunic.* Facit textus in *l. Traditionibus* 20. *Cod. De pact.* ubi comparatur ufucapio traditioni, per quam certum eft dominium plenum tranfire. Facit & quod fi minus plenum diceretur adjici, quale vocant utile tantum dominium, directum maneret penes priftinum dominium, & quidem inutiliter, quia non poffit vindicare rem, cum vindicatio detur tantum pofteriori, qui ufucepit, *l. Si quis emptionis.* 8. C. *De præfcript.* 30. *vel* 40. *ann.* qui non impeditur re abuti pro lubitu. Covarr. *ad c. Poffeffor. p.* 3. *in princ. nu.* 2. Pinell. *ad Auth. Nifi tricennale n.* 36. *Cod. De bonis matern.* Non obftat, quod præfcriptione tantum inducatur exceptio, *l. Si fuper C. De præfcript. longi temp* ut præfupponenda fit actio adverfario competens per exceptionem elidenda; nam hoc accipiendum de exceptione facti, non etiam de ea, quæ juris eft, quæ fola præfupponit actionem apud adverfarium, ut dicitur infra de exceptionibus. Non tantum autem mobilium, verum & immobilium dominium adjicit, etiam fecundum jura priftina, faltem rerum mancipi, *Inftit. h. t. in princ.*

4 De juftitia ufucapionis non eft quod ambigatur; nam licet videatur repugnare juri gentium, quod non vult alicui fuum eripi invito, & quod non poteft tolli per jus civile, §. *pen. Inftit. De jure natur. gent. & civ.* non tamen ideo reproba dicenda, cum nitatur bono publico, cui refpondet lites abbreviari, certa effe dominia; quod præftat lex civilis, dum poffidenti rem alienam ejus dominium adjicit. Ceffante hac in parte jure gentium, ob adventum circumftantiæ, quæ abftrahit objectum à numero eorum, quæ lex ea comprehendebat: ut fiat fine ulla difpenfatione aut mutatione legis fuperioris, quæ perfiftens in fe, ut antè, non intelligitur variare in tali fupervenientе circumftantia. Unde jus civile nihil præjudicat juri naturæ, cum non faciat detineri alie-

num, fed fuum haberi, adjecto
dominio poffidenti per legem; cum
poteftas fpoliandi fubditos rerum
minio, ita exigente bono publico,
vata utilitas. Covarr. *d. l.* Pinell, *d*
& feq.

Ufucapiunt omnes, qui dominiu
poffunt, five fit paterfamilias, five
4. §. 1. *h. t.* Ubi habenda ratio diftin
liorum; nam ex cauffa caftrenfis vel
fis peculii, ut fibi poffidet filiusfam
capit, uti & ex cauffa peculii adve
quoad proprietatem; ex cauffa ve
patri ipfi. * Poteft etiam ufurapere
animum poffidendi habeat; alias tu
poffeffionem cœperit neceffe eft, *d*
major infante, qui poteft fibi acqu
nium, §. *pupillus Inftit. De inutil. f*
ufucapere fibi poffe fit dicendus, lic
rat hæreditatem fine tutore, quia
garetur æri alieno, quod fubeffe po
capionem autem non obligatur. *
choare ufucapionem nequit, quod
reat requifita ad poffeffionem; id t
ante furorem poffidere cœpit, ufuc
§ 3. cum non requiratur nova affect
dens durare intelligatur, modo ex c
deat, ex qua ufucapio fequitur. Q
tate fuadente receptum effe dicitur
§. penult. hoc tit. ne languor animi d
in bonis adferat. Quo facit, quod
poffit definere animo poffidere,
non habeat, *l. Si is* 27. *t. fuperiori.*

Quæftio eft, An & curatore au
acquirat poffeffionem, cum eond
piendi? Quod licet aliqui negent,
ad ufucapionem requiratur fcienti
feffionis, quæ in furiofum non cadi
& infanti per tutorem ea acquiratur
non habet affectionem tenendi,
jus tit. fup. quam fupplet tutor
32. §. *infans eod. tit.* ita & in furiofo
tor: ut æquitatis & juris ratio id
ftatui poftulet, quòd in infante hac
nuit.

Servi ea, quæ peculiariter nact
pere poffunt, etiam nobis ignorant
extra peculium non nifi nobis fcie
fitam poffeffionem, uti patet ex Ti
traditur in l. *Labeo* 8. *hoc tit.*

Capti ab hoftibus, cum non f
& poffeffionem cenfeantur defer

pionem non complent, sed ea interrumpitur per captivitatem, *l. Si is qui* 15. *h. t. l. In bello* 12. §. *facti inf. De capt. & postlim. revers.* ut reverso secundum jus postliminii non prosit medium tempus ad usucapionem, *d. l.* 15. *in princ.* mortuo autem apud hostes procedat hæredi possessio, secundum fictionem legis Corneliæ, qua scilicet habetur mortuus ipso momento captivitatis. * De possessis per servum ante captivitatem, vel etiam possideri cœptis post eam ex causa peculiari, an usucapio procedat, fuerunt diversæ sententiæ Marcelli & Juliani. Ille enim hæredibus quidem prodesse possessionem, secundum fictionem legis Corneliæ, admittebat, non etiam ipsi reverso, hic vero etiam ipsi reverso, secundum fictionem juris postliminii: & huius sententia sequenda est, secundum expressum textum *d. l. In bello* 12. §. *facti* 2. *infra De capt.* juxta quem intelligenda *d. l. Si is qui* 15, *in fine princ. h. t.* quæ alias posset videri contraria. * Quod ex causa non peculiari servus postea possidere cœpit, eius non cedit usucapio capto, quia requiritur scientia, secundum dicta Tit. superiori, *l. Iusto* 44. §. *fin. hoc tit.* Ubi aliter id ipsum obtinere dicitur in filiumfam. qui quod possidet extra causam peculiarem, patre apud hostes agente, sibi possedisse & usucepisse dicitur, ex lege Cornelia, quasi sui juris esset, *d. l.* 12. §. 1.

13 Ut autem usucapio justa sit, & suum consequatur effectum, necesse est aliqua concurrant. Et primo quidem opus est, res sit talis, quæ acquiri potest, scilicet corporalis, cuius est propria possessio; incorporalis enim rei ut tantum est quasi possessio, ita & quasi usucapio. Servitutum ante Justinianum non erat usucapio, *l. Servitutes* 14. *sup. De servit. l. Si aliena* 10. §. *h. jure h. t.* ob legem Scriboniam, quæ inhibebat earum usucapionem, *l.* 4. *in fine h. t.* primo favore libertatis, & odio servitutis, ut prædia manerent libera. II. quod servitutes per se non possideantur, *d. l.* 14. *& d. l.* 4. §. *si viam l.* 1. *sup. De usur. leg.* III. quia incorporalia traditionem non recipiunt, *l. Servus* 43. §. *incorporales sup. de acquir. rer. dom.* Quæ rationes sunt probabiles, continentes juris subtilitatem. Aliud visum est Justiniano, qui eas præscribi permisit annis decem vel viginti, cum titulo, *l.* 2. *& penult. Cod. De servit. l. fin. Cod De præscript. longi temp.* Non obstante, quod proprie non possideantur, cum sint incorporales, ut nec usucapi queant, cum ad usucapionem sit necessaria possessio; nam saltem quasi possideri possunt & quasi possessione acquiri. Ubi non est facienda distinctio inter rusticas & urbanas, in eo, quod quædam non habeant usum continuum, quales discontinuas vocant, cum satis sit quod habeant causam continuam. Cujac. *in Recit. ad d. l.* 14. *sup. De servitutib.* Donell. 11. *Comment. cap.* 11.

14 Rerum corporalium tria genera ponit Pomponius, in *l. Rerum* 30 *hoc tit.* unum, quod continetur uno spiritu, uti homo, equus: alterum, quod ex contingentibus, id est pluribus inter se cohærentibus, uti ædificium, navis, armarium: tertium, quod ex distantibus, uti corpora uni nomini subjecta, veluti grex, populus, legio. In primo dicit non esse quæstionem, quin omnes partes cum suo toto possideantur & usucapiantur, quod uno spiritu contineantur: alia quæstionem habere, cum ædes possidens, totum quidem possideat, non etiam singulas res, ut totius possessio ad rerum singularum usucapionem non proficiat *d. l.* 30. § 1 *& l. Eum qui ædes* 23. *h. t.* cum scilicet regulæ, aut columnæ, aut alia tigna ædibus juncta possint esse furtiva, quorum non est usucapio. Gregis quoque uti non ut universi, sed singulorum capitum, est possessio, ita & usucapio, *d. l.* 30. §. 2.

15 Sint autem ista corpora in commercio, vitio carentia, usucapi non prohibita. Quo modo usucapi nequeunt, I. Res sacræ, religiosæ, sanctæ quod fugiant hominum commercium, & acquiri nequeant, *l.* 9. *h. t.* Liberi hominis usucapioni nullum tempus dicitur suffragari, ne quidem sexaginta annorum, *l.* 3. *C. De longi temp. præscript. quæ pro libert.* * II. Respublicæ populi Romani, *d. l.* 9. quia juri publico non debet obesse præscriptio, *l.* 6. *C. De operib. public.* Quo spectant & res fisci, §. *res fisci Inst. h. t.* quo nomine venit ærarium Principis, quasi proprium eius peculium; unde & suum fiscum Imperator sæpe nominat. Nomen tractum videtur à cophinis sive sportis, quæ sunt utensilia, quibus ampliores pecuniæ condebantur: unde quia maior summa erat pecuniæ publicæ, istud nomen pro publico ærarii thesauro usurpatum. * Quod accipiendum de iis rebus, quæ jam fisci sunt, & per eum occupatæ: nam quæ fisco debentur quidem, non tamen ab eo apprehensæ, usucapioni sunt obnoxiæ, cuius ordinis sunt bona vacantia, eorum scilicet, quibus post mortem successor nullus extitit; illa enim antequam nuntiata fisco fuerint, emptor diuturna possessione capiet, *l. Quamvis* 18. *h. t.* ut fiscus postea non sit audiendus.

18 Ubi quidam disputant, quantum temporis requiratur? Et Collegium Argentoratense putat decem annos requiri, ob *d. l.* 10. in qua dicitur diutina possessione capi, puta inter præsentes decem, viginti vero inter absentes, *arg. l. un. Cod. De usucap. transform.* Verum textibus juris conformior est sententia, inter quadriennium tutum esse possessorem bonæ fidei, cum *l.* 1. *Cod. De quadriennii præscript.* expressè dicat, à fisco quæstionem post quadriennium continuum inchoandam non esse. Nihil facit, quòd in *d. l.* 18. dicatur diutina possessione capi; nam hoc verbum licet accipiatur communiter de longo tempore, id est decem annis, accommodandum tamen est materiæ subjectæ. 19 * Dinumerandum autem quadriennium istud à tempore, quo bona vacant, *l.* 1. §. *Divus inf. De jure fisci* & *l. Intra* 10. §. 1. *De divers. & temporal. præscript.* Ubi quadriennio bonorum vacantium nuntiatio finitur, ut, cum amplius bona vacantia nuntiari nequeant, possessor sit dicendus tutus, & minus rectè Argentoratenses videantur præscriptionem hanc demum post quadriennium inchoare. Posset tamen videri eorum opinio procedere in casu quo non est facta nuntiatio, secundum *d. l. Quamvis*, quod dum scilicet requirantur decem anni, vel viginti, uti sentit Covarr. *in c. Possessor, p.* 2. §. 2. Verum *d.* §. 1. & *d. l.* 1. *C. De quadrien. præscr.* dicunt, vacantibus bonis quadriennio possessis finiri nuntiationem, uti & habet *l. Quia* 6. §. 7. *sup. Si quis omissa caus. test.* non inchoatam, sed inchoandam, ut colligitur ex *d. l. Intra* 10. §. 1. quæ dicit præscriptum esse quadriennium nuntiandis bonis vacantibus. Quo facit, quod alias non curreret quadriennium à tempore bonorum vacantium, sed à nuntiatione. Nihil facit pro illis *l.* 1. §. *præscriptio inf. De jure fisci*, ubi requiritur vicennium; quia loquitur de aliis causis fiscalibus, quam bonis vacantibus, ut patet ex *l. In omnibus* 13. *inf. De divers. & temporal. præscript.* quæ in fisci quæstionibus tradit præscriptum esse vicennium, exceptis causis, in quibus minora tempora constitutum observari, veluti bonis vacantibus & commissis, quibus præscriptum est quinquennium, *l.* 2. *C. De Vectigalib.*

20 Quod dictum, res fisci non usucapi, accipiendum de ordinario & longo tempore; nam longissimo & hæ acquiruntur, secundum *l. Omnes* 4. *Cod. De præscript. 30. annor.* quæ generaliter nullum jus, privatum aut publicum, extinctum quadraginta annorum spatio, quacun-

que in causa vel persona vult moveri

Sunt & extra usucapionem res D
9. *h. t.* quas ut tales obtinent : na
privatis competunt, veluti quas v
cipatum habuerunt, vel postea ju
quisitas, eæ non effugiunt ordina
ptionem; neque enim talibus rebu
lum privilegium concessum. Facit
Clericorum patrimoniales acquira
ptione ordinaria, Jason. in *Auth.*
nu. 48. *Cod. De sacros. Eccles.* Covar
17. Cravetta *De antiq. temp. p.* 4 §.
quæ debentur Principi in recogn
jectionis & supremæ potestatis, uti
sunt extra omnem præscriptionem
dientia Principi debita, quod sint
jus dignitati. Eæ res, quæ non sun
illi tamen reservatæ, ut indictio
possunt præscribi annis quadragin
lo, aut immemoriali tempore sine ti
præscript. in 6. quia possunt hæ res
à Principe cum subditis; tale auten
loco constituti. * Res Coronæ con
sunt castra, urbes, quia possunt apud
se, videntur posse acquiri præscrip
tamen communi, sed ea tantum, qu
annorum, ut videtur probari *l. Ut i*
C. De sacros. Eccles. ubi adversus Ec
spitalia, pias causas, civitates, in hi
cis donatæ, testamento relictæ, ve
currit præscriptio nisi centum anno
res etsi corrigatur quoad Ecclesias
sas, non tamen quoad civitates, *d.*
actiones, ubi Jason. Ut videatur n
competere regnis & provinciis,
bus, de quibus *d. l. Ut inter.* De his la
tur Covarr. *ad c. Possessor p.* 2. §. 2.
Balbus *De præscript.* 2. *p. quinta p.*

De jurisdictione quæritur, An al
ris cursu possit acquiri? Per consue
acquiri posse non venit dubitandu
communi & promiscuo usu jus tri
tùm de præscriptione dubitatur, q
to jure quid adjiciat. Certum tam
jurisdictionem, merum mixtumqu
acquiri posse, contra inferiorem a
tempore ordinario, cum non sit rat
jus tempus requirat. Contra Prin
hujusmodi præscribantur, dubiur
receptum tamen & contra ipsum p
tradit Jason. in *l. Imperium n.* 20. *sup.*
alios allegans, & latè Covarr. *d. p.* 2.

non tamen nisi tempore immemoriali, quod est loco constituti, *l. 6. C. De præscript.* 30. *vel* 40. *annor. cap. Super* ꝫ *De V. S.* Vide Balb. *d. par.* 2. *quæst.* 3. & 4. Barbosa *ad l. Competit.* 16 *C. d. t. nu.* 116. & *seqq.*

25 III. Res vitio reali affectæ usucapi prohibentur. Qua ratione res mobiles non facile usucapione quæruntur, quod sint plerumque obnoxiæ furti vitio; non tantum per ipsum possessorem furem, sed & per tertium bonæ fidei possessorem, ob vitium reale semel contractum, quod comitatur *Inst. h. t. §. furtivæ.* Quod & dicendum de servo fugitivo, qui sui furtum facit, ut, donec in fuga est, usucapio eius non procedat, *l. 1. C. De servis fugit.*

26 De partu ancillæ furtivæ varia per veteres tradita, non semper consentientibus sententiis. Certum est, si ancilla prægnans surrepta fuerit, partum censeri furtivum, cum ancillam contrectans furti animo, censeatur omnes partes ancillæ contrectare, atque ita & partum, qui viscerum matris est portio, *l. 1. §. 1. sup. De ventre inspic.* Vitiosus itaque erit etiam partus, sive apud furem editus, aut etiam conceptus, *l. Qui vas* 48. *§ ancilla inf. De furt.* sive apud ipsius hæredem, qui vitiorum defuncti est successor, *l. 4. §. hæres h. t. l. Si ego* 11. *§. partus sup. De public. in rem act.* sive etiam apud furem conceptus, apud possessorem bonæ fidei editus, ob vitium, quod partui accessit per contrectationem matris, *d. §. ancilla.* Aliud juris est, si apud bonæ fidei possessorem partus sit conceptus & editus; neque enim potest dici vitiosus, ut qui non fuit portio matris, dum contrectaretur, ut ejus procedat usucapio, *l. Non solum in princ.* 33. *h. t.* Et de tali partu accipienda est, *l. Si aliena* 10. *in fine h. t.* Quod verum, si & tempore concepti partus & editi ignorabat possessor matrem furtivam, quia cùm succedat jure singulari, non nocent ipsi vitia auctoris. Quod si ante conceptionem vel nativitatem sciverit vitium matris, usucapere partum nequit, *d. l.* 33. *in princ.* quia usucapionem inchoaret cum mala fide. Non obstante *l. Iusto* 44. *§. constat h. t.* quæ tantum requirit bonam fidem in principio traditionis, nam loquitur quidem de ancilla aliena, non tamen furtiva. Videtur etiam obesse usucapioni dicto casu, si bonæ fidei possessor post editum partum sciverit matrem esse furtivam; nisi ignoraverit, cuius ancilla esset, aut si cum sciret dominum, non potuerit eum certiorem facere, quæ est Pomponii sententia contra Trebatium, *in l. penult. inf. Pro suo.* Cui non obstat, quod ad usucapionem sufficiat bona fides in principio, & mala fides superveniens eam non impediat, *l. 4. §. si ante quam pariat h. t.* nam id verum est, quando sola bona fides interrumpitur, non etiam quando causa cessat; uti in præsenti casu, qui pro suo possidere cœperat, ob scientiam supervenientem incipit clam possidere.

27 Dubium est de partu ancillæ, quam servus surreptam domino ignoranti pro libertate dedit, an ex illa conceptus apud dominum possit per eum usucapi? Ita asserit Julianus in *l. 9. & 10. inf. tit. seq.* quod ancillam dominus videatur emisse, præmio libertatis collatæ in servum. Contraria est Sabini & Cassii sententia, qui putant possessionem, quàm servus vitiosè nactus est, domino obesse, *l. 4 §. de illo hoc tit.* Ad conciliationem dictorum locorum, Donellus 5. *Comment. cap.* 25. dicit, accipiendam *d. l.* 9. & 10. de tradita ancilla per manumissum, dictum vero *§. de illo*, de tradita per servum existentem. Verùm ista conciliatio est divinatoria, cum verba eam non insinuent. Deinde nihil quoque facit, cùm etiam per alium mihi donata ancilla furtiva, aut alio quæsita, titulo vitiosa sit, *d. l. 4. §. sed etsi.* Ut melior sit conciliatio, quam tradit Cujac. *ad d. l. 4. §. de illo.* qui *d. l.* 9. & 10. accipit de eo domino, penes quem ignorantem ancilla concepit & peperit; dictum vero *§. de illo*, de domino, qui vel partus vel conceptionis tempore scivit furtivam ancillam esse, secundum *d. l. 4. §. si antequam.*

28 Quod in ancilla furtiva ejusque partu statutum, idem obtinere in pecudibus furtivis, earumque fœtu tradit Ulp. *in d. l. Qui vas* 48. *§. ancilla inf. De furt.* qui videtur non accipiendus generaliter, sed restringendus ad alterum casum, quo scilicet apud furem conceperunt & ediderunt, non etiam quo apud bonæ fidei possessorem fœtus est editus; nam hac in parte est diversitas inter partum & fœtum vel legendum ibi negativè, *non idem juris est*, ut rectè monet Cujac. 15. *Obser. c.* 20. cum statim subjungatur differentia, ex equis scilicet furtivis natos apud bonæ fidei possessorem ad eum pertinere; quod & habet *l. Bona* 48. *§. fin. su. De acquir. rer. dom.* Et expressè *d. l. 4. §. lana hoc tit.* habet lanam à fure detonsam non posse usucapi, detonsam vero à bonæ fidei possessore non debere usucapi, sed statim ejus fieri. Ratio differentiæ est, quod fœtus, lana, & similia, sint in fructu, qui continuo cedunt bonæ fidei possessori, ut non sit opus usucapione:

quod non est idem in partu hominis, qui cum in fructu non sit, *d. l. Qui vas §. ex furtiva*, non potest dici acquiri per possessionem matris hoc ipso, quo nascitur, sed demum per usucapionem, quæ est rei non vitiosæ.

29 Afficitur & res immobilis vitio, quod obstat usucapioni, scilicet si vi sit occupata. Ubi necesse est, ipsa res sit possessa vi, neque enim satis est, aliquem vi dejectum esse, si dejiciens possessionem non apprehenderit, sed eam desertam & vacuam alius occupaverit, cui curret usucapionis tempus, cum non possit dici vi possidere *d. l. 4. §. si tu. hoc tit.*

30 Quòd dictum, non currere usucapionem rei vitiosæ, accipiendum primò de ordinaria usucapione, nam triginta annorum spatio & res talis præscribitur, *l. Omnes C. D. præscript 30. ann.* Secundò, nisi purgatum sit vitium. Purgatur autem, si res in domini potestatem reversa fuerit, *d l. 4. § quod autem & l. 7. C. de usucap. pro empt.* In potestatem domini non alias dicenda reversa, quàm si is sciens rei tamquam suæ possessionem nactus fuerit, justè ut avelli nequeat, id est, eo modo apud eum sit, quo antè fuit, *d. l. 4. §. Labeo & §. tunc in potestatem.* Quod si nescierit rem ad se rediisse, necdum censetur purgatum vitium, *l. Si ad Dominum 86. inf. De furt.* Pupillo rem subtractam sufficiet tutorem scire ad pupillum rediisse, vel etiam in potestatem ipsius tutoris, qui habetur loco domini, *d. l 4. § si pupilli.* quod & ibi in re furiosi sufficere dicitur, ut scilicet curator sciat rediisse. Quod si tutor eam surripuerit, necesse est in potestatem redierit pupilli, quia non habetur loco domini, nisi quando administrat, non etiam quando pupillum spoliat, *l. Qui fundum §. si tutor inf. tit. seq.*

31 De surrepto pignore creditori quæsitum est, in cujus potestatem debeat rediisse, ut censeti possit vitium purgatum? Si per extraneum pignus surreptum fuerit, in domini potestatem rediisse debere habet *d. l. 4. §. quod autem 6. h. t.* nec sufficere in potestatem redierit creditoris, aut ejus, cui surrepta. Nec obstat *l. fin. hoc t.* quæ dicit usucapi posse, simulatque in creditoris potestatem redierit; nam loquitur ista lex de pignore surrepto per ipsum debitorem, dicitque usucapi posse, simulatque in potestatem creditoris redierit; quod non est controversum.

32 Verum in ista materia, quando à debitore pignus à se datum surreptum est creditori, & distractum, an possit usucapi controversia est? Nam *d. l. 4. §. si rem pignori 21.* eam usucapi posse

tradit, uti & *l. Si rem inf. tit. seq* quasi ne[...]
E contra *l. Cum sit 6. Cod. De usucap.* [...]
pressè habet, eam non posse usuca[...]
furtivam. Donellus 5. *Comment. cap.* [...]
cipit *d. l. 6.* de pignore surrepto cre[...]
lium, loca verò priora de eo surrept[...]
debitorem, qui non facit furtum rei su[...]
ista conciliatio non quadrat, cùm [...]
surrepta re, si in domini potestatem [...]
getur ejus vitium, *l. Cum res 20. in fin.*
Videtur cum Bart. *ad dd. ll.* & Castre[...]
dicendum loca priora loqui de usu[...]
rente quoad jus, quod concernit ip[...]
rem, quin eatenus res non est vitiosa [...]
quoad jus concernens ipsum credito[...]
dum *d. l. 6* cujus respectu res vitiosa [...]
debitor eam creditori suo surripiens [...]
tum facere. Accipienda autem præ[...]
re aliena, siquidem rei sui traditio [...]
tulo continuò faciat dominum eum [...]
tur, ut non sit opus usucapione, *d. l. 4* [...]

IV. Res quædam sunt usucap[...]
Quo in ordine sunt res donatæ Pr[...]
legem Juliam repetundarum, *l. p*[...]
Jul. repetund. Quod & accipiendum, [...]
gatum non fuerit, secundùm dicta su[...]
queunt etiam usucapi res pupillares [...]
quidem longissimum tempus obest, [...]
De præscript. 30. vel 40. annor. con[...]
tantum non incipit præscriptio, v[...]
contra defunctum inchoata sistitur, [...]
ætate durante quasi dormit, eaque [...]
riora tempora cum prioribus contin[...]
3. ubi Glossa V. servanda. *Minoribu[...]
usucapiones non nocent; longissim[...]
poris etiam contra defunctum incl[...]
nuantur, & iis obstant. *l. fin. C. In qu*[...]
teg. restit. non est necess. * Effugiunt [...]
nem res dotales, penes maritum exi[...]
alienatio earum Lege Julia sit vetita [...]
fundo dot. ad alienationem autem [...]
pio, *l. Alienationis 28. inf. De V. S.* Po[...]
antequam dotales essent, inchoata, [...]
latur ex eo, quòd dotales fiant, *l. S*[...]
sup. De fundo dotali. *

Nullius etiam temporis præscri[...]
liberos à repetitione bonorum ad[...]
quorum usufructus penes patrem [...]
mùm inchoatur à tempore, quo lib[...]
tria potestate, *l. 4 in fine C. De bo*[...]
Nov. De nupt. 22. § sed quod sancit[...]
tio est, quod ante liberationem à p[...]

te iis non fuerit agendi licentia; ut nihil quoque illis imputari possit, cum per leges agere impediantur, quibus obedientes pœnam non merentur, *l.* 1. *in fine & l.* 8. *C. De annali except.*

37 Idem juris est in rebus alienari testamento prohibitis, nam ut earum alienatio est impedita, ita & ad eam spectans usucapio, *l.* 2. *C. De usucap. pro empt.* ex eadem ratione, quod possessore vivente agere non valeant, ut per ejus factum non debeat iis generari præjudicium. * Quod & obti-

38 net in rebus legatis sub conditione aut die, quarum vindicatio post conditionem impletam, aut lapsum diem non debet impediri per usucapionem, aut longi temporis præscriptionem, *l.* 3. §. *sin autem C. Com. de legat.* ex ratione jam dicta. Quo modo demum post diem lapsum, aut impletam conditionem curret usucapio, uti rescriptum est in *l. Cum acutissimi* 7. §. *illud Cod. De præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* quia si agere tunc possint, nihil est, quod eorum excuset silentium.

39 Non objicitur etiam longi temporis præscriptio militibus consistentibus in expeditione, *l.* 1. *C. Quib. non objicit: longi temp. præscr.* Ut aliud sit, si in hibernis agant, *l. fin. C d. tit.* quod sic nihil eos excuset, cum invigilare rebus suis possint. Non habet etiam effectum suum contra absentes Reip. caussa aut alia justa, *l.* 2. *&* 4. *C. d. tit.* Uti nec contra captos ab hostibus, *l.* 6. *C. d. tit.*

40 Denique usucapionis termini non obtinent quoad ea, quæ sunt meræ facultatis, ut patet ex *l.* 2. *inf. De via publica.* Cujus ratio est, quod hujusmodi, cum sint meri facti, nihil juris ponant, cui præscribi possit, & antequam fiant, non sunt in rerum natura.

41 Hinc resolvenda venit quæstio. An jus luendi pignoris possit præscribi? Quæ etsi controversa sit, aliquibus tenentibus partem affirmativam, ut videre est apud And. Gail. 2. *Observ.c.* 18. & pro ea videatur facere. I. quod præscribi possit juri retrahendi, uti traditur *tit. Cod. De pact. inter empt. & vendit.* II. quod in *l.* 4. *Cod. De præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* dicatur nullum esse jus, quod non perimatur XL. annis: verius tamen, nullo tempore præscribi oblationi debitæ pecuniæ, ad pignoris luitionem, ejusque recuperationem per debitorem, cum hæc oblatio non tam sit juris, quam meræ facultatis, posita in arbitrio debitoris; illis autem, quæ sunt meræ facultatis, non obstet præscriptio, uti dictum, cui ei, quod non est, non possit præscribi. Non est autem nata actio pignoratitia ante solutionem debiti; antè enim ad revocandum pignus debitori nullum competit jus aut actio, sed tantum in ejus est facultate, per oblationem debiti jus agendi sibi quærere, *l. Si rem* § *omnis sup. De pignor. act.* ubi Bart. quo quæsito non utendo, sibi præjudicat debitor.

Non obstat secundum argumentum ex *d. l.* 4. quæ dum statuit nullum jus esse, quod non perimatur XL. annis, intelligenda est de jure actionis, & iis, quæ de jure competunt, non etiam de iis, quæ sunt facultatis. Non obstat etiam prius, cùm hic agamus de jure needum nato, sed quod demùm nascetur per solutionem debiti, per quam fit locus actioni pignoratitiæ, quia tum pignus sine caussâ existet penes creditorem, quàm si negligat proponere, curret enim præscriptio triginta annorum. In argumento autem proposito de jure retrahendi, licet negari non possit, quin agatur etiam de offerendo pretio, non tamen tam agitur de nudo facto, quam secundum actionem jam natam, & quæsitam ratione pacti & obligationis personalis de retrahendo, appositæ tempore venditionis; quæ cum sit nata, negligens eam triginta annis, qui sunt oppositi actioni personali, eamdem amittit, *l. Sicut* 3. *C. De præscrips.* 30. *vel* 40. *annor.* quæ res difficultatem non habet, bene tradit Covarr. 1. *Var. Resol. cap.* 9.

42 Non est tamen citra controversiam casus, quo conventum, liceri venditori *semper*, *quandocumque*, *perpetuo* retrahere, an ejusmodi verba impediant præscriptionis cursum? Ita asserit recepta à plerisque opinio, in eo fundata, quod omnis actio dicatur tolli spatio xxx. annorum, *d. l. Sicut & l. Omnes Cod. d. tit.* Nihil obstantibus prædictis verbis, quæ licet perpetuitatem denotent, restringenda tamen sunt secundum terminos juris, *arg. l. Nemo potest* 55. *sup. De leg.* 1. quod verba istiusmodi conclusit spatio triginta annorum, *Inst. De perpet. & temporal. act.* ex ratione, ne in infinitum homines vexarentur actionibus, & numquam essent certi de firmo rerum suarum dominio. Quo modo, quod dicitur in *l. Quod si nolit* §. *si quid ita sup. De ædil. edicto & in l. Prætor* §. *hoc inter sup De novi op. nuntiat.* perpetuo competere, communiter restringunt ad annos 30. etiamsi juramentum fuerit appositum. Covarr *d. loco n.* 7. Nihil obstat, quod non possit videri emptor in bona fide, qui ejusmodi pactum admisit, quia verba ista sunt intelligenda secundum determinationem juris, ad quam contrahentes se referre censentur. Videatur Tiraq. qui pluribus hanc quæstionem examinat in utramque partem, *Tract.*

De

De *Retractu p. 2. Gl. 2. n. 6. & multis seqq.* Gabriel. *lib. 5. Com. opin. t. De præscript. concl. 6.* Mynf. *Cent. 1. Obser. 6.* Posset tamen alicui videri probabilior opinio contraria, scilicet per hujusmodi verba excludi præscriptionem, quod sint apta importare infinitatem, quæ toleratur, quando ex partium voluntate nascitur. Alexand. *Conf. 145. n. 2. & 3. volum. 2* quorum verba secundùm veram & propriam significationem sunt accipienda, à qua non est recedendum, quando non est manifestum eos aliud sensisse, *l. Non aliter 69. De leg. 3.* Quò facit, quod verba contrahentium, ne sint frustrà apposita, debeant aliquid operari: ut non possit dici excusari à malâ fide emptor per hoc, quod leges restringant actiones ad annos triginta, hoc enim nisi aliud placuerit, Gomez *1. Var. cap. 2. num. 8.* Fachin. *2. Contr. c. 13.* & alii, quos citat Gabriel *d. loco nu. 6.* Quæ opinio potissimum procedet, si accesserit juramentum, quod cum omnimodo servandum sit, dicendum excludi præscriptionem, quia aliàs cum detrimento animæ non servaretur.

43 Quod dictum est, non præscribi pignori contra debitorem per creditorem, non procedit in posteriore creditore, qui si rem priori hypothecatam possederit annis quadraginta vivo debitore, vel triginta eo mortuo, repellet priorem creditorem, *l. 7. §. 2. vers. & sancimus C. De præscript. 30. vel 40. ann.* Ratio differentiæ in eo est, quod posterior creditor vivo debitore videatur uti jure debitoris, cujus nomine possidet, qui ut non repellit creditorem nisi annis XL. ita nec creditor eum repellet, cum plus juris sibi adrogare nequeat, quàm habet ejus auctor. Mortuo vero debitore, cum suo jure incipiat possidere, quia non superest is, cujus nomine possideat, eo casu sufficient xxx. anni.

44 Alia quæstio est admodum controversa, An præscribatur annuis præstationibus? Distinguunt aliqui inter debitas præstationes ex contractu, & ex testamento, quod illis præscribatur triginta annis, & quidem omnibus, non etiam his. Rationem differentiæ dant, quod in contractibus una tantum sit stipulatio; in ultimis vero voluntatibus censeantur plura legata conditionalia, quibus singulis præscribendum est. *Glossa in l. Cum notissimi V. cujusque anni Cod. De præscript. 30. vel 40. annor.* Bulgarus indistinctè cessatione xxx. annorum omnes tolli tenet. Martinus è contrà indistinctè iis tantùm præscribi, à quibus sunt lapsi triginta anni. Pro opinione Bulgari facit *l. Eos 26. in princ. C. De usur.* ubi extincta

principali obligatione per annos tri[...] tur & extincta actio usurarum siv[...] præteriti temporis. Pro opinione M[...] textus in *d. l. Cum notissimi §. fin.* qui [...] missionibus, vel legatis, vel aliis obl[...] quæ dationem per singulos annos [...] aut aliquod singulare tempus habe[...] memoratarum præscriptionum non [...] talis obligationis, sed ab initio cuju[...] alterius singularis temporis compu[...] stum esse. Qui textus approbat sente[...] ni, sine distinctione, debeantur ex c[...] ex testamento. Pro qua facit, quod si[...] nova nascatur actio, & tot sint acti[...] præstationes ut totidem sint & pra[...] quibus actiones natæ extinguantur [...] needum natæ. Estque ea sententia M[...] risque recepta, ut videre est in Cap[...] *decis. 344.* in Papone *lib. 2. tit. 3.* [...] eam se secutum in judicando tradit [...] *decis. 46. 47. 48.* Eamdem in Came[...] receptam esse asserit Mynf. *cent. 3. O[...]* Gail. *2. Obs. 73. in princ.* Nihil obs[...] Martini textus in *d. l. Eos*, nam, ut tra[...] *l. Plures C. De fide instrum.* loquitur d[...] accessoriæ sunt, ut sublato princip[...] eo extinguantur, quod aliter se habe[...] tionibus. Latè de hac quæstione Fre[...] *De jure Censuum cap. 5. nu. 78. &* [...] Barbosa *ad l. 2. nu. 125. & seqq C.* [...] *30. vel. 40. annor.*

Hactenus de primo requisito, scili[...] quæ usucapioni materiam præbent. [...] quiritur, res sit possessa, cum usuca[...] sit possessio, ut rectè habeat regula ju[...] sessione non currere usucapionem, *c.* [...] *6. l. Sine 25. h. t.* Possessio vero hab[...] domini, ad effectum usucapionis; c[...] oportet sit civilis, cum naturali ads[...] nimus possidendi, non tamen anir[...] qui necessarius est ad effectum, qu[...] dominii; quo modo creditor per s[...] pit. Per se autem quis possideat, a[...] non interest, sive eum habeat in po[...] non, secundum dicta Tit. superiori.

Non quælibet autem possessio s[...] quiritur duret legitimo tempore, [...] sum est pro rerum qualitate. Olim [...] anni possessio sufficiebat, biennii i[...] bus, secundum legem XII. Tabb[...] fortè, quod sit boni patrisfamilia[...] rerum suarum mobilium, bienniis [...]

bilium inire rationem. Quod tempus postea nimis breve visum fuit, quod domini excluderentur rerum suarum dominio; unde statutum est, non aliàs perfici rerum mobilium usucapionem quàm triennali possessione; immobilium decennali inter præsentes, vicennali inter absentes, *l. un. C. De usucap. transfor.* Quo tempore si dominus res suas negligat, meretur earum dominio cadere, ita postulante publica tranquillitate.

47 * Præsentes qui dicantur non est multum ambigendum, cum lex ipsa determinet, præsentes dici, quando uterque & usucapiens, & is, cujus res usucapitur, in eadem provincia domicilium habent; absentes vero, quando in diversa, sive res sint in eadem provincia, sive non, *l. fin. C. De præscript. long. temp.* Satis enim est, altera pars sit in eadem provincia, ut per ejus interpellationem possit interrumpi usucapio.

48 Dicitur autem usucapio ista longi temporis, habens locum in actione reali & dominii petitione, quam excludit; *C. d. tit.* Est & præscriptio longissimi temporis, locum habens in actionibus personalibus, quæ per eam extinguuntur, *Cod. De præscript. 30. annor.* Ratio, cur in his requirantur triginta anni, cum in realibus sufficiant decem, consistit in usu continuo, qui est circa res, quarum actio perimitur: cum in personalibus nullus sit usus, qui actionem perimere possit, id est nulla subest res corporalis cujus usu obligatio perimatur, sed tantum est negligentia creditoris sibi debitum non petentis, cui proinde tardius præjudicatur, cum nullus possit dici subesse favor possessoris.

49 Quod ad actionem hypothecariam attinet, varium est illi tempus præfixum, pro distinctione possessorum. Nam si extraneus pignus possideat longo tempore, is se tuebitur adversus creditorem pignus persequentem, *l. 1. & 2. C. Si advers. credit.* Si tamen bonæ fidei possessor fuerit, alias triginta anni desiderantur, *l. 3. C. De præscript. 30. vel 40. annor.* quam Glossa *ibi in V. possidente* interpretatur de mala fide, ne contradicat dictæ, *l. 1. & 2.* Si possideatur à debitore, vel ejus hærede, etiamsi olim creditori esset actio perpetua, Justinianus tamen spatio quadraginta annorum eam conclusit, *l. 7. §. 1. Cod. d. tit.* quo tempore & opus est posteriori creditori contra priorem, vivo scilicet debitore cui alias triginta sufficient, de quo supra, *nu. 43.*

50 Gaudent & beneficio xxx. annorum res Ecclesiæ, *c. De quarta, c. Ad aures ꝫ De præscript. Auth. Quas actiones Cod. De sacros. Eccles.* id enim meretur earum favor. Quod & ad pias caussas traductum est, teste Tiraq. *De privileg. piæ caussæ privil. 139.* merentur enim & ista favorem. In quam rem facit *Nov. De Ecclesiast. tit. 131. § 6.* Ecclesia Romana in rebus suis gaudet privilegio centum annorum, *c. Cum vobis ꝫ d. tit.*

51 * Quod olim & concessum omnibus Ecclesiis Orientalibus, *l. Inter. Cod. De sacros. Eccles.* ac postea indultum Occidentalibus per *Nov. 9.* Verum per *d. Nov. 131. §. 6.* tempus id restrictum ad annos quadraginta, quæ restrictio non potest obesse Romanæ Ecclesiæ quoad suum privilegium centum annorum, concessum per Canones, quos non immutant sæculares leges. Fachin. 1. *Contr. cap. 3.*

52 * Est & præscriptio quadriennii contra fiscum, quoad bona vacantia, qua de re superius actum, *h. t. n. 16.* & quinquennii, quo præscribitur querelæ inofficiosi: quo etiam tempore præscribitur actioni adulterii, *l. 5. C. Ad L. Iul. de adult.* cum aliàs pleraque crimina non tollantur minori spatio quàm annis viginti; nisi quod actio injuriarum anno finiatur, *l. 5. C. De injur.* de dolo autem biennio, *l. fin. C. De dolo.*

53 Non sufficiet autem legitimum illud tempus, nisi etiam sit continuum & totum compleatur; non tamen computando à momento ad momentum, sed postremum diem, *l. 6. h. t.* quem attigisse sufficit, eoque etiam per momentum rem possedisse, *l. pen. in princ. inf. De diversis temporal. præscript.* Unde qui sexta diei Calendarum Januarii hora, id est meridie (dinumeratis more Romano horis ab ortu Solis) & hora sexta noctis, pridie Kalendas Januarias, rem possedit, complebit ejus usucapionem; tunc enim alter dies secundum computationem Romanam inchoatur. Quo modo & testamentum, quod quis pridie natalis sui post mediam noctem fecisse dicitur, valet, *l. 5. sup. Qui testam. fac. poss.* Quamvis aliud obtineat in minore, qui ut major habeatur, computandum est tempus de momento ad momentum, *l. 3. §. fi minor. sup. De minorib.*

54 Tertio, inter præcipua requisita ad justitiam usucapionis necesse est adsit bona fides; quæ est illæsa conscientia, excusans possessorem ab ignorantia rei alienæ. Nam licet bono publico introducta sit usucapio, non est tamen æquum pro lubitu cujusque eam procedere. Ubi differentia est inter Leges & Canones: * nam secundum illas sufficit bona fides adsit in principio, nec mala fides superveniens cursum usucapionis turbat; ex ratione, quod per possessionis apprehensionem constituatur jus ad dominii adeptionem,

cui superveniens mala fides, quæ facti est, non debet posse prævalere, *l. Bona fide* 48. *in contrarium sup. De acquir. rer. dom.* Quæ ratio cum tantum consistat in juris subtilitate, non est probata per Canones, qui recesserunt à juris civilis dispositione, non habentes aliam justam possessionem, ad effectum usucapionis, quam cui toto ejus currentis tempore adest bona fides, *c. fin.* ✠ *De præscript.* ex ratione, quod quidquid non est ex fide sit peccatum & quod quis novit se alienum possidere, ejus restitutioni sit obnoxius, *can. Si quid* XXXIII. *qu.* 5. Standum autem hac in re decreto Canonum, quia agitur de peccato, quod non dimittitur, nisi restituto ablato, *c. Peccatum* 4 *De R. I. in* 6.

56 * Nihil etiam hic proderit longissimum tempus; neque enim hoc tam purgat malam fidem, cum non tollat peccatum, quia illud, ut dixi, non tollitur nisi per restitutionem ejus, quod alienum esse dignoscitur, *d. c.* 4. quam potius aggravat infelicem animam, *c. fin.* ✠ *De consuet.* Fachin. 1. *Contr. cap.* 63.

57 Sed quæritur, An tempus centum annorum malam fidem purget? Quod aliqui asserunt, quos refert Covar. *ad c. Possessor. p.* 2. *§.* 8. *nu.* 5. *R. I. in* 6. Verùm improbanda hæc eorum opinio, per *d. c. Possessor* quod habet, possessorem malæ fidei ullo tempore non præscribere. Facit, quod habetur in *c.* 5. ✠ *De præscrip.* nulla antiqua dierum possessione juvari malæ fidei possessorem. Quæ loca cum contineant universalem negativã, rectè ex his colligitur, ne quidem tempore centũ annorum purgari malam fidem, atque ita non perfici præscriptionem. Covarr. *d. nu.* 5. Fachin. 8. *Contr. cap.* 27. Vid. Barbosa *ad Rub. C. De præscript.* 30. *ann. nu.* 322. *& seqq.* Cravetta *De antiquit. temp. P.* 4. *§. pen. nu.* 16 *& seqq.*

58 Quæri etiam hic posset, An bona fides præsumatur adesse possessori? Et dicendum præsumi *per l. penult. Cod.* De evict. quod quilibet præsumatur bonus, *c. fin.* ✠ *De præsumpt.* & numquam capiatur præsumptio delicti, *l. Merito sup. Pro socio.* Unde onus probandi contrarium incumbit adversario. *l. Ad e sup. De probat.* cùm, ut ait Ulpianus, qui dolo factum dicit, dolum amissum probare debeat, *l. Quoties §. qui dolum d. tit.* nisi eum liberent circumstantiæ, *Glossa in c. Si diligenti ad V. bona fide* ✠ *De præsumpt.* Menoch. 2. *Arbitrar. casu* 225.

59 Controvertitur insuper, Utrum dubitans præscribat? Ubi dicendum, à dubitante non rectè inchoari præscriptionem, eo quòd in principio requiratur bona fides positivè, quia alias possidens exponeret se periculo detinend[i] [...]nam: dubium tamen superveniens [...] præscriptionem inchoatam præm[...] quantum in se est, diligentia super [...] tunc enim procedit regula, quod in [...] sit potior possessor. Quo facit, quod [...]ne currente satis sit non intervenire [...]dem, quam non ponit dubium sup[...] *can. Si virgo* XXXIV. *q.* 9. ubi dicitur [...] bonæ fidei esse, quamdiu ignorat [...] possidere. Is autem cui supervenit du[...] est sibi conscius rei alienæ, ut dicend[...] te bonæ fidei. Facit eodem, quod d[...] Tit. l. non teneri possessorem rem su[...] sam dimittere ob litem motam. Co[...] § 7. Fachin. 1. *Contr. cap.* 65. Sarmie[...] *Interp. cap.* 10. *nu.* 5 *& seqq.* Balb. [...] 2 *p* 3. *partis qu.* 2 Barbosa *ad Rub.* [...] *script.* 30 *annor. nu.* 278. *& seqq.*

Quid si completa usucapione poss[...]gat rem fuisse alienam? Sunt qui pr[...]tiam rei alienæ usucapione complet[...]entem facere obnoxium restitutioni [...] & negent posse exceptione adversus [...] jam dominum scit, se tueri; eo quod [...] non est ex fide, peccatum sit, *c. fin.* [...] *script.* quod non dimittitur nisi resti[...] quod item lex non sit causa peccati, [...] semper amans, erroris correctoria, ut [...] scriptum transformet in non præscri[...] denique hæc opinio tutior sit, quia [...] sulitur, cum nulla antiqua dierum [...] fendat malæ fidei possessorem: quam [...] inter alios defendit Alciatus *ad l. Qu*[...] *Cod. Fin. regund.* Verùm prædicta [...] quæ de rei restitutione agunt, no[...] eum non habeatur res aliena, sed su[...] veniens scientia afficiat usucapione[m] [...]pletæ advenit. Ut verius sit, non te[...]stituere, cum nequeat dici detinere [...] jus per justam legem habet adjectum [...] quæ à Canonibus approbata, etiam [...] tia sibi locum vindicat. Covar. *d. loc.* [...] Fachin. *d. lib.* 1. *cap.* 64. Quod di[...] esse contrariam opinionem, rectè [...] in conscientia dubia & erronea: si [...] alicujus conscientiam detineat, qui [...] licere rem retinere: tutius ille rest[...] erronea conscientia peccatum p[...]traveniente, quod non possit dici [...] etiamsi res ex se nullum peccatum [...]

varr. 1. *Var. c. 1. n.* 1. Vid. Sarmient. 2. *Select. Interp. c.* 10. *nu.* 3. Balb. *d. p.* 2. *qu.* 9.

Bona fides in eo sit, qui incoepit usucapere, non sufficit; nam & necesse est, in illius sit successore, sive singulari sive universali: hac tamen differentia, quod ille possit usucapere habens bonam fidem, licet actor ejus non potuerit ob malam fidem; hic verò nequeat usucapere, etiam habens bonam fidem, si auctorem ejus mala fides usucapere impedierit, §. *diutina Instit. h. t.* Ratio diversitatis est, quod ille, non repraesentans personam defuncti, neutiquam succedat in eius vitium, & à se rectè incipiat usucapere (quod tamen ita procedit, in usucapione longi temporis, si domini sciverint res suas alienatas, nam si id ignoraverint, opus est praescriptione triginta annorum, *Auth. Mala fidei Cod. De praescript. longi temp.*) hic verò repraesentet auctoris personam, in omne ejus jus succedens, *l. Cum hares inst. De diversis temporal. praescript.* Ut rectè dicat Imp. in *l. Vitia C. De acquir. possess.* vitia possessionum à maioribus contracta perdurare, & successorem auctoris sui culpam comitari. Fachin. 1. *Contr. cap.* 66. *& lib.* 8. *c.* 27.

62 Quod omninò est extra controversiam, quando haeres vult uti accessione defuncti. Quaestio autem est, An à se inchoando possessionem perficiat usucapionem, non obstante mala fide defuncti? Quod licet quidam voluerint, accipientes allegatos textus cum limitatione, nisi nolit uti accessione defuncti, verius tamen simpliciter illi non procedere usucapionem, etiam in casu, quo non vult uti accessione defuncti, id est non vult imputare illos annos, quibus defunctus rem tenuit, cum dicta loca loquantur simpliciter, & nitantur eo, quod haeres repraesentet defuncti personam & vitia. Repraesentat autem etiam non utendo accessione, quia nihilominus est haeres, & à defuncto causam habet, atque ut haeres possidet, ut non possit non repraesentare eius vitia; neque enim potest sibi mutare causam suae possessionis, nullo alio extrinsecus accedente, ut rectè dicatur in *l. Cum haredes* 11. *inf De divers. tempor. praescript.* quod exordium ei bonae fidei ratio non tueatur. Facit, quod habet *l.* 4. §. *heres hoc tit.* haeredem ignorantia sua non excludere defuncti vitia; quod tamen dicendum esset, si à se inchoando possessionem, posset usucapionem perficere. Facit & quod frustranea foret distinctio, quam communiter ponunt leges inter singularem successorem & universalem, quòd illum non impediat mala fides auctoris, quo minus à se inchoando usucapionem, eam perficiat, si & hic à se inchoando possessionem posset usucapere. Nihil facit dicta limitatio, quia est omnino divinatoria, nec verbis, nec menti dictarum legum conveniens. Covarr. *d. p.* 2 §. 9. Baldus *d. p.* 2. *qu* 12. *num.* 12. Barbosa *ad Rubr. C. De praescript.* 30 *annor num.* 212. *& seqq.*

63 Alia quaestio est, An idem procedat jure Canonum? Et hoc dicendum, tum quod hac in parte nullibi inveniatur Canones recedere à jure civili, ut procedat decisio *c.* 1. ¥ *De novi oper. nunt.* & regula jure civili recepta, quod non possit praescribere haeres id, quod non potuit praescribere defunctus, cuius personam & vitia repraesentat; tum quod teneatur haeres exonerare defuncti conscientiam, *c. fin.* ¥ *De sepultur.* Et licet persona haeredis non inficiatur delicto defuncti, quòd à defuncto habuit vitiosum. Ita expressè tenet Abbas in *c.* 2. *nu.* 8. *& c. Si diligenti num.* 29. ¥ *h. t.* quem & alii sequuntur. Et rectè, cum nec hoc jure possit induci separatio possessionis, quam complevit haeres, ab ea, quam habuit defunctus, quia mutaret causam suae possessionis. Ubi non rectè excipitur haeres, qui fecit inventarium; nam ea res non minùs facit haeredem repraesentare personam defuncti, ejusque vitia, cùm nihilominus sit haeres, Covar. *d.* §. 9. *num.* 6. Quod si haeres aliunde, quam à defuncto titulum habeat, ei non obstabit mala fides defuncti, quod ejus jure non utatur, *l. An vitium* §. 1. *infra De divers. temporalib. praescript.* Barbosa *d. loco num.* 234. *& seqq.*

64 Quarto desideratur titulus justus, qui est justa causa possessionis, aut jus, quo aliquid possidetur, habile ad dominii translationem, si tradens fuerit dominus, cuius ordinis est emptio, donatio, dos, legatum &c. De quibus infra Tituli singulares sunt.

65 Haec de usucapione. Altera Rubricae pars est de Usurpationibus: quo nomine denotatur actus usucapioni contrarius, quo continuatio temporis ad eam necessaria interpellatur, definiturque à Paulo usucapionis interruptio, *l.* 2. *h. t.* Duplex est, uti duplex ratio tenendi possessionem, alia corporis, alia juris, naturalis scilicet & civilis. Illa contingit per corporalem rei possessae amissionem: ut enim possessio in detinenda re posita, ita, tenendi facultate amissa, ea tollitur. Quod fit vel nobis volentibus, ut dum rem derelinquimus, aut alii tradimus, etiam ipsi domino ex causa venditionis, pignoris, locationis, licet

licet inutiliter *l. Ei à quo* 21. *l. Non solum* 33. §. *si rem b. t.* vel invitis, dum vi deijcimur possessione, vel res nobis eripitur, sive à domino, sive à non domino, *l.* 5. *b. t.* Ubi nihil facit, quod dejectus habeatur ac si possideret, *l. Si quis vi* 17. *In princ. tit praced.* nam hoc tantum quoad interdictum Unde vi, si is, qui nostro nomine possidet, rem in alium transtulerit, *d. l.* 33. §. 4.

66 Si capiamur ab hoste, nec naturaliter nec civiliter possidere videmur, quia pro nullis habemur, *l. Si is qui* 15. *b. t.* adeo ut reverso non prosit postliminium, quoad possessionem medii temporis, quatenus per se possidebat, *l. In bello* 12. §. *facti inf. De capt. & postlim. rever. l. Ait Prator* 23. §. 1. *sup. Ex quibus caus. majores &c.* ex ratione, quod possessio plus facti habeat; causa autem facti non contineatur postliminio. *l. Denique* 19. *sup. d. tit.* quæ ne quidem ex edicto ei restituetur, cùm sit iniquum domino reddi, quod usus non abstulit. *l. Nec utilem* 20. *d. tit.* Dixi, per se; nam per servum rei peculiaris possessæ usucapionem etiam captus perficit, ex veriore Juliani sententia, *d. l.* 12. qua de re actum Tit. superiori.

67 Hæredi quin currat possessio, non est dubitandum, cum lex Cornelia captũ apud hostes defunctum, fingat decessisse ipso momento captivitatis, ut nulla possit caussari respectu hæredis interruptio, ad quem quasi juncta possessio ex causa usucapionis descendit, & procedit etiam ante aditionem, *l. Numquam* 31. §. *vacuum b. t.* cum etiam jacente hæreditate compleatur, *l. Cum miles* 30 *sup. ex quib. caus. major.* quo modo in *l. Si is qui* 15. *in fine princ. b. t* legendum affirmative, *ideoq; in successoribus locum habere usucapionem.* ut bene monet ibi Cuiac. & ita legi asserit Accursius. Interrumpitur etiam usucapio, si res in eum casum devenerit, quo possideri nequit, & aliis modis, quibus possessio amittitur, de quibus Tit. superiori. Incorporalium usucapio interrumpitur, cessante patientia, *l.* 4. § *si viam* 27. *b. t.*

68 Civilis interruptio contingit per actum aliquem civilem, veluti malam fidem, secundum Canones, non etiam secundum leges, uti supra dictum. Idem efficit litis contestatio; qua in re olim fuit differentia inter usucapionem & præscriptionem; nam hæc quidem interpellabatur per litis contestationem, non illa, *l.* 2. *in fin. inf. pro empt.* multo minus per denuntiationem, *l. penult. d. t.* sed demum per executionem, *l. præterea* 10. *sup. De rei vindic.* Ratio differentiæ est, quod illa contineat jus legale, per quod adjicitur dominium, hæc vero tantum det exceptionem ex æquitate, post completam præscriptionem; facit autem cessare æquitatem interposita litis contestatio. In eo utraque conveniebat, quod, non obstante contestatione, compleretur inter moras litis, *l. Post acceptum* 18. *sup. De rei vindic. l. Nec bona* 10. *Cod. De prascript. longi temp.* licet parvo cum effectu siquidem post sententiam res restituenda veniret cum sua causa, *d. l.* 18. & *d. l.* 10. Quo modo intelligendum, quod habet *l. Nemo* 10. *Cod. De acquir. possess.* non intelligi cum possidere, qui litis contestatione cœpit super jure possessionis vacillare, quod res eo redeat, ac si non possedisset, *l. Non videtur* 22. *sup. De acquir. possess.* Verum Justinianus interruptionis istud discrimen sustulit, decernens, denuntiatione & citatione judiciali, aut, si ei locus esse nequeat ob adversarii absentiam, furorem, potentiam, etiam extrajudiciali testato facta, usucapionem interrumpi, secundum *l.* 2. *C. De annali except.* sive sit longissimi tẽporis, *l.* 7. *C. De prascript.* 30. *ann.* sive longi etiam triennalis, *d. l.* 2.*Addit etiam, quod, quando sunt diversæ summæ debitæ ejusdem quantitatis ex diversis causis, veluti si decem debeantur ex mutuo & ex vendito, petendo decem, sine adjectione causæ, vel generaliter quod sibi debetur, haberi debeat, ac si omnes causæ in judicium essent deductæ, quoad interruptionem temporis, eo quod taliter petens nullam causam excluserit, *l.* 3. *Cod. De annali except.* Quod non idem obtinebit, si certa causa adjecta petitum sit, neque enim nisi quoad eam interrumpetur usucapio, *argumento à contrario sensu d. l.* 3.

69

70 An & coram incompetenti judice citatio inducat interruptionem controvertitur? Ita judicatum asserit Papon. *Arrest. lib.* 12. *tit.* 3. *arresto* 26. Verum de ea Paponis assertione alii dubitant, & contra eam facit, quod contestatio coram judice incompetente tantũ ponat nudam denuntiationem, quæ non est sufficiens ad interruptionem Quo facit *l. pen. C. Ne de statu defunct.* ubi quæstio status apud incompetentem judicem non impedit præscriptionẽ. Et ita tenet Jas. *in l. Ex hoc Edicto n.* 11. *v. Tertio limita sup. Si quis caution. &c.* alios allegans, Abbas in c. *Illud n.* 15. *x. De prascript.* qui excipit, nisi tale quid expressum sit, quod ponat adversarium in mala fide. Balb. in *Auth. offeratur C. de litis cõtest.*

71 Interruptionis itaque effectus est, quod cursum usucapionis sistat; & naturalis quidem adversus omnes, *l.* 5. *b. t.* quod res ipsa non teneatur, donec tamen nova inchoëtur possessio ex

nova

nova causa, ut infra dicetur. Idem & operatur civilis, quæ contigit per malam fidem; nam ea, quæ contingit per contestationem, cum tantum ponat fictam malam fidem, operatur quidem respectu adversarii interruptionem usque ad quadraginta annos, etiamsi à lite desistar, & hoc quoad actionem personalem, *l. fin. Cod. De præscript. 30. annor.* Abbas in *c. Illud n. 24. h. t.* non etiam quoad alios; ex ratione, quod res inter alios acta aliis nec prosit nec noceat, quam iis, inter quos actum, *l. 2. C. Quib. res judic. non nocet.*

72 Qui si absoluto possessore reus succumbat? Felinus in *d. c. Illud n. 17.* negat interrumpi præscriptionem, allegans ad hoc Paulum à Castro *consil. 299. col. penult.* Et sequitur Balbus *De præs. 2. p. 6. partis princ. num. 37.* Quæ opinio probabilis est, eamque sequitur Donellus *5. Comment. cap. 21. in fine,* quod absurdum sit per litem temerè motam justam possessionem alicui interpellari, cuius jus non tam infirmatum per litem, quam potius confirmatum per sententiam. Non obstat *l. 2. Cod. De præscript. 30. annor.* quæ habet, præscriptionem longi temporis non solere patrocinari iis, qui possessionem inquietudine litis interruptam tenuerunt; nam non loquitur in casu, quo secuta absolutio possessoris, & condemnatio actoris.

TITULUS IV.

Pro soluto.

SUMMARIUM.

1. *Titulus cur necessarius ad usucapionem.*
2. *Titulus est probandus.*
3. *Iustus titulus est pro soluto.*

Vulgata lectio hanc Rubricam separatam ponit à Rubr. superiori: alii leges ejus conjungunt legibus Tit. præcedentis. Proponitur autem in hoc Tit. & sequentibus usque ad finem libri, quis titulus sit justus? 1 * Quem lex requisivit, quod injustum videbatur, non præcedente justa causa pro cuiusque affectu procedere usucapionem. 2 * Est autem titulus iste probandus si agatur de longo tempore. Immemoriale à tituli ostensione liberat, cùm sit loco constituti; uti & longissimum, nisi præscribenti obstet jus commune, aut præsumptio canonica, ut loquitur, *c. 1. De præscript. in 6.* 3 * Justus est titulus pro soluto, de quo hic, quando res aliena ex causa debiti est accepta, *l. 1. hoc tit.* Ubi requiritur & tradens existimet se debere, & accipiens sibi deberi, *l. 3. h. t.* Nihil obstante justo errore, ut dicetur Tit. sequenti.

TITULUS V.

Pro Emptore.

SUMMARIUM.

1. *Pro emptore quis usucapere dicatur.*
2. *Error falsæ causæ an impediat usucapionem.*
3. *Error facti obstat usucapioni, non juris.*
4. *In emptione causa semper præcedat necesse est.*

1 Pro emptore usucapere dicitur, qui rem ex causa emptoris traditam possidet, qualis etiam habetur, qui litis æstimationem obtulit, *l. 1. h. t.* Concurrat & hic bona fides necesse est; nam mala faceret quidem aliquem possidere pro emptore, non tamen usucapere, *l. 2. §. 1. h. t.* Necesse etiam, possideat rem, quæ empta; nam si alia tradita fuerit, cessat usucapio, *d. l. 2. §. cum Stichum.*

2 Quæritur autem, An error falsæ causæ usucapioni obstet, id est, an sufficiat aliquem putare se justo titulo possidere, cùm tamen eo careat? Asserit Justinianus in *§. Error Instit. hoc tit.* usucapionem impediri errore falsæ causæ, quod existimatio sola non sufficiat. Quod & simpliciter asserit *l. Celsus 27. sup. De usucap.* Verum ea res recipit distinctionem, secundum Jurisconsultorum responsa, ut ita demum non impediat error, si ex causa, quæ putabatur subesse, possessio sit tradita; impediatur vero per errorem, si alio modo possessionem quis nactus, ultro sibi hanc opinionem ceperit, ut falso sibi existimet donatum, legatum esse, *l. 1. inf. pro donato;* hoc enim casu improbabilis est error, priori vero probabilis, ut usucapio procedat, *l. 3. l. 4. in fine l. ult. Inf. Pro suo.* 3 * Et hoc, si error sit facti, & quidem alieni, cuius ignorantia est tolerabilis, *d. l. fin.* nam ea, quæ juris est, quia improbabilis, obstat usucapioni, *l. Nunquam 31 in princ. sup. De usucap.*

4 Quod ita procedit in cæteris causis; excepta emptionis, quæ si non præcesserit, non erit satis rem tradi ex ea caussa. Ratio diversitatis est, quod in emptore requiratur bona fides duobus temporibus, scilicet & contractus & solutionis, in cæteris autem solutionis tantum, *l. 3. supra Pro soluto, l. 2. in princ. h. t.* Ratio rationis est, quod

quod in aliis contractibus recipiens rem possit cogitare, eam sibi deberi, vel saltem tunc tradentem velle deberi : quod non est in emptione, in qua huiusmodi cogitationem assumens deberet simul existimare, se tradentis esse debitorem. Potest tamen etiam iusta causa dari in emptore; veluti si quis existimet, eam per servum, cui emi mandaverat, emptam esse, & is persuaserit domino se emisse; est enim error iste probabilis, ob mandatum, *l. Quod vulgo* 11. *h. t. l. fin. Pro suo*, Cuiac. *tract.* 7, *ad Africanum ad d. l. Quod vulgo*.

TITULUS VI.

Pro hærede.

SUMMARIUM.

1. *Pro hærede quis usucapiat.*
2. *An titulus hic etiam in suo hærede procedat.*

1 PRo hærede usucapit, qui hæres ex causa hæreditatis possidet : ubi etiam sufficiet iusta causa existimandi se hæredem, *l.* 3. *hoc tit. l. Non solum* 33. § 1. *vers. hoc amplius sup. De usucap. l. Pro hærede sup. De hæredit. petit.* Minime tamen sufficiet, putare se hæredem ejus, quem falso credit mortuum, quia non est vivi hæreditas, *l.* 1. *hoc tit.* Procedit ista causa circa rem in hæreditate inventam, & bona fide possessam à defuncto. Titulus pro possessore competit ex causa bonorum possessionis prætoriæ, similis titulo pro hærede, *l.* 3 § 1. *sup. De bonor. possess.* ut & hic titulus sit accipiendus de conjuncta bona fide non etiam de mala fide, uti capitur in *d. l.* 11. *in fine & l.* 12. *sup. de hæred. petit.*

2 An in suo hærede procedat titulus pro hærede controvertitur. Negant plerique, eo quod suus etiam vivo patre bonorum paternorum, sit quasi dominus, *l.* 2. §. *quod vulgo h. t.* ideoque inchoare possessionem nequeat. Gomez. 1. *Var. cap.* 9. *nu.* 19. Verius tamen, etiam suo hæredi hunc titulum competere, cum generaliter dicatur titulus pro hærede esse justus, ut suo hæredi non debeat denegari beneficium aliis competens. Pro qua parte est *l. penult. inf. Pro suo.* Non obstat, quod de continuatione dominii objicitur; neque enim ea impedit usucapionis ortum, cum non habeat concomitantem possessionem, quæ facti est, & ab hærede apprehendenda, *l. Cum hæredes* 23 *sup. De acquir. possess.* Non etiam obstat *d. § quod vulgo*; nam quod ibi dicitur possessio apud filium esse, est, quia tantum agitur de re donata filio per patrem, non etiam de hæreditate patris. Nihil quoque obstat *l.* 2. *Cod. hoc tit.* quia non dicitur ibi suo hæredi non proficere hunc titulum, sed non posse alios pro hærede usucapere, existente suo hærede, quod non possit iis esse titulus verus. Cuiac. *ad d. §. quod vulgo*; Viglius 12 §. *sui autem num.* 4. *Instit. De hæred. qualit.* Pinel, *ad Rub. p.* 2. *nu* 39. *& seqq. Cod. De bonis maternis*, Fachin, 6. *Controv. c.* 11.

TITULUS VII.

Pro donato.

NOn interest, titulus sit onerosus, an lucrativus, nam & pro donato titulus justus est hac in materia. Licet enim nemo plus juris in alium transferat, quam habet, rei tamen alienæ donatæ usucapio est, *toto h. t.* Si tamen res donata non cadat in prohibitionem, *l.* 3. *h. t.* de qua supra *De donat. inter vir. & uxor.*

TITULUS VIII.

Pro derelicto.

TItulus pro derelicto est, quo quis rem possidet, à non domino pro derelicta habitam, *toto hoc tit.* Dico, à non domino; nam si à domino, statim fieret apprehendentis, secundum tradita supra Tit. 1.

TITULUS IX.

Pro legato.

PRo legato possidet, cui res aliena legata & tradita, bona fide accepta, modo cum possidente sit testamenti factio, *l.* 7. *h. t.*

TITULUS X.

Pro dote.

SUMMARIUM.

1. *Titulus hic prodest marito.*
2. *Et locum est contracto matrimonio.*

Justi-

1 JUstissimus etiam est titulus pro dote, de quo hic, qui prodest marito rem alienam in dotem datam possidendi bona fide, & tempore sufficienti *l. 1. h. t.* * Ubi requiritur matrimonium, quia
2 aliàs nulla foret dos, *d. l.* 1. §. *constante.* Ante matrimonium si res inæstimata data fuerit sponso, is non pro dote quia necdum sunt nuptiæ, sed pro suo usucapiet; nisi eo animo data sit, ut non ante ejus fiat, quam secutis nuptiis, *d. l.* 1. §. *& primum.* Dico, inæstimata; nam si æstimata data sit, usucapio nec pro dote, quia necdum sunt nuptiæ, nec pro suo procedet, *l. 2. h. t.* propter conditionem, si matrimonium sequatur, *l. Plerumque* 10. 4. *si ante sup. De jure dot.* quæ impedit initium usucapionis, uti & facit periculum non transire in maritum, quod non debet eum tenere ante contractum perfectum.

TITULUS XI.

Pro suo.

SUMMARIUM.

1. *Titulus hic generalis est, & specialis.*
2. *Titulus pro transactione.*
3. *Caussam possessionis nemo sibi mutare potest.*

ULtimò proponitur titulus pro suo, quando scilicet aliquis possidet rem tamquam suam, quæ tamen aliena est. Dico, tamquam suam;
1 quia nemo potest rem propriam usucapere. * Generalis hic titulus est, cum aliis concurrens, *l. 1. h. t.* qui tamen & specialis erit, quando alius titulus dari nequit, ut in iis, quæ cœlo, terra, marique capiuntur, non quatenus sunt nullius, quia sunt continuò nostra sunt, sed quatenus sunt alicujus, *l. 2. h. t.* Fieri enim potest, ut lapillum in littore maris invenias, qui alicujus est, quem tamen occupes tamquam nullius, & usucapias bona fide. Uti & partum ancillæ furtivæ usu meum facio, quia non est in fructu, modo intra constituta tempora matrem, quæ apud me concepit, ignorem furtivam, *l. 4. h. t.*

2 Est & titulus pro transactione, quando res à non domino traditur ex caussa transactionis, *l. pen. sup. Pro emptore.*

3 Ad imponendum finem huic materiæ, unum restat quærendum, An possessionis caussa possit mutari? A veteribus præceptum est, neminem posse caussam possessionis sibi mutare, *l. 3. §. illud quoque l. Qui bona* 19. §. 1. *sup. De acquir. possess. l.* 5. *C. De acquir. possess.* Quod quidem verum est, sed accipiendum, eadem manente causa; tunc enim non sufficit, ut, qui animo & corpore possessioni incumbit, statuat sibi novam caussam, *l. 3. §. quod vulgo supra De usucap.* Nam accedente extrinsecus nova causa rectè quis sibi mutat possessionis causam. Exemplum est in *d. l. Qui bona* 19. §. *fin. sup. De acquir. possess. & in d. §. quod vulgo.* Ubi qui à non domino scienter emit, pro possessore quidem possidet, si tamen postea emerit ab eo, quem dominum credit, incipiet pro emptore possidere ex justa caussa. Sic etiam pro possessore possidens rem alienam, si precario dominum rogaverit, incipiet possidere precario; neque enim ipse sibi caussam possessionis mutat, sed priori rei possessione dimissa, incipit eam possidere precariam à domino, *l. Certe §. Julianus inf. De precario.* Sic & fur rem furtivam à domino emptam pro tradita habens, desinit eam pro furtiva habere, *l. Si fur* 32. *in princ. sup. De usucap.*

FINIS LIBRI XLI.

HEN-

HENRICI ZOESII J. C.
IN LIBRUM XLII.
DIGESTORVM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De re judicata, & de effectu sententiarum, & de interlocutionibus.

SUMMARIUM.

1. *Judicatum sive res judicata quid, & in quo differat à sententia.*
2. *Sententia quid & quotuplex.*
3. *Materia sententiæ est causa controversa.*
4. *Judicis jurisdictio prorogari potest.*
5. *Idque partibus consentientibus.*
6. *Sententia qualiter pronuntiari à judice debeat.*
7. *Legenda ab ordinario pro tribunali sedente.*
8. *Judicem cur sedere oporteat.*
9. 14. *Sententia pronuntianda partibus præsentibus.*
10. *Contumacia quo modo contrahatur.*
11. *Judex non cogitur contra absentem pronuntiare.*
12. *A contumacia liberat morbus sonticus, & aliud justum impedimentum.*
13. *Sententia die feriata, vel loco non destinato lata excusat à contumacia.*
15. *Contumacia ante litis contestationem quo modo contrahatur & puniatur.*
16. *Sententia interdiu ferenda, non noctu.*
17. *Intra tempus præscriptum à judice superiori.*
18. *Tempus ordinarium prorogari nequit.*
19. *Sententia scripto concipienda.*
20. *Facta primum decussione allegatorum.*
21. *Idque per judicem, unum vel plures.*

22. *Quid*

68. *Casuum sive caussarum nomine qui contractus hic veniant.*
69. *Casus certi qui dicantur, & natura certa.*
70. *Simpli duplandi nomine quid significetur.*
71. *Ad ponendum simplum non refert pretium sit aquale, vel non.*
72. *In venditionibus pretium certum ponit simplum.*
73. *In locationibus certa merces.*
74. *Interesse etiam debetur, quando contractus est nullus culpa debitoris.*
75. *Casus incerti qui? & hujus rei exempla.*
76. *Casus incerti inveniuntur & in venditionibus.*
77 *Item in re certa quantitatis habente adjunctam implicite susceptionem periculi.*
78. *Et in obligatione indemnitatis præstandæ.*
79. *Interesse hoc loco nihil aliud est, quam utilitas, quæ nobis abest.*
80. *Sumiturque large, item stricte seu respective.*
81. *Definitio Interesse.*
82. *Interesse est solius utilitatis, complectens & damnum emergens, & lucrum cessans.*
83. *Iudicis officium in adjudicando interesse.*
84. *Interesse æstimandum pretio vero & communi, non ex affectu.*
85. *Explicatio* l. Si sterilis 21. §. cum per venditorem D. De actionib. empti & vend.
86. *Argumentum pretii venit in rationem interesse.*
87. *Venditor in casu evictionis an teneatur de augmento casuali?*
88. *Interesse hujusmodi petitur actione ex empto.*
89. *Venditor quatenus non teneatur de casu fortuito.*
90. *Parte rei evicta an interesse pro rata partis evictæ an vero totius rei præstari debeat?*
91. *Stipulatio duplæ non extenditur ultra duplum ejus, quod evincitur.*
92. *Vendita re infra dimidium justi pretii an emptori competere possit actio ad interesse?*
93. *An pœna conventionalis possit excedere duplum?*
94. *Verborum*, cum competenti moderamine, *intellectus.*
95. *Taxatio dupli an habeat locum in delictis?*
96. *Non est locus huic taxationi in contractibus, ubi dolus malus intervenit.*
97. *Sententia debet esse condemnatoria aut absolutoria.*
98. *Sententia ferenda in procuratorem litis dominum.*
99. *Iure Canonico in procuratorem & dominum.*
100. *Sententia debet esse plena, de omnibus in judicium deductis.*
101. *Item pura. An conditionem admittat?*
102. *Conditio*, Absolvo te, si probaveris intentionem tuam, *an recte adjiciatur?*
103. *Effectus sententiæ definitivæ est sopire controversiam.*
104. *Sententia semel lata revocari nequit.*
105. *Sententia nullius momenti non rescinditur.*
106. *An ex præsumptione lata possit retractari?*

107. *An*

149. *Non capiuntur stipendia militum.*
150. *Ordo prædictus inverti non potest.*
151. *Executio per tertium an impediri possit.*
152. *Tertius contradictor an se opponat?*
153. *Executio in personalibus à quo tempore facienda.*
154. *In realibus continuò facienda.*
155. *Debitor defectu bonorum carceri mancipandus.*
156. *Carceris pœnam evitant cedentes bonis, eximuntur mulieres, Clerici, nobiles &c.*
157. *An privilegio huic renuntiari possit.*
158. *Competentiæ beneficium non patitur quem ultra excuti, quàm facere potest.*
159. *Datur marito ex caussa dotis.*
160. *Non datur hæredibus mariti.*
161. *Nisi filii fuerint ex eodem matrimonio nati.*
162. *Non datur etiam fidejussoribus.*
163. *Datur idem beneficium mulier & socero.*
164. *Item parenti, patrono, socio &c.*
165. *Sententia interlocutoria quæ dicatur.*
166. *Alia est simplex, alia vim definitivæ habens.*

Possessionum materiam hic liber prosequitur, continens caussas, ex quibus in possessionem quis mittitur, qualis est, quæ hic Tit. primo traditur, judicati solvendi.

Judicatum, sive res judicata dicitur, quæ finem 1 controversiarum pronuntiatione, id est, sententia judicis, accepit; quod contingit vel absolutione, vel condemnatione, ut ait J. C. in *l. 1. h. t.* Ut sententia differt à re judicata, cum illa sit ipsa pronuntiatio, & se habeat per modum agentis & caussæ, hæc vero ipsum pronuntiatum, & se habeat per modum facti: illa non tam negotio, quam instantiæ finem imponat, hæc vero controversiam sopitam reddat. Et hoc, quatenus propriè accipitur, scilicet quando sententia expressè à partibus est approbata, vel tacitè, vel per lapsum decem dierum, qua de re infra de appellationibus, vel etiam per petitam solutionis dilationem, *l. pen. Cod. hoc tit.* Nam interdum accipitur pro sententia.

Prior itaque est sententia re judicata, atque 2 ita primo de ea agendum. Dicta est, quod judex, quid sentiat super re proposita, declaret, sententiam ferendo, dicendo, dando. Alia est Definitiva, alia interlocutoria, quæ & dicitur Interlocutio, ut hic in Rubr. & *Cod. De sentent. & interlocut. om. jud.* & impropriè sententiæ nomine venit, cùm sit pronuntiatio judicis super incidenti quodam articulo, in exordio medióve litis occurrente interposita, principale negotium plerumque non finiens, nec terminans *l. Post sententiam C. d. tit.* Ut propriè sententiæ nomen mereatur definitiva, ita dicta quod definiat negotium principale; & rectè definiatur, pronuntiatio judicis, qua controversiæ motæ finis imponitur per absolutionem aut condemnationem, *l. 1. h. t.* quarum alteram contineat necesse est, ut infrà dicetur.

Materiam sententiæ ponit res cadens in disceptationem judicialem, controversa scilicet; 3 nam quæ est determinata majorem determinationem non desiderat. Non tamen quævis causa à quolibet judicanda; sunt enim causæ, quæ maiorem judicem desiderent, uti est causa liberalis, quæ requirit Judices Consules, Prætores, Proconsules, *l. fin. Cod. Ubi causa status agi deb.* hoc enim datum est libertatis favori, *l. Non distinguemus 32. §. de liberali sup. De recept. arbit.* quamvis incidens etiam ab alio, cui aliàs cognitio non est, summariè examinanda veniat, *l. 3. C. De jud. l. 1. C. De ordine judic.* Interdum & restricta aliquibus potestas quoad quantitatem, quam non egrediuntur, quod in datis Judicibus frequens est, & municipali Magistratu, *l. De qua re 74. §. 1. sup. De judic. Paulus 5. sent. tit. 5.* * Nisi 4 aliter inter litigantes conveniat, *d. §. 1. & l. Inter 28. inf. ad municipal.* Nam licet privatorum consensus ex privato judicem facere nequeat, datum tamen, etiamsi non sit competens ex aliqua causa, competentem facere potest, subjiciendo se ejus jurisdictioni aut notioni, *l. 1. supra De jurisdict.* id est prorogando ejus jurisdictio-

actionem, aut etiam tempus, quo jurisdictio circumscripta, l. 2 §. si judex sup. De judic. aut etiam quantitatem, ad quam restricta, d §. 1. * 5 Et hoc voluntariè; nam coacta prorogatio inutilis est, d. l. 2. in princ. Cùm enim jurisdictio sit circumscripta certis limitibus, in gratiam partium, non debet eis invitis aliqua prorogatio admitti per Judicem, qui limites sibi datos non excedit; nam hoc partibus datum est, d. §. 1.

Judicis partibus quis fungi possit, & cuius qualitatis esse debeat, traditum supra, de Judiciis, hic tantum videndum de sententiæ ipsius valore, qui consideratur ex solemnitate pronuntiationis, vel ipsius sententia forma debita.

6 * Quantum ad solemnitatem, desideratur, ab ipso judice pronuntietur, sedente pro tribunali, loco consueto publico, & scripto sive libello, in quo concepta, qui *Periculum* dicitur, secundum Cuiac. 5 *Observ. cap. 25. & in Comment. C. De sent. ex periculo recitan.* Ubi ita legendum censet, non etiam, *ex breviculo*, notans Alciatum. Rationem nominis dat, quod ex sententia aliquis periclitetur, vel reus, vel Judex malè judicando. Sine scripto edita vel dicta sententia vim non habet, *l fin. C. Comminationes, epistolas &c.* Uti nec habet sententia vim scripto quidem edita, non tamen lecta, *l. 1. Cod. de sent. ex peric. recitan.* Quam vim etiam non obtinebit subscriptio ad libellum data, *l. 5. Cod. Comminat epist.* Habent tamen superiora exceptionem; nam interdum per officium suum, id est Officialem, qui ministerium judici accommodat, sententia profertur, quando nimirum est persona illustris, *l. 2. Cod, De sent. ex peric. recit.* Quod mores hodierni permiserunt quibuscumque judicibus, ut sententias per Actuarios suos pronuntient.

7 Quod pro tribunali sit legenda, obtinet quoad jud cem ordinarium: nam delegatus non videtur adstringi ad tribunal consuetum, sed videtur posse diligere locum aliquem honestum, *arg. l. Si cum dies § si arbiter sup. De receptis arbitr.* Episcopus in quolibet diœcesi sive loco non exempto exercere judicialia potest, *c. Cum Episcopus De offic. ordin. in 6.*

8 Sedere debere judicem, dum sententiam pronuntiat, colligunt ex Novella *De judicibus* 82. §. *Sedebunt*, ut composita mente justum judicium proferat. Quod ipsum plenius colligitur ex *l. 6. §. fin. sup. De postul. & cap. fin. De sent. & re jud. in 6.* ubi sententia, quæ stando est prolata, non sedendo, dicitur esse nullius momenti. Et hoc, si causa sit requirens plenam cognitionem, *Gl. fin in c. fin. De re judic. in 6.* nam si de plano tantum agatur, licebit judici eam stando pronuntiare, *Clement. sæpe in fine ubi Gl. f. V. Stans De V. S.* Vti & breves lites, vilium maximè personarum vel causarum, sine scripto rectè terminantur: quod & licet Episcopis inter suos cognoscentibus, *Auth. Nisi C. De sent. ex peric. recitant.*

9 Ad pronuntiationis valorem est etiam opus partium præsentia, *l. De quocunque 47. h. t. l. Ea quæ 7. Cod. Quo modo & quando jud. sentent. prof. deb.* secundum legem XII. Tabb. quæ habet, *præsentibus omnibus litem addicito.* Ubi tamen duo casus sunt distinguendi; nam vel à præsentibus partibus lis inchoata est, vel non: priori casu sententia contra absentem lata tenet, quod res semel in judicium deducta & judicio sit permissa; appellari tamen ab ea potest, *l. fin. C. d. tit.* nisi per contumaciam fuerit absens, *l. Et post edictum 73. § fin. sup. De judic.* sive, quod idem est, ex eremo dicio, id est desertione litis.

10 Non contrahitur contumacia nisi pars tribus edictis aut denuntiationibus evocata, aut uno peremptorio, nihilominus comparere contemnat, *l. Contumacia 53. §. 1, h. t. l. Consentaneum 8. Cod. Quo modo & quando jud. sentent prof.* Cuius ratio est, quod non nisi de se quæri debeat, *l. Properandum 13. §. sin autem reus Cod. De jud.*

11 Non est autem judex compellendus adversus absentem pronuntiare; nam & eum absolvere potest, & præsentem condemnare, si de justitia causæ constare possit, *l. 1. C. Quomodo & quando jud. d. l 13. §. & siquidem & § sin autem reus.* Quod si non constet ex actis de rei veritate, judicis est reum præsentem absolvere ab observatione judicii, damnato actore in expensas, per fugientem, id est reum, factas, *d. l. 13 §. & siquidem.*

12 Hæc ita, stante vera contumacia; à qua multa liberant, uti morbus sonticus quo impeditur absens rebus suis superesse, *l. Quæstum 60. h. t.* aut si aliud fuerit justum impedimentum; hoc enim cum faciat dolum abesse, & cessare contemptum, quem requirit *d l. 13. §. 1. Cod. De judic.* faciet & cessare contumaciam, ut sententia absenti non noceat, *l. 6. C. Quom. & quando jud. sentent. prof.* Uti nec nocet, si ex edicto peremtorio, quod non est prohibitum, sit lata, *l. 1. §. per. inf. Quæ sent. sine appellat. rescind.** Idem erit, si die feriato sit pronuntiata; cessat enim absentis contumacia, qui rectè allegabit, se non existimasse eo die reddendum judicium, *l. 4. C. d. t.* Quod & di-

13

cetur, si alio loco dicta sit sententia, quam quo se de causa cogniturum edixerat judex, quod non tam contempsisse dici possit absens, quam judex absentem fefellisse; ut nihil causæ subsit, quare ejus sententia sit sustinenda, *l. 5. C. d. t.*

14 Utraque enim parte absente non licere judici litem terminare, videtur indicare Rubr. *C. Quo modo & quando judex sententiam proferre debeat, partibus præsentibus, vel una absente*, quæ non loquitur de ea proferenda, utraque parte absente, ut tradit Donellus *Comment. lib. 28. c. 3. in princ.*

15 Posteriore casu, quo lis non est contestata, actore post libellum traditum non comparente per contumaciam, reus potest petere absolutionem à citatione, aut etiam in contumaciam actoris litem negative contestari; & poterit judex, si intra anni spatium, quod ei indulgetur, actor perstiterit contumax, etiam in principali causa procedere, &, si ex allegationibus de causæ meritis constet, sententiam proferre, *Auth. Qui semel, C. Quom. & quando jud.* Quod ita postulat contumacia actoris, quæ gravis est. Reo contumacem se exhibente, causa summatim cognita, mittitur actor in bonorum possessionem, causa rei servandæ, servata absenti sua allegatione de principali quæstione, *l. 1. inf. tit. 4. ubi ea de re latius.*

16 Facit etiam ad solemnitatem pronuntiationis, interdiu feratur, non noctu, *c. Consuluit 24. ※ De offic. deleg.* & quidem die non feriato; nisi partes renuntiarint, uti possunt, quatenus sunt inductæ in eorum favorem, cuius ordinis sunt feriæ humanæ ordinariæ, uti traditur D. *& Cod. & ※ De feriis.*

17 * Huc facit, quod sententia sit pronuntianda inter tempus præscriptum à superiori judice, quæ alias nulla erit, ut opus non sit appellatione, *l. 1, C. Quando provoc. non est necesse*; nisi partes prorogent præscriptum tempus, quod eos posse supra dictum, cum in eorum favorem sit præscriptum.

18 * Unde prorogatio non valebit, quantum ad tempus ordinatium, intra quod lites finiendæ, scilicet triennio in causa civili, *d. l. Properandum 13. §. censemus C. De judic.* biennio in criminali, *C. Ut intra certum tempus crim. quæstio term.* cuius lapsu finitur instantia, nihil faciente prorogatione aut partium, aut etiam ipsius judicis. Quo ipsum sic statutum est in favorem publicum, ne lites fiant immortales, ut privatorum pacta ei non prævaleant, qua de re, latius supra de judiciis.

19 Denique desideratur, sententia scribatur per litteratum consequentiam, non etiam paucis litteris temerè descriptis constet, *l. fin. C. Comminat. epist.* Quod non accipiendum de paucis verbis, nam brevitas orationis non vitiat sententiam, ut nec aliud negotium, *l. Si aliquid C. De donat.* sed de notis sive signis, id est litteris singularibus, quarum singulæ indicant verbum. Ratio est, quod per eas posset in pronuntiando contingere error, unde & in *d. l. fin. C. Comminat. epistol.* habetur, *paucis litteris temere descriptis*, ut rectè ibi notat Cujacius.

20 Quantum ad ipsius sententiæ conceptionem & valorem, primò omnium requiritur, ut, postquam in causa conclusum fuerit, id est partes hinc inde sua allegaverint, nec amplius quod allegent habent, plena fiat discussio allegatorum, *l. Iudices 9. C. De exec.* nam non cognita causà prolata sententia vigore caret *l. 1. C. De exec. rei judic.* uti & subscriptiones, programmata, comminationes ex abrupto factæ, *l. 3. C. Comminat. epistol.*

21 Facienda etiam discussio per judicem, cui causa commissa, qui si solus, sufficiet; si vero plures, omnes adsint oportet. Nam ut bene judicent, oportet causam cognoverint, *l. Pomponius 36 h. t.* adeo ut unius absentia faciat sententiam nullam, *l. 4. C. Quando provoc. non est necesse*: peccatum enim in forma, cum omnes sint jussi judicare, *l. Duo 99. h. t.* Quamvis non sit necesse, ut omnes consentiant; nam maior pars hac in re & similibus superat minorem, *d. l. 39. & l. Quod maior 19 inf. Ad municipal.* Ut unius contradictio non attendatur, cum satisfiat formæ requisitæ si omnes qui judicare sunt jussi, adfuerint, *l. Tunc autem 37. h. t.*

22 Quod si plurium, qui judicare jussi, sententiæ fuerint dissonæ, partes tamen numero, quæri posset, quæ sententia sit potior habenda? Videntur hac in re contraria esse responsa: nam Paulus in *l. Inter partes 28. h. t.* eam sententiam potiorem dicit, quæ est pro libertate, cuius causa semper favorabilis; in aliis verò causis, sive privatis sive publicis, eam vult prævalere, quæ pro reo est. Cui repugnat Modestinus in l. *Duo judices 28. h. t.* qui non præfert clementiorem seviori, sed à duobus diversas & contrarias sententias datas dicit esse in pendenti, donec competens judex alteram earum confirmarit. Ad conciliationem earum dicendum, *d. l. 28.* agi de sententiis datis per judices pedaneos, qui non habent propriam jurisdictionem, ut sententiæ ab iis datæ confirmandæ veniant à judice competente, qui eos dedit, quod & in delegatis observatur, secundum *cap. fin. ※ De sentent. & re jud.* dictam vero *l. 38.* loqui

loqui de sententiis datis à judicibus ordinariis, in quibus prævalet semper ea, quæ est pro reo, quod ejus sit favorabilior causa, *l. Favorabiliores* ra . De R I Ut rectè dicat Paulus, 4. *Sent. t.* 12. inter pares sententias clementiorem severiori præferri, quod humanæ rationis sit, favere miserioribus, & propè innocentes dicere, quos absolutè nocentes pronuntiare non possumus. Quo facit quod passim apud auctores legitur, vincere eum, qui pares rulit sententias absolutorias; nisi tamen sit evidenter iniqua sententia pro reo faciens, aut agatur causa favorabilis, ut libertatis; aut pia, ut matrimonii dotis.

23 Videtur obstare *l. Duobus* 30. *sup. de liberali causa.* ubi duobus petentibus hominem in servitutem pro parte dimidia, si uno judicio liber, alrero servus judicatus sit, & judices non consentiant, non tamquam liber, sed tamquam servus dicendus est, ex opinione Sabini, quem ibi sequitur Julianus. Verum hoc ibi, quia sunt diversa judicia, cùm *d. l.* 38. loquatur de dissonis sententiis in eodem judicio datis. * In summis diversis id

24 juris est, ut, quod minimum est pronuntiatū, id sequamur, *d. l.* 8. *in fine.* quod in hoc omnes consensisse videantur, *l. diem* 27. § *si plures sup. de rec. arb.*

25 Secundo requiritur, judex sit competens, cui in loco isto quoad causam & personam est jurisdictio: quæ vel præcipuè ad sententiæ valorē desideratur, adeo ut aliàs omnino sit nulla, cùm extra territorium suum nemo judicet, & in non subditum sive hominem alterius provinciæ jus dicenti impunè non pareatur, *l. fin. sup. de jurisd.* nisi in eū partes consenserint, uti posse superius dictum est.

26 Non est autem satis, judicem esse competentem, verum & oportet eius exercitium nulla de causa per Leges aut Canones esse suspensum. Suspenditur vero per excommunicationem maiorem publicam, secundùm Canones. Quod omnino procedit, quoad jurisdictionem Ecclesiasticam, ut probatur per textum in *can. Audimus.* XXIV. *q.* 1. ubi excommunicatus non potest excommunicare, non alia de causa, quam quia privatus jurisdictione Ecclesiastica, adeo ut & vicario eius etiam non excommunicatio jurisdictio negativa sit salva, c. 1. *De officio vicarii in 6.* Ratio est, quod per excommunicationem suspendatur jurisdictio principalis, quæ proinde non potest derivari in eum, qui illius vices gerit.

27 De jurisdictione seculari dubium est, ex eo, quod lex Canonica de illa non ita apertè loquatur, cum tantum faciat mentionem jurisdictionis spiritualis, ut possit videri secus in seculari statuendum esse, ne pœna extendatur. Communis tamen opinio habet, etiam excommunicatum suspendi à jurisdictione seculari, nec posse agere judicem in foro civili. A qua non est recedendum, cum fundetur sufficienter in communi consensu, & possint pro ea parte adferri loca quædam, ex quibus idipsum colligi videtur, *can. penult. & fin. XVI. quest.* 6.

28 Ubi subditi indistinctè liberantur à fidelitate præstanda excommunicato Principi, eique obedire aut servire prohibentur; quod signum est, eum usu jurisdictionis privatum, quia hæc sunt correlativa, ut uno sublato alterum non sit salvum. Facit ratio, quod excommunicatum, ut Ethnicum, habere jurisdictionem super membris Ecclesiæ non conveniat, & quod jurisdictio illa nullum habeat usum, qui intrinsecè non includat communicationem per Canones prohibitam: quo modo sententia ab eo prolata, & alii actus à jurisdictione pendentes sunt nulli.

29 Dixi, major; quia minor excommunicatio non privat communione fidelium. Dixi, publica; nam ab occulto excommunicato sententia lata, & alii actus judiciales validi censentur, ex communi & vera opinione. Navar. *in Manuali cap.* 27. *num.* 21. Covarr. *ad c. Alma p.* 1. §. 11. *n.* 4. Ratio est, quod cum sustineatur, & exerceat in Rep. munus publicum, licet habeat occultum defectum, acta tamen illius ex eiusmodi Reip. interpretatione & concessione valida censeantur in bonum publicum, *l. Barbar sup. De offic. Prat.* * Hodie cum

30 post Bullam Martini V. quæ incipit. *Ad evitanda,* non alius excommunicatus sit vitandus, quam publicè denuntiatus, aut notorius Clerici procussor, non etiam alterius excommunicati quam talis jurisdictio dicenda suspensa, cum Ecclesia reliquos habeat ut occultos & tolleret, ut jurisdictio eorum non sit dicenda suspensa, & proinde sententiæ ab iis latæ aliaque publica acta valida.

31 Abeo, quod dictum, debere judicem esse competentem (reo scilicet, nam hic ad judicium invitus cogitur, cogi autem non potest nisi per eum, cuius jurisdictioni subest) exceptio est in reconventionibus sive mutuis petitionibus, ut vocat Pont. ✠ *De mutuis petitionib.* quas I.C. Cajus in *l. Si idem* 11. *sup. De jurisdict.* vocat mutuas actiones: potest enim actor conveniens ab ipso reo conveniri coram eodem judice. *l. Cum Papinianus* 14. *C. De sentent. & interlocut.* quem actor ut sibi

ut sibi incompetentem frustra detrectabit, idque ut lites citius dirimantur, vel sopiantur concordiâ vel judicio, dum utraque causa ab eodem cognoscitur & simul terminatur. Quod respondet bono publico, cuius æquitas in eo consistit, quod cuius in agendo quis observat judicium, non debeat dedignari eumdem contra se experiri judicem. Qua de causa si alter minorem quantitatem petierit quæ est intra jurisdictionem judicantis, alter vero reconveniendo maiorem petat, quæ modum excedit, tractanda nihilominus coram eodem judice, *d. l.* 11. §. 1.

32 Judex sit ordinarius, an delegatus, non videtur referre, ut colligere est ex c. 1. & 2. ꝟ *De mutuis petitionib.* cum & huic sit jurisdictio. Coram arbitro nequaquam habet locum mutua actio sive petitio, quod ille compromissi terminos non egrediatur, *c.* 6. ꝟ *De arbit.* nec quisquam in arbitrum compromittere cogatur.

33 Permissum itaque cuilibet reo convenire actorem, nisi eum excludat excommunicatio maior, secundum jam dicta: nam licet ei sit salva sui defensio, quæ naturali jure competit (unde excipere illi concessum & appellare, ita postulante æquitate, ne contingat absolvendum condemnare) actio tamen non concessa, ne cogatur quisquam communicare cum excommunicato, in animæ suæ detrimentum, *c. Exceptionem* ꝟ *De except.* Ad actionem autem spectat reconventio, ut & hæc illi sit denegata, *c.* 5. *in fine ubi Glossa* ꝟ *de except.*

34 Reconvenire vero cuilibet convento licere patet ex *d. l.* 14. *& Auth. Et consequenter C. De sent. & interloc.* ubi indistinctè id ipsum statuitur. Quod omnino procedit in laico conveniente aliquem coram laico; & vult ratio ut idem etiam observetur in Clerico conveniente aliquem coram foro Ecclesiastico, * sed quæstio est, An

35 Clericus conveniens debitorem suum laicum coram judice eius laico, possit ab eodem reconveniri coram laico? Pro negativa parte militat rescriptum Pont. in *c. Si diligenti* 12. ꝟ *De foro compet.* ubi expressè statuitur, Clericum ne quidem ex pacto per juramentum vallato posse in se prorogare jurisdictionem laici judicis, quod istud privilegium non singulis personis, sed toti ordini sit concessum, cui non renuntiatur pacto privatorum. Cuius ratio est quod indecens sit, personas Ecclesiasticas, quæ sunt superioris ordinis, Judicari per laicos, qui sunt ordinis inferioris: contingeret autem Clericos judicari per laicos in casu reconventionis, ut, cum ratio *d. l.* 12. habeat locum in dicto casu, etiam debeat habere locum ejus decisio. Quæ sententia ut possit videri non improbabilis, communius tamē receptum, Clericum coram laico reconveniri posse. *Glos penult. in c.* 1. ꝟ *De mut. petit. & Glos.* 2. *in c.* 4. *De jud.* quam Felin. *ibid. nu* 8. 9. 10. videtur approbare, multis in utramque partem allatis argumentis. Bart. *ad d. l.* 14. *& d. Auth. Et consequenter nu.* 19. ex ratione allata in *d. l.* 14. quam videntur approbare Canones in *can.* 1. 11. *qu.* 8. *ubi Glossa*; quamvis de ejus Canonis vera lectione dubitetur, ut patet ex nova editione Decreti auctoritate Gregorii XIV. Hanc posteriorem opinionem communiter ab omnibus approbari, ac pro recepto jure haberi asserit D. Wamesius *Conf. de jure Pont.* 71. *nu* 3 ob naturalem defensionis causam, quâ jus reconveniendi in genere nititur. Nihil facit allegatum ex *d. l.* 12. nam illud communiter accipitur, quando principaliter fit prorogatio judicis per hominē, non etiam, quando per legem, ut in casu proposito, nec tam principaliter, quam ex consequenti, ut non tam videatur Clericus judicari, quam prima & principalis causa facilius terminari. Et hoc in causa profana, super qua etiam laico licet cognoscere, minimè super causa spirituali, cuius cognitio tantum spectat ad judicem Ecclesiasticum, adeo ut ne quidem incidenter ejus cognitionem assumere possit laicus, *cap.* 2. ꝟ *De judic* Mynsing. *cent.* 2. *Obser.* 67. *num.* 7.

36 Procedit hæc reconventio non tantum in judiciis ordinariis, verùm & summariis, si modo conventionis causa summariam cognitionem patiatur. Ubi nihil curandum, quod reconventio non oriatur ex eadem causa cum conventione, cum hoc non requiratur, & sufficiat qualiscumque casus, ex quo reus vult reconvenire agentem; adeo ut etiam coram Curia Feudali, quæ non cognoscit de aliis quam feudalibus, reconveniri actor possit de pecunia aliunde debita, *Glos.* 1. *in fin.* 2. *Feud. tit.* 16. Wames. *Conf. de jure Pont.* 71. *nu.* 5. *& Cent.* 1. *Conf.* 40. *nu.* 1. *& seq.*

37 Sunt tamen causæ, quæ reconventionem non admittunt, quas breviter supra attigi, ad *tit. De jud.* repeti tamen & hoc loco possunt. In primis est causa criminalis; cuius ratio est, quod non relatione criminis, sed canonicâ purgatione reus fiat innocens, *can.* 1. *&* 2. *cau. Prius* 11. *q.* 2. *l.* 5. *inf. De publ. jud.* Est & illa ratio, quod non possit proponi

poni caussa reconventionis, nisi ab eo, cui per eam quid quæri posset, quoad diminutionem debiti per actorem petiti; non potest autem quæri reo per criminalem caussam, cum pœna cedat Reip. Quò facit, quod traditum in materia compensationis, eam non admitti in criminalibus, cum qua affinitatem aliquam habet reconventio. Et hoc, si agatur criminaliter; nam si civiliter, reconventioni locus erit, *can.* 1. XXXII. *qu.* 2. *l. Si ambo* §. 1. *sup. de compens.* ubi mutua adulteria dicuntur compensari quoad causam civilem * Excepta etiam est caussa spolii, quæ desiderat celeritatem, ut per objectionem reconventionis non sit ei mora injicienda, cum ex regula juris spoliatus ante omnia veniat restituendus, etiam neglecto juris ordine, *c. Conquerente* 7. ✠ *De restit. spoliat.* Adeò ut ne quidem exceptio spolii eam remoretur, saltē jure civili, *l.* 7. *C. Ad L. Iul. de vi.* quamvis secundum Canones videatur obj ci posse, juxta *c. fin.* ✠ *De ordine cognit.* Imo nec exceptionem dominii admittit jura, uti communiter receptum est & secundum Leges & secundum Canones; quamvis in casu, quo notorius est spoliator, dominii exceptionem opponi posse rectè tentari possit, ut dicetur infra, *ad tit. De vi & vi armata.* Facit, quod reconventio habeat locum in caussis, quæ habent faciem & formam actionis, qualem non habet causa spolii. Et hoc, quatenus agit spoliatus contra spoliantem remedio recuperandæ; tunc enim non remoranda causa per exceptionem dominii aut spolii in eadem re. Secus est, si hinc inde de spolio agatur, & agenti de spolio super una re objiciatur spolium super alia re à convento, qua de re pluribus Maranta in *Tract. De ord. judic. p.* 4. *distinct.* 6. *n* 32. & 38.

38

In causa appellationis non propositam ante reconventionem proponi posse negat Bart. *ad d. Auth. Et consequenter num.* 15. ex ratione, quod in casu, quo actor non eligit sponte judicem, sed quadam necessitate inductus, non possit reconveniri coram eodem judice, quem non tam probavit, quàm coactè ei se subjecit, ut cessante ratione *d. l.* 14. in caussa appellationis, ob necessitatem saltem caussativam, ex injuria, quam sibi persuadet appellans illatam per sententiam primam, cessare etiam debeat ejus decisio; quam rationem & sequitur Lanfrancus in *Clement. Sæpè num.* 67. *De verb. signif.* Quæ opinio posset confirmari hac ratione. Nam vel reus appellat, & cùm agere videatur, non tam dicitur reconveniri, quàm secundo convenire eundem; actor autem eo casu victor frustrà reconveniret, cui debetur ex prima sententia: ut appellat actor, & idem in eo, quia bis peteret; eo autem casu reus victor objiciendo debitum non tam reconveniri, quàm convenire dicendus. Volunt tamen alii, quod, cùm appellatio reducat causam ad pristinum statum, sicut in prima instantia permittitur reconventio, ita & permitti debeat in secunda, qua de re videatur Maranta *d. loco n.* 15. & *seqq.* & Præses Everardi in *Loco à vi surrogationis n.* 18. & *ibi allegati.*

39

Cæterùm dictum est paulò antè, non esse necesse, negotium per reconventionem objectum oriatur ex eadem caussa, quæ caussavit conventionem, veluti ex empto, cùm ex diversa negotium ortum suppeditet reconventioni materiam. Quod procedit jure novissimo, de quo in *d. Auth. Et consequenter*, desumpta ex *Nov. De reconventionib.* 96. quæ etiam in diversis negotiis admittere videtur reconventionem uti communiter est recepta. Quod ipsum est contra jus prius *d. l.* 14. quæ tantum videtur concedere reconventionem in causa dependente ex negotio moto in conventione.

40

Finis reconventionis est bonum publicum; quod in eo consistit, quod lites simultaneo processu facilius & minori sumptu decurrant & absolvantur. Tractanda enim utraque causa successivis vicibus, *c.* 1. ✠ *De mutuis petit.* ita ut deliberatione habitâ fiat primò litis contestatio super libello actoris, postea super libello reconventionis, & sic consequenter, ut & reliqua judicialia pari passu ambulent, nec majori diligentiâ causa conventionis tractetur, quàm reconventionis, vel contra. In quo si peccetur per judicem, non recepta in cognitionem caussa reconventionis, etsi vitio nullitatis non inficiet processum vel sententiam judicis, appellandi tamen materiam subministrabit, *L.* 1. §. *fin. inf. Quæ sent. sine appellat. rescind.* * Quòd si actor respondere libello reconventionali recuset, aut in alia judicii parte tergiversetur, eam pœnam subit, quod & causa conventionis sistatur, & audientiam in ea judex non accommodet, *Glossa* 1. *in c.* 1. ✠ *De mut. petit.* Wames. *Cons. de jure Pont.* 71. *sup. n.* 5. *vers. Unde actor.* * Ita autem simultaneo processu utraque causa tractanda, ut etiam simul sit terminanda eandem sententia, saltem pronuntiatione, quia revera sunt duæ sententiæ, vel certè duabus sententiis disjunctim & in scriptis, eodem tempore conjunctim pronuntiandis.

41

42

43

Ttttt Ita

Ita etiã pari passu ambulat utraque, ut in conventionali remota appellatio faciat eam etiam remotam censeri in reconventionali, ne uni denegetur, quod alteri est concessum, *c. 2. De mut. petit.*

44 Hæc ita, si tempori proponatur reconventio, id est, statim, *d. Auth. Et consequenter*, id est ante liris ingressum sive contestationem, aut in ipso ingressu, ut habet *Clement. Sæpe §. verum. De v. rb. signif.* Unde si post negativam responsionem rei factam ad proposita per actorem actionum capita, id est post contestationem, immediatè proponatur reconventio, non potest negari tempestive interposita esse, ad effectum simulranei processus. Volunt tamen & post aliquot actus judiciales reconventionem proponi posse, imò & lite durante usque ad conclusionem in causa, per *c. Dispendia De rescr. in 6.* non tamen cum privilegio simultanei processus, quia iniquum foret, actoris causam jam instructam, & ad finem pœne perductam differri ex causa reconventionis, quæ majorem indaginem desiderat, sed tantum ad effectum prorogativum jurisdictionis. Maranta *d. disti. 6. nu. 5.* Innocent. *ad d. c. 1. n. 4.* qui effectus respondet rationi allatæ in *d. l. 14 Cujus quis*

45 *in agendo &c.* * Nec est inconveniens, cum non omni reconventioni insit privilegium, ut conventionis causa numquam ante illam decidatur, sed si ab initio proponatur, & causa conventionis non sit omnino liquida. Nam si de ea liqueat in limine judicii, reconventionis autem altiorem requirat indaginem & ampliorem causæ discussionem, iniquum foret, illi per hanc propositam moram injici, ut recte tradit ex Mariano Socino in *c. 1. n. 59. & cap. 2 nu. 17. De mut. petit.* D. Wames. *De jure Pont. Cons. 72. n. 5.* Vid. Mynsing. *Cent. 1. Observa. 10.*

Hæc de reconventione, quæ facit aliquem cogi experiri judicem incompetentem, cui alias nemo invitus se subjicit. Competens est non tantum, qui nomine magistratus ta'is est, verum & qui ab eo est datus, modo dari potuerit, & ad rem certam datus eam non egrediatur, *l. 1. & 3. C. Si à non compet. jud. judic. esse dic.*

46 Tertiò requiritur, sententia sit conformis libello, saltem qualitate, id est, quoad rem petitam & quoad caussam petendi; neque enim ultra id, quod deductum in judicium, excedere potest judicis potestas, *l. Si fundum 5 sup. Com. dividundo.*

47 Quæri tamen potest, An judex ita sit adstrictus actioni, ut conclusionem actoris egredi nequeat? Ita communiter receptum per *l. Non potest 23. sup. De judiciis l. fin. Cod. De fideicom. libert.* & alia jura vulgata, quæ volunt sententiam esse conformem libello, nec petitionem, aut rem controversiam egredi. Speculator *De sententia §. 5. n. 15.* Vantius *De nullitatib. cap. 13. num. 97.* Vult tamen Charondas *5. Respons. 67.* non ita esse adstrictum actioni, quin possit postulante æquitate adjudicare actori non comprehensum ejus libello, si ex actis pateat deberi, *l. Bovem 43. §. aliquando sup. De adil. edicto.* Quod ut possit videri æquum,

48 ad amfractus & multiplicationes litium evitandas, & Principi possit esse permissum, non tamen inferioribus. * Nihil faciente pro opinione Charondæ *d. §. aliquando*, cum in eo agatur de alia re tacite & virtualiter inclusa in re petita, quo casu non potest dici judicatum extra petitionem. Felinus in *c. Licet Heli n. 20. De simonia. l. Si is qui hæres 25. §. 1. inf De except. rei judic.* Quod & dicendum, si pronuntiatio veniat in consequentia rei petitæ. Felin. *d. loco.* Quò spectant varii casus, quibus fit condemnatio in æstimationem rei petitæ, aut interesse, quando impossibilis est reo præstatio ejus, quod petitur, ut quia periit, aut quia stat per a'ium, quò minus reus dare aut facere possit *l. 4. C. De act. empti, l. Si jactum 12. sup. De act. empti & similib.* * In criminalibus

49 potest judex non tantum leviorem pœnam imponere, verum & majorem, quam petiit actor, cum in istis non sit adstrictus libello, *l. Hodie 13. inf. De pœnis;* sed illi sit permissum, delictum pro gravitate commissi punire, ut non inspiciatur, quatenus actor in quantum concluserit. *Gloss. in d. l. 13.* Myns. *Cent. 2. Obser 30. num. 3.* Quantitate ut sit libello conformis sententia non est necesse, neque semper fieri potest, cum non sit infrequens, actorem plus debito petere, aut etiam non debitum.

50 IV. Sententia respondeat ordini aut præscripto juris vel consuetudinis, à quo recedere judici non licet, cùm, ut habet *can. De his dist. 4.* illi non liceat de legibus judicare, sed secundum ipsas. Non tamen indistinctè sententia erit nulla lata contra leges, sed tum demum, si expressum contineat errorem contra jus, *c. Cum inter 13. in fine De sentent. & re judicat. & l. Si expressum inf. De appellat.* Expressum errorem continet, quando pronuntiatur de jure constitutionis, non de jure litigantis; verbi gratia, si judex allegantem excusationem à tutela, ob numerum liberorum, aut trium tutelarum onus, aut ætatem, damnaverit nihilominus, superaddens

dens ejusmodi non excusare, *l. 1. §. item cum contra inf. Quæ sentent. sine appellat. rescind.* Non excusabit judicem allegatio ignorantiæ, quòd judici turpe sit, jus, in quo versatur, ignorare, *l. 2. §. Servius sup. de orig. juris.* Uti nec excusabit eum, quod exempla majoris Magistratus secutus fuerit, cum non exemplis, sed legibus sit judicandum, *l. Nemo 13. C. De sentent. & interloc.* Quod si allegantem onera & privilegia excusantia secundum leges à tutela, iis non attentis, nihilominus condemnaverit, sententia tenebit, si nihil addiderit, quod potius de jure litigatoris, quàm constitutionis pronuntiarit, *d. §. Item cum contra*; ut, nisi à tali sententia appelletur, ea transeat in rem judicatam. Hinc sententia Præsidis, quâ in usuras usurarum condemnavit, tenet; & si non fuerit intra legitima tempora appellatum, judicati ex ea agi posse dicitur in *l. Preses 27. h. t* licet ea sententia sit contra leges, *l. Si non fort. 26. § 1 sup. De cond. indeb.* & constitutiones, *l. fin. C. d. usur.* quibus prohibetur exigere usuras usurarum.

51 * Idem obtinet, quando judex condemnavit quidem contra legem, sed cuius erat ambiguus intellectus, ut judicaverit per eam non posse juvari rei causam: facit enim ambiguus intellectus excusari judicem à temeritate, *l. Cum prolatis 32. ubi Jas. h. t.* Contra communem opinionem lata sententia non potest quidem dici nulla, cum non semper communis opinio sit & verior, & in jure fundata: non est tamen contemnenda, nec ab ea recedendum, si ratione nitatur. Lata contra eam sententiam non dicenda nulla, quod opinio communis jus non ponat.

52 Dictum de sententiæ nullitate, quæ lata est contra leges, non tanum verum est, si sint conclusæ corpore Juris, verum etsi sit contra legem municipalem. Felinus in *c. 1, num. 2.* ⁙ *De sentent. & re judic.* modo municipalis lex justa sit, nam aliàs & secundum illas lata sententia inutilis foret, *c. Cum causa 8.* ⁙ *d. tit.* Idem dicendum de sententia expressè lata contra stilum Curiæ aut consuetudinem, ut tradit Felin. *d. c. 1. nu. 4.* & Guido Papæ *decis. 292. nu. 2.* eo quod & consuetudo & Curiæ stilus jus ponant. Est & nulla sententia lata contra priorem, quæ in rem transivit judicatam, *l. 1. C. Quando provoc. non est necesse.*

53 V. Non sit lata ex falsis instrumentis, *l. 1. C. Si ex falsis instrum.* quod per huiusmodi instrumenta circumscripta sit judicantis auctoritas, ut sustineri nequeat ab eo prolatum, *C. d. tit. per tot.* quatenus tamen probantur falsa, & per ea judex circumscriptus, eorum fidem securus, ita pronuntiasse, *l 3. C. d. tit.* Ubi non potest dici agi de judice sciente falsa instrumenta esse, quia tunc illum maneret pœna malè jud cantis. Et facit, quod requiratur, circumscriptus sit, qualis dici nequit nisi ignorans.

54 Dubitatur autem, An ejusmodi sententia mero jure teneat? Quod communiter receptum: volunt enim plerique, ejusmodi sententiam per in integrum restitutionem rescindendam esse. Pro qua parte adscitur *l Divus 33. hoc tit.* ubi circumventa judicis religio per testes falsos pecuniâ corruptos causar in integrum restitutionem. Posset tamen probabilior videri contraria opinio, scilicet restitutione opus non esse, sed mero jure sententiam non tenere, eamque probatâ falsitate corruere, per *l. 1. Cod. d. tit.* ubi falsum instrumentum, quod secutus judex, facit rei judicatæ non esse suam vim. Facit & *l. 2. eod. tit.* quæ dicit, probata falsitate ex integro causam audiendam esse: & *l. 3. eodem* quæ dicit probato, judicem falsam instrumenti fidem secutum in pronuntiando, sententiam eam in irritum revocari: & *l. 4. eodem,* quæ suspendit executionem, & dat soluti repetitionem, probato falso: ut non sit locus restitutioni, quæ præsupponit sententiam validam. Idem habet *l. Qui agnatis inf. De Except. rei judicatæ.* Facit eodem *l. Si Prator §. Marcellus sup. De judic.* ubi si probetur dolo quis sententiam pro se consecutus, admittitur rei quærela. Quibus locis tantùm ponitur vis in falsitate, non etiam restitutione. Facit & ratio, quod probatio sit fundamentum sententiæ, ut illa falsa faciat hanc deficere, quasi deficiente conditione. Nihil officit *d. l. 33.* quæ facit mentionem restitutionis; neque enim hoc quasi sententia valeret, sed quod de facto innovatum, de facto rescindatur Zasius *lib. 1. Singul. Intellect. cap. 13.* Mynsing. *ad cap. 4. num. 7.* ⁙ *De fide instrum.* Cujac. in *Comment. Codic. Si ex falsis instrument.* Duaren. *ad d. lib. 33.* Adde & Fachin. *10. Cont. cap. 83.*

55 Quod & dicendum obtinere in sententia lata ex falsis testimoniis; eadem suffragante ratione, quod non minus circumscribatur religio judicis per testes falsos, quos securus probavit, quam per instrumenta, ut indicat *d. l. Divus*; & loco instrumentorum non tantum veniant scripturæ,

sed & quævis alia judicis instrumenta. Falsa quoque allegatio facit secundum sententiam non procedere executionem, *l. Si Prætor 75. sup. De judic. l. 2. C. Si contra jus vel util. publ.*

56 Volunt & sententiam latam ex causa notorie falsa esse nullam, Abbas in *c. Inter cæteras n. 9. & ibid.* Felin. *n. 5.* ✠ *De sentent. & re judic. Glossa fin. in l. Si is ad quem sup. De acquir. hæred.* veluti si sententia contineat, appellationem esse desertam, ob lapsum termini qui nondum eessit. Vult tamen Covarr. excommunicationem ex falsa causa latam ligare excommunicatum, saltem in foro exteriori, in *C. Alma p. 1. § 11. nu. 14.* & hoc ratione scandali. Unde si esset notoria causæ falsitas, posset dici cessare scandalum, atque ita non ligari reum. Est & nulla sententia, in qua Judex se refert ad acta nulla, aut erronea, ut alios allegans tradit. Vant De *nullitatib. cap. 13. nu. 129 & seqq.* Maranta p 6. *t. De sententia nu.* 118.

57 De sententia lata ex falso juramento idem dicendum videtur, quod falso probato & ista sit retractanda, ut colligitur ex *l. Admonendi 31. sup. De jurejur.* ubi post exactum juramentum dicitur permissum Constitutionibus Principum interdum ex integro caussam agi. Cujus ratio est, quod uti falsis instrumentis circumscribitur religio judicantis, ita & falso juramento, ut proinde in eo idem sit statuendum. Cuiac. in *Recitat. hoc tit.* Obstat *l. 2. sup. De jurejur.* quæ negat sententiam ex jurejurando latam retractari posse. Verum *d. l. 2.* agit de juramento judiciali & voluntario. Cuius ratio est, quod eiusmodi juramenti genus contineat speciem transactionis, quæ non retractatur, *l. Sub prætextu 29. C. De transact.* eiusmodi enim juramenti genus facit, ut præstitum ab eo, cui delatum, non amplius quæratur, an pecunia debeatur, sed an juratum sit, *Instit. De actionib. §. item si quis.* Ut imputare sibi debeat deferens adversario tale juramentum, quod videatur dicere, *Si juraveris, non petam* Quod habet *d. l. 31.* retractari sententiam ex juramento latam, quòd probatur postea falsum, est, quod ibi agatur de juramento necessario, non per partem aut ejus petitionem, sed per judicem delato; quod cum non habeat adjunctam transactionis vim, retractatur, si per instrumenta nova pateat jurantis falsitas.

58 Advertendum itaque judici, ne facile partis jus lædat; faceret enim litem suam, id est damnum alienum alienæ litis in se transferret, & teneretur parti, cuius interest in tantum, quantum religioni judicantis æquum videbitur, actione in factum, quasi ex maleficio. *Instit. De oblig. quæ quasi ex delic. nasc. l. fin. inf. De extraordin. cognit.* Et hoc, ne imperitia eius sit nociva alteri. Quod accipiendum de imperitia circa ea, quæ scire debet, aut peritiores consulere: quo modo circa caussam dubiam, de qua non convenit inter prudentes, erranti nulla adscribetur culpa. *

59 Quia autem tantùm est in culpa, salva ei manet existimatio. Quod si per gratiam aut ambitionem (quod hodie multorum animos à vero abstrahit) & litis discrimen subit & infamiam, *l. 2. C. De pœna judic. qui male judic.* Sordibus & avaritiæ turpitudine adductus nullam sententiam profert, *l. Venales 7. C. Quando provoc. non est necess.* & dati triplum, promissi duplum ab eo exigitur in causa pecuniaria, dignitate seu cingulo amisso; in criminali vero, omnibus bonis confiscatis, in exilium mittitur, *Auth. Sed novo jure C. De pœna jud. qui male jud. Nov. 142. c. 2.*

60 VI. Requiritur, sententia sit certa. Cuius ratio est, quod sententiæ finis sit determinare litem, quem non consequetur nisi per certam pronuntiationem, alias enim ex lite lis orietur. Unde non valet sententia hæc, *Quæ bona accepisti solve*, quia incertum, quid acceptum sit, *l. fin. C. De sentent. quæ sine certa quantit.* Uti nec illa, *Omne debitum cum usuris competentib. solve*, judicati actionem præstare posse dicitur, *l. 3. C. d. tit.* nam non adiecta usurarum quantitas facit incertam condemnationem, etiamsi sors certa fuerit, *l. In sentent. 59 § 2. h. t.* Nisi tamen usurarum quantitas satis ex jure [illegible]blico intelligatur; veluti si pronuntiatum fuerit, L. Titium C. Seio debere centum ex causa venditionis, & placere eius pecuniæ usuras dependi, quoad sors soluta fuerit, *l. 1. C. d. tit.* nam usuræ rei judicatæ post quadrimestres inducias sunt centesimæ, *l. 2. Cod. De usur. rei judic.*

61 Certa etiam sententia est non tantum, quæ nominatim rem vel quantitatem exprimit, sed & quæ continet relationem ad libellum, vel instrumentum obligationis, aut acta, quæ sunt in processu, *d. l. 3. in fine*, eo quod talis relatio tantumdem præstet, atque ipsius rei designatio, *l. Certum 6. sup Si cert. petet* quia relatum censetur esse in referente Hinc valet pronuntiatio. *Quid ex testa. vel codicillis Mævij habes, Titio restitue*, *l 5. §. 1. h. tit.* uti &, *Solve quod petitum est*, vel *quantum petitum est, d. l. 59. §. 1*, Oportet tamen libellus, instrumentum,

tum, acta, ad quæ fit relatio, contineant certam quantitatem; foret enim alias pronuntiatio nulla, quod non determinaret controversiam. * Ponitur ab ea te exceptio in *l. 5. C. De sent. & interlocut. & l. 2. C. De sent. quæ sine certa quantit.* ubi, licet pecuniæ quantitas non exprimatur, rata tamen est sententia, qua procurator Cæsaris fisco vel procuratori Reipub. indemnitatem præstare jussit. Quod ita singulare in fisco & Repub. quia eorum actiones sunt publicæ & certæ, ex quibus certum peti potest, quod fisco aut Reip. debetur. Ut ad privatos extendi nolit Cujac. in *Comment. ad Tit. C. De sent. quæ sine certa quant.* quorum rationes privatæ sunt, non ita fidem facientes.

62

63 Hæc ita, quatenus natura actus patitur certam ferri sententiam; nam sunt casus, in quibus ut incerta petitio admittitur, ita recipitur incerta sententia libello respondens, uti quando agitur ex obligatione generis, vel alternativa, *l. Ubi adhuc 75. §. qui illud inf. De V. O.* Sententia petitioni accommodanda est, ne reo auferatur electio competens: uti & in noxalibus rectè pronuntiatur, decem aut noxæ dare, *l. 6. §. 1. hoc tit.*

64 Causat & factum adversarii incertitudinem, ut qui decimas petitas recepit, non admisso agente ad decimationem; ut sufficiat ex incerta petitione incertam proferre sententiam condemnatoriam solutionis decimarum, vel æstimationis earum, prout conclusum per agentem, relicta liquidatione earum post sententiam per juramentum in litem, vel per probationes, *l. Si quando Cod. Unde vi.* Quod & procedit in petitione rerum universalium, hæreditatis, dotis, tutelæ, quatenus incertitudo versatur tantum circa quantitatem; nam si de ipso universali non constaret, vitiaret incertitudo, *l. fin. Cod. De sentent. quæ sine certa quantit.* Barbosa *p. 3. Rubr. Soluto matrim. num. 44.*

65 Est & incerta actio ejus, quod interest. Judicis tamen est, condemnationem concipere, quatenus possibile, certam, ideoque diligenter inquirere, quanti constiterit interesse agentis, juxta placiti fidem rem fuisse restitutam, ut certa taxetur quantitas, *l. 3. in fine C. De inutilib. stipul.* Quæ positio facilis non est, cum non semper utique liqueat, quatenus cuiusquam intersit, propterea quod ea res à facto dependeat, *Quatenus 24. De R. I.* quod incertum & varium: pro cuius etiam varietate varia inducitur ratio eius, quod interest, modo maior, modo minor, quam res est, circa quam incidit utilitatis ratio, modo rei omnino confert. Ut circa eam rem dubitationes olim in infinitum fuerint protractæ, tam ex infinitis casificationibus & controversiis litigatorum, quam judicium, ob rerum experientiam & legalis æquitatis ignorantiam, perplexitate, tam super probabilitate damnorum, quæ prætenduntur & impugnantur, quam super moderatione totius summę, an in totum taxari debeat, an certam metam exceedere, & qualem, & quibus casibus.

66 Cui malo Justinianus remedium adinvenit *l. unica C. De sent. quæ pro eo quod interest profer.* de qua hic aliquid subiiciemus. In ista prolixitatem, de qua egimus, prout fuit possibile (quia absolutè definiri non potest, quod est facti, cum in circumstantiis sui cuiusque subjecti casus consistat, *l. De accessionib. 14. in pr. inf. De diversis temporal. prascript.*) in angustum coarctavit, & præscripsit judicibus modum, quem sequantur in taxatione ejus, quod interest; quatenus tamen verè interest, quia non est infrequens nimiâ partis procaciâ illud peti, cum nullum subsit. Modum autem exceedere noluit duplum rei, in quo simplum inest, ut ultra alterum tantum rei, circa quam interesse contingit, extendi nequeat sententia judicis. Et hoc in casibus certis: in aliis vero casibus, qui incerti esse videntur, voluit judices, qui causas suscipiunt, per suam subtilitatem inquirere, ut hoc, quòd reverà inducitur damnum, reddatur, cessante omni machinatione & immodicâ perversione. Rectè Justinianus casus certos ab incertis distinxit, illis certum modum præfigendo, hos arbitrio judicis relinquendo, qui quantum possibile est certum terminum præfigat. Cuius ratio est, quod, cum incertæ & infinitæ rei certus terminus dari non possit, nec simplum poni, quod duplandum veniat, ob facti incertitudinem, infinita regula sit constituenda cum Aristotele. Ratio decisionis *d. l. unic. est*, ne sit immodica æstimatio ejus quod interest: esset autem immodica, si plus damni extrinsecus accederet, ob rem debitam, quam quanti ipsa res est. * Cuius legis moderationem non posse non dici novam certum est, cum in prioribus legibus nulla huiusmodi moderatio eius quod interest inveniatur nihil obstante *l. Cum & forte 44. sup. De act. empti*, nam ea tantum loquitur in causa evictionis, in qua etiam ante Justiniani constitutionem venditor ultra duplum evictionis periculum non subibat; quam

67

quam rem Justinianus voluit obtinere in omnibus aliis casibus. Ubi duo sunt prænotanda. I. Qui casus sint certi, qui incerti. II. Quid veniat nomine interesse.

68 Primo itaque sciendum, in ista lege unica nomine *Casus*, sive *Causæ* vel *Negotii*, non venire omnes contractus, ex quibus obligationes in genere oriuntur, sed illos tantum, in quibus de facto versatur & debetur interesse. Neque enim infrequens est, ex contractibus nullum interesse deberi: ut, dum contractus illos ponit Imp. accipiendus sit in casibus, quibus illorum nomine nobis abest ex vera justa causa, qua de re infrà.

69 Casus alii certi, alii incerti. * Certos definit Imp. qui habent certam quantitatem vel naturam, ut quibus directo proponit agi de certa pecunia, vel de corpore certæ rei: nihil enim aliud est certa quantitas, quam res in certo consistens, id est determinato pondere, numero, vel mensurâ. Certa natura nihil aliud est, quam res certis suis finibus taliter determinata, ut certum quoddam totum vel integrum efficiat, ut initio prævideri possit, quantum jam sit, vel futurum sit id, quod principaliter debetur, ut vicem certi simpli sive certi cuiusdam totius communiter æstimabilis & duplabilis gerere possit, uti contingit in venditionibus, locationibus, aliisque contractibus, secundum *d. l. unicam*.

70 In quibus dubitari possit, quid veniat nomine simpli, quod est duplandum? Et dicendum, rem ipsam principaliter debitam, vel dispositionem deductam, certæ quantitatis vel naturæ, cui extrinsecus accedat obligatio ad interesse. Sic in venditionibus ipsum pretium, quo res vendita, in effectu erit simplum, sive proprius loquendo ipsa res vendita, quæ est verum simplum, omnino censetur tanti esse, quanti vendita; ita ut pretium ex parte emptoris ad interesse agentis sit ponendum simplum. Quo faciunt leges, quæ de interesse agentes pretium ponunt simplum, *l. 1. in princ. l. Titius 43. in fine sup. De act. empti, l. Si fundo 53. in princ. l. Si in venditione 90. & l. Evicta re 70. sup.* Vid. Molin *in Extricat. Labyrinthi ad d. l. unic. qu. 2. n. 66. & seqq.* D. Arn. Baert *ad d. l. unic. n. 59.* Fachin. *1. Contr. cap. 48.*

71 Æquali an inæquali pretio res sit vendita, non disputatur. Unde si emptor emerit fundum quingentis, qui valet sexcentis, re non traditâ aut evictâ, non nisi quingenta simplum constituent. Quod & dicetur, si læsio fuerit ultra dimidium rei vel pretii; pretium enim quod datum, tantum est inspiciendum. Nam si referretur ad id, quod est justum, decipiens foret melioris conditionis, quam deceptus, cum emptor, qui fundum valentem mille, communi & vera æstimatione, emisset tantum quadringentis, secutâ evictione, si probaret tanti sua interesse, consequi posset non modo duplum, sed ferè quadruplum ejus, quod dedit: nam in primis haberet quadringenta, quæ dedit, & interesse extrinsecum usque ad mille Molin. *d. loco n. 70* D. Baert *nu. 61.*

72 Rectè casus certos posuit Imp. in venditionibus, quia in iis, si fiat mora in tradenda re vendita, emptori datur actio ex empto, quantum sui interest habere, & consequitur pretium numeratum, quanto pluris res hodie est, *l. 1. in princ. & l. Si sterilis 21. §. cum per venditorem sup. De act. empti.* Quod quia sæpè ipsum pretium egreditur, *d. l. 1. in princ.* restrictum est per Justinianum, in *d. l. unica*, ad duplum, ut non nisi alterum tantum consequi possit emptor.

73 Idem obtinet in locationibus; nam & in iis est certa merces, nomine usus rei constituens simplum, cuius nomine venit alterum tantum dandum, ex eo, quod interest conductoris, non esse præstitum usum juxta conventionem. Obtinet idem & in aliis contractibus in quibus etiam certi casus inveniuntur; ex omnibus enim contractibus certum condici potest, *l. 9. sup. De reb. cred.* ut si quis stipulatus sit Stichum, si legatario ex testamento debeatur fundus Tusculanus. In iis casibus, in quibus res principalis ab ipsis partibus non est æstimata, licet sint certi, sequenda est æstimatio communis, *l. Si servum 33. sup. Ad L. Aquil. l. Pretia 63. sup. Ad L. Falc.*

74 Procedunt dicta de certis casibus etiam in casu, quo contractus est nullus culpâ debitoris, non dolo, siquidem tenetur ad interesse, ut in *d. l. Si sterilis 21. §. quamvis sup. De actionibus empti*, ubi qui mensam citream vendidit, cum non esset, etsi non valeat venditio, tenetur tamen venditor quanti interest emptoris, etiam si nescierit. Nam licet contractus non teneat, ob materiæ defectum, conventum tamen fuit de re certam naturam habente, ut interesse debeatur, quod duplum non excedit, Molin. *nu. 46.*

75 Hæc de casibus certis. Ex quibus intelligere datur, qui casus sint dicendi incerti, qui scilicet non habent quantitatem aut rem certam vel finitam, sive qui non respiciunt certam rem principalem, sed habent aliud specificum objectum, quod sit incertum. Cuius ordinis est obligatio facien-

faciendi, cujus quantitas vel natura non est certa, cum promissore facere cessante, non aliud inspiciatur, quam quod interest creditoris non esse factum, quod fieri oportuit, quod ipsum est incertum. *l. Si quis ab alio 13. in fine h. t. & l. 2. in fine sup Qui satisd. d. re cog.* Exemplū etiam poni potest in fundi possessione, quia & ea res est incerta, eum possessio neque corpore certo, neque quantitate consistat: ut illa æstimari nequeat, sed judicis arbitrio quanti intersit, æstimari debeat, sive agatur interdicto. Uti possidetis, quanti intersit possessionem retineri, quam alter turbat, *l. pen. §. ult. inf. Uti possid.* sive Unde vi, quanti interesse ereptam non esse, *l. 1. § ex dis inf. De vi & vi arm.* Idem est in restitutione operis, nam & ejus causa incerta, *l. Semper 15. §. 7 inf. Quod vi aut clam.* Et in genere incerti casus dicendi, in quibus hoc solum quod interest inspicitur, & nihil aliud quam interesse manet in obligatione.

76 Exempla poni possunt etiam in venditionibus, veluti si venditor promiserit nulli alii, quam mihi vendere, quod non fecit, *d. l. Si sterilis 21. §. pen sup. De act. empti.* Casus enim iste non potest dici nisi incertus, quia principale dispositum sive debitum, scilicet alii non vendere, non habet certam quantitatem aut naturam, ut non resolvatur nisi in id, quod interesse, quod tempore pacti incertum. * Similiter si agatur quidem de

77 re habente certam quantitatem, aut naturam, si tamen habeat implicitam susceptionem periculi adjunctam. non concludetur sub casibus certis, sed incertis. Exemplum est in *l. Tenetur 6. §. si vas sup: a De act empti, & in l. Sed addes 19. § 1. sup. Locati*, ubi si vascularius vel faber dolialis vendiderit vel locaverit vasa, vel dolia, ad recipiendum vinum, vel alium liquorem, qui vitio vasis effluxit, tenebitur non tantum ad alterum tantum pretii vasis sive mercedis, sed ad interesse totius liquoris, etiamsi decuplo excedat pretium vasis vel mercedis, quia interesse non respicit ipsum corpus, aut usum vasis, sed ipsum periculum effusionis, eui vascularium profitendo, vel negotiationem hanc exercendo, tacitè se obstrinxit, & in quod tacitâ suâ affirmatione secum ipsum contrahentem induxit; ut, cum iste casus non habeat pro objecto rem certam principaliter in contractum deductam, sed periculum incertum, ad casus incertos spectare sit dicendus.

78 * Ad quos & referenda obligatio indemnitatis præstandæ, quæ etsi versetur circa rem certam, non tamen tam principaliter & absolute ipsam rem, quam indemnitatem respicit, quæ incerta ut in actione depositi, mandati contraria, quâ deponens vel mandans tenetur depositario aut mandatario etiam ultra rei principalis æstimationem, eo quod ratio & objectum obligationis ad interesse non sit principalis obligatio, sed illa æquitatis, quæ non patitur alicui officium suum esse damnosum, *l. Si servus 61. §. quod vero inf. De furtis.*

Hæc de casibus certis, de quibus Imp. in *d. l. unica* circa quos judicis officium versatur in taxando interesse. * Quod verbum diversimode 79 in Jure accipitur: hac in materia solet capi pro justa utilitate quæ nobis abest, quia nomine utilitatis pro eo, quod interest, passim videmus uti Jurisconsultos, *ut in l. Si servum 33. supra Ad L. Aquil. l. 2. & 3. in fine De eo quod certo loco, d. l. 21. §. cum per venditorem, l. Pretia rerum 63. Ad L. Falcid.* * Et hoc dupliciter; Primo large & 80 indefinitè, ut complectatur quidquid ad nostram utilitatem pertinet, & quovis modo abest, ut comprehendat & rem principalem, & omnem causam & accessionem, sive productam ex re, sive extrinsecus emergentem; quo generali modo variis in locis accipitur pro eo, quod utile est, *l. 2. sup. De his qui sunt sui vel al. juris l. Eum qui l. 41. inf. De furtis & alis.* Secundo specialiter & respectivè ad differentiam rei seu debiti principalis, scilicet pro accessione extrinseca, ob damnum acceptum vel lucrum amissum, sive pro eo, quod extrinsecus decedit in damno emergente, lucroque cessante. Quo posteriori modo sumptum interesse spectat ad decisionem *d. l. unica*, in qua non comprehendi rem principalem, seu ejus pretium aut æstimationem, sed tantum damnum & lucrum, occasione culpæ vel moræ emergens aut cessans extrinsecus, præter rem principalem, clare patet ex verbis *d. l. unicæ*, quæ præter rem, ejusque æstimationem volunt exigi posse nomine interesse alterum tantum in casibus certis, in aliis quantum videbitur judici.

Paulus J. C. in *l. Si commissa 23. inf. Rem ratam haberi* breviter & concinnè definit. Interesse, *quantum mihi abest, quantum q; lucrari potui.* Unde Accurs. in *d. l. unica* Interesse definit damnum emergens & lucrum cessans; quem plerique sequuntur. Navarr. in *Comment. ad cau. Si fœneraveris 14. qu. 3. num. 4.* Alii aliter latius definiunt. Verum concinna est ista definitio, aptissima sensui Jurisconsulti & huic materiæ. Dividunt interesse varii variè. * Sufficiet nobis hic, illud tantum 82 ponere, quod vere abest, ex usu communi, non ex effectu singulari, secundum quem ponit Accurs. hic

81

hic singulare interesse; & hoc sive absit, propter damnum emergens facto adversarii, sive etiam ob lucrum ereptum. Neque enim hoc minus spectat ad interesse, quam illud, ut patet ex verbis finalibus *d. l. unica*, quibus Imp. indicat, Constitutione suâ non tantum se complecti damnum, verum & lucrum, cum & lucrum cessans nos in damno ponat, ut citra usurariam labem & conscientiæ læsionem possit exigi tale interesse, ut tradit Navar. in *Manuali c.* 17. *num.* 211. & Covarr. 3. *Var. Resolu. cap.* 4. *num.* 1. & traditur passim à Canonistis in materia usurarum, quatenus tamen verè lucrum abest. Late hac de re Arn. Baert *ad d. l. unic. num* 108. *& multis seqq.*

83 His ita præmissis, in casibus certis, si interesse suum pars probaverit, judex non excedet alterum tantum rei principalis in adjudicando interesse ex ratione suprà allata, quòd æquum non censeatur in casibus certis, ratione interesse in specie non prævisi, quis involvatur ultra duplum. In casibus vero incertis judici incumbit diligenter inquirere damnum, quod reverà inducitur, & in hoc partem adversam, quæ ejus caussam dedit, condemnare. Ait in *d. l. unica* Imp. *quod reverà inducitur damnum, hoc reddatur*, id est verum, justum damnum datum, rejectis frivolis allegationibus, & commentitiis, vanis, excogitatisque caussis & articulis, & longius accersitis atque incertis. * Ut hic non veniat considerandum pretium, quod affectus statuit, vel insania emptoris, aut industria negotiatoris, sed quod interest æstimandum pretio vero & communi, *d. l. Pretia* 63, *sup. ad L. Falcid.* ex causa propinqua, & quæ circa rem est, non etiam remota & incerta, cujusmodi exempla quædam refert Cujac. *C. De sent. quæ pro eo quod interest prof. in Parat. & Comment.* * Quo facit, quod ait J. C. in *d. l. Si sterilis* 21 §. *cum per venditorem sup. De action. empt.* Cum per venditorem steterit, quo minus res tradatur, omnem utilitatem emptoris in æstimationem venire, quæ modò circa ipsam rem consistat, id est propinqua sit, ut excipiat eam, quæ remota, ut exemplo ibi ostendit, subjiciens, *Neque enim si potuit ex vino negotiari & lucrum facere id æstimandum est: non magis, quam si triticum emerit, & ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit*, quia non versatur istiusmodi utilitas proxime circa rem. Et facit, quod aliunde damnum evitari potuerit, ut nequeat dici caussatum proximè per triticum non traditum: Licet autem non possit agi illo casu nomine servorum fame necatorum, quod causa ista sit remota, * pretium

84

85

tamen, quod hodie pluris est, quam fuit tempore venditionis, emptori debetur, quod ejus augmentum sit circa triticum, & consistat circa rem debitam, ut merito veniat considerandum. Nam emptor, si triticum habuisset, augmentum istud percepisset; quod idem & percipere debet, cum triticum jam sit dandum, ita tamen, ut non excedat duplum, secundum terminos *d. l. unica*. Ita si ædes venditæ fuerint mille, quarum pretium postea crevit ultra bis mille, venit & hoc augmentum in rationem interesse, facietque venditorem morosum emptori condemnari in duplum, si tantum intersit.

Posset tamen res ista disputari, quod augmentum illud sit casuale & fortuitum, cujus evictio non gravat venditorem, *l. Ex mille* 64. § 1. *sup. De evictionib.* ubi alluvionis periculum non præstat venditor. Deinde perfecta emptione vendit one ut omne commodum, ita & incommodum spectat ad emptorem, non ad venditorem, qui ut non tenetur de damno fortuito, ita nec videtur gravandus ob augmentum fortuitum. Verum ea de re non est disputandum, cùm illud augmentum consistat circa rem, & ponat interesse propinquum & formatum. Quo facit, quod passim ejusmodi causa faciat interesse præstari in causa evictionis. Textus est in *l. Venditor* 8. *sup. De evict.* ubi in causa evictionis habetur ratio ejus, quod per emptum servum acquisitum fuisset cessante evictione, quamvis id ipsum sit fortuitum postea adveniens; veluti si ancilla empta postea enixa fuerit, aut servus emptus postea ab aliquo hæres institutus fuerit evictus; in æstimationem enim ejus quod interest non tantùm deducetur æstimatio ancillæ aut servi, verum & partus ex ea editi, & hæreditatis, quam servus jussu emptoris adiit, quia ancillam aut servum evincens, evincit acquisitiones hominis omnes quasi suas.

87

Cui non rectè objicitur *l. Si prægnans* 42. *sup. e. tit.* quæ habet, non posse conveniri venditorem de evictu partu, ex eo, quod non sit venditus; uti nec *l. Bonitatis* 13. *eod. tit.* quæ habet, non faciendam bonitatis æstimationem, nisi quæ fuit tempore venditionis; nam ut hoc sit verum quoad actionē evictionis nomine proponendam, actione tamen ex empto etiam illud interesse petitur, quod est tempore evictionis *d. l.* 8. Unde non obstat *d. l. Ex mille* 64. §. 1. quia loquitur de stipulatione duplæ, evictionis nomine, in quam non venit augmentum casuale, uti dictum. * Non etiam obstat, quod traditum, venditorem non teneri de casu fortuito; nam hoc verum est in mero casu,

88

89

casu, non concurrente facto venditoris: quod hic concurrit, ob defectum juris circa rem venditam, qui facit rem evinci, ut merito quod abest, licet casualiter, præstet, quod interfit emptoris, & quidem propinquè & circa rem venditam, ita tamen, ut istud interesse nequaquam excedat alterum tantum pretii rei certæ, juxta moderationem *d. l. unica*, Molin. *hic qu. 6. n. 135 & seqq.*

90 Moveri hic quæstio posset, An parte rei evicta præstandum sit interesse totius rei, an vero pro rata partis evictæ? Exempli gratia, fundus venditus mille evincitur pro dimidia parte, emptor ex caussis certis prætendit interesse ad mille, an illi taxandum interesse ad mille, an vero ad quingenta pro valore partis evictæ? Pro posteriore parte facit primo regula in *l. Qua de tota sup. De rei vindicat.* ex qua posset argumentum desumi, ut duplum, de quo in *d. l. unica*, sit intelligendum ad ratam simpli deficientis, deficit autem hic pro parte tantum. Secundo, quod stipulatio duplæ non committatur nisi ratione partis evictæ, *l. 1. l. Ex mille 64 sup. De evictionib.* III. Facit ratio, quod pœna non debeat excedere culpam, quæ tantum est circa partem rei, non etiam circa totam rem, ut ei etiam debeat aptari taxatio interesse, secundùm *d. l. unicam*, quæ alias duplum excederet. IV. Quod alias absurdum sequeretur, ex eo, quod altera parte posteà evicta non posset ejus nomine interesse peti. Possent pro parte illa & alia adduci argumenta. Nihilominus verius videtur, si aliàs legitimè intersit, interesse dirigendum esse ad totius rei pretium, ex fundamento *d. l. unicæ*, quæ vult interesse non excedere duplum rei principalis; quod isto casu non excedet, sed potiùs se ei conformabit, si partis tantum evictio caussarit interesse, in tantum ut pretio totius æquivaleat, aut etiam superet.

Ut non obstet argumentum tertium, quia 91 tum pœna non excedet culpam, sed ei adæquabitur: uti & nihil obstat, quod interesse sit accessorium; nam & hoc ipsum pœnam egredi constat ex *l. 1 sup. De act. empti.*

Non obstat primum argumentum, quia hic non habetur ratio proportionis ad partem, quo casu procedit regula in *d. l. Qua de tota*, sed tantùm statuitur, ne interesse excedat principale, etiam in parte datum, quæ hac in materia non separatur a toto, sed habetur conjuncta cum eo.

Non obstat secundum, quia loca ista agunt de stipulatione duplæ, quæ non extenditur ultra duplum ejus, quod evincitur; videtur enim duplum stipulatus transegisse de futuro, eoque incerto interesse, hoc sensu, ut consequatur duplum ejus, quod evincetur. Aliud est in actione ad interesse, quæ refertur ad interesse totius, quod cùm & causset evictio partis, est & eo extendendum ad præstandum, ne alteri per alterū injuria inferatur.

Non obstat quartum; nam non est absurdum non agi ad interesse, quod non subest, cum antè sit præstitum, & tantum restet actio ad pretium istius partis, quod solum abest; nam licet pluris interesse possit, tamen quia semel consecutus est actor duplum, frustra ultrà agit. Quod si ob priores particulares evictiones non sit consecutus duplum, quod superest consequi potest, si pars evincatur, quæ ponit interesse vel perficit ad modum dupli totius. D. Mudæus *ad Tit De act. empt. cap. Ad quid committatur stipulatio n. 14.* Molin. *hic qu. 5. n. 104. & seqq.*

Quæri etiam posset, An vendita re infra dimidium justi pretii, veluti cùm valeat nongenta, vendita fuerit quadringentis, possit emptori competere actio ad interesse? Videtur emptorem non rectè imputare venditori ob rem evictam verum & commune rei pretium, quod alterum tantum excedit pretium datum, si ultra non intersit; quia eum possit per venditorem cogi illud ipsum pretium supplere, aut rem reddere, juxta *l. 2. C. De rescind. vend.* non rectè tamquam interesse sibi præstari petit. Quòd si verò interfuerit, ad hoc agere posse videtur, neque enim excusabit læsio ultra dimidium justi pretii, quo minus venditor istud interesse præstet computando non ad duplum veri & communis pretii, sed ejus quod datum est, uti supra dictum. 92

Major quæstio est, An interesse conventum, sive pœna conventionalis, quam partibus placuit solvi loco interesse, in casum defectus ejus, quod promissum dari aut fieri, contineatur sub taxatione *d. l. unicæ?* Res ista ambigua est, & super ea variæ opiniones fuerunt, ut videre est in *Gloss. d. l. unic. ad V. proferuntur.* & Rebuffo *ad d. l. unic.* Affirmativam tenet Molin in *Tract. De eo quod interest qu. 10. num. 17.* Pro qua facit, quod conventionalis pœna sit loco interesse, cùm ideo apponatur, quia ejus quod interesse difficilis sit probatio, ut videtur ad dictæ *l. un.* moderationem restringi debere. Quò faciunt verba *d. l. unicæ*, quæ legales & conventionales pœnas sub istius legis moderatione & limitatione videntur claudere, illas quidem sub certo fine cujusque suæ legis, has vero sub competenti moderamine proferendo per ju- 93

 dicem.

ut sibi incompetentem frustra detrectabit, idque ut lites citius dirimantur, vel sopiantur concordiâ vel judicio, dum utraque causa ab eodem cognoscitur & simul terminatur. Quod respondet bono publico, cuius æquitas in eo consistit, quod cuius in agendo quis observat judicium, non debeat dedignari eumdem contra se experiri judicem. Qua de causa si alter minorem quantitatem petierit quæ est intra jurisdictionem judicantis, alter vero reconveniendo maiorem petat, quæ modum excedit, tractanda nihilominus coram eodem judice, *d. l.* 11. §. 1.

32 Judex sit ordinarius, an delegatus, non videtur referre, ut colligere est ex *c.* 1. & 2. ※ *De mutuis petitionib.* cum & huic sit jurisdictio. Coram arbitro nequaquam habet locum mutua actio sive petitio, quod ille compromissi terminos non egrediatur, *c.* 6. ※ *De arbit.* nec quisquam in arbitrum compromittere cogatur.

33 Permissum itaque cuilibet reo convenire actorem, nisi eum excludat excommunicatio maior, secundum jam dicta: nam licet ei sit salva sui defensio, quæ naturali jure competit (unde excipere illi concessum & appellare, ita postulante æquitate, ne contingat absolvendum condemnare) actio tamen non concessa, ne cogatur quisquam communicare cum excommunicato, in animæ suæ detrimentum, *c. Exceptionem* ※ *De except.* Ad actionem autem spectat reconventio, ut & hæc illi sit denegata, *c.* 5. *in fine ubi Glossa* ※ *de except.*

34 Reconvenire vero cuilibet convento licere patet ex *d. l.* 14. & *Auth. Et consequenter C. De sent. & interloc.* ubi indistinctè id ipsum statuitur. Quod omnino procedit in laico convenientem aliquem coram laico; & vult ratio ut idem etiam observetur in Clerico conveniente aliquem coram foro Ecclesiastico, * sed quæstio est, An

35 Clericus conveniens debitorem suum laicum coram judice eius laico, possit ab eodem reconveniri coram laico? Pro negativa parte militat rescriptum Pont. in *c. Si diligenti* 12. ※ *De foro compet.* ubi expressè statuitur, Clericum ne quidem ex pacto per juramentum vallato posse in se prorogare jurisdictionem laici judicis, quod istud privilegium non singulis personis, sed toti ordini sit concessum, cui non renuntiatur pacto privatorum. Cuius ratio est quod indecens sit, personas Ecclesiasticas, quæ sunt superioris ordinis, Judicari per laicos, qui sunt ordinis inferioris: contingeret autem Clericos judicari per laicos in casu reconventionis, ut, cum ratio *d. l.* 12. habeat locum in dicto casu, etiam debeat habere locum ejus decisio. Quæ sententia ut possit videri non improbabilis, communius tamē receptum, Clericum coram laico reconveniri posse, *Glos penult. in c.* 1. ※ *De mut. petit. & Glos.* 2. *in c.* 4. *De jud.* quam Felin. *ibid. nu* 8. 9. 10. videtur approbare, multis in utramque partem allatis argumentis. Bart. *ad d. l.* 14. *& d. Auth. Et consequenter nu.* 19. ex ratione allata in *d. l.* 14. quam videntur approbare Canones in *can.* 1. 11. *qu.* 8. *ubi Glossa*; quamvis de ejus Canonis vera lectione dubitetur, ut patet ex nova editione Decreti auctoritate Gregorii XIV. Hanc posteriorem opinionem communiter ab omnibus approbari, ac pro recepto jure haberi asserit D. Wamesius *Conf. de jure Pont.* 71. *nu* 3 ob naturalem defensionis causam, quâ jus reconveniendi in genere nititur. Nihil facit allegatum ex *d. l.* 12. nam illud communiter accipitur, quando principaliter fit prorogatio judicis per hominē, non etiam, quando per legem, ut in casu proposito, nec tam principaliter, quam ex consequenti, ut non tam videatur Clericus judicari, quam prima & principalis causa facilius terminari. Et hoc in causa profana, super qua etiam laico licet cognoscere, minimè super causa spirituali, cuius cognitio tantum spectat ad judicem Ecclesiasticum, adeo ut ne quidem incidenter ejus cognitionem assumere possit laicus, *cap.* 2. ※ *De judic* Mynsing. *cent.* 2. *Obser.* 67. *num.* 7.

36 Procedit hæc reconventio non tantum in judiciis ordinariis, verùm & summariis, si modo conventionis causa summariam cognitionem patiatur. Ubi nihil curandum, quod reconventio non oriatur ex eadem causa cum conventione, cum hoc non requiratur, & sufficiat qualiscumque casus, ex quo reus vult reconvenire agentem; adeo ut etiam coram Curia Feudali, quæ non cognoscit de aliis quam feudalibus, reconveniri actor possit de pecunia aliunde debita, *Glos.* 1. *in fin.* 2. *Feud tit.* 16. Wames. *Conf. de jure Pont.* 71. *nu.* 5. & *Cent.* 1. *Conf.* 40. *nu.* 1. *& seq.*

37 Sunt tamen causæ, quæ reconventionem non admittunt, quas breviter supra attigi, ad *tit. De jud.* repeti tamen & hoc loco possunt. In primis est causa criminalis, cuius ratio est, quod non relatione criminis, sed canonicâ purgatione reus fiat innocens, *can.* 1. & 2. *cau. Prius* 111. *q.* 2. *l.* 5. *inf. De publ. jud.* Est & illa ratio, quod non possit proponi

poni caussa reconventionis, nisi ab eo, cui per eam quid quæri posset, quoad diminutionem debiti per actorem petiti; non potest autem quæri reo per criminalem caussam, cum pœna cedat Reip. Quò facit, quod traditum in materia compensationis, eam non admitti in criminalibus, cum qua affinitatem aliquam habet reconventio. Et hoc, si agatur criminaliter; nam si civiliter, reconventioni locus erit. *can.* 1. XXXII. *qu.* 2. *l. Si ambo* §. 1. *sup. de compens.* ubi mutua adulteria dicuntur compensari quoad causam civilem *. Excepta etiam est caussa spolii, quæ desiderat celeritatem, ut per objectionem reconventionis non fit ei mora injicienda, cum ex regula juris spoliatus ante omnia veniat restituendus, etiam neglecto juris ordine, *c. Conquerente* 7. ✠ *De restit. spoliat.* Adeò ut ne quidem exceptio spolii eam remoretur, saltè jure civili, *l.* 7. *C. Ad L. Iul. de vi.* quamvis secundum Canones videatur obji ci posse, juxta *c. fin.* ✠ *De ordine cognit.* Imo nec exceptionem dominii admittit jura, uti communiter receptum est & secundum Leges & secundum Canones; quamvis in casu, quo notorius est spoliator, dominii exceptionem opponi posse rectè tentari possit, ut dicetur infra, *ad tit.* De *vi & vi armat.* Facit, quod reconventio habeat locum in caussis, quæ habent faciem & formam actionis, qualem non habet causa spolii. Et hoc, quatenus agit spoliatus contra spoliantem remedio recuperandæ; tunc enim non remoranda causa per exceptionem dominii aut spolii in eadem re. Secus est, si hinc inde de spolio agatur, & agenti de spolio super una re objiciatur spolium super alia re à convento, qua de re pluribus Maranta in *Tract. De ord. judic. p.* 4. *distinct.* 6. *n* 32. & 38.

38

39

In causa appellationis non propositam ante reconventionem proponi posse negat Bart. *ad d. Auth. Et consequenter num.* 15 ex ratione, quod in casu, quo actor non eligit sponte judicem, sed quadam necessitate inductus, non possit reconveniri coram eodem judice, quem non tam probavit, quàm coactè ei se subjecit, ut cessante ratione *d. l.* 14. in caussa appellationis, ob necessitatem saltem caussativam, ex injuria, quam sibi persuadet appellans illatam per sententiam primam, cessare etiam debeat ejus decisio; quam rationem & sequitur Lanfrancus in *Clement. Sæpè num.* 67. *De verb. signif.* Quæ opinio posset confirmari hac ratione. Nam vel reus appellat, & cùm agere videatur, non tam dicitur reconveniri, quàm secundo convenire eundem; actor autem eo casu victor frustrà reconveniret, cui debetur ex prima sententia: ut appellat actor, & idem in eo, quia bis peteret; eo autem casu reus victor obiiciendo debitum non tam reconveniret, quàm convenire dicendus. Volunt tamen alii, quod, cùm appellatio reducat causam ad pristinum statum, sicut in prima instantia permittitur reconventio, ita & permitti debeat in secunda, qua de re videatur Maranta *d. loco n.* 15. & *seqq.* & Præses Everardi in *Loco à vi surrogationis n.* 18. & *ibi allegati.*

40

Cæterùm dictum est paulò antè, non esse necesse, negotium per reconventionem objectum oriatur ex eadem caussa, quæ caussavit conventionem, veluti ex empto, cùm ex diversa negotium ortum suppeditet reconventioni materiam. Quod procedit jure novissimo, de quo in *d. Auth. Et consequenter*, desumpta ex *Nov. De reconventionib.* 96. quæ etiam in diversis negotiis admittere videtur reconventionem uti communiter est recepta. Quod ipsum est contra jus prius *d l.* 14. quæ tantum videtur concedere reconventionem in causa dependente ex negotio moto in conventione.

41

Finis reconventionis est bonum publicum; quod in eo consistit, quod lites simultaneo processu facilius & minori sumptu decurrant & absolvantur. Tractanda enim utraque causa successivis vicibus, *c.* 1. ✠ *De mutuis petit.* ita ut deliberatione habitâ fiat primò litis contestatio super libello actoris, postea super libello reconventionis, & sic consequenter, ut & reliqua judicialia pari passu ambulent, nec majori diligentiâ causa conventionis tractetur, quàm reconventionis, vel contra. In quo si peccetur per judicem, non recepta in cognitionem caussa reconventionis, etsi vitio nullitatis non inficiet processum vel sententiam judicis, appellandi tamen materiam subministrabit, *l.* 1. §. *fin. inf. Quæ sent. sine appellat. rescind.* * Quòd si actor respondere libello reconventionali recuset, aut in alia judicii parte tergiversetur, eam pœnam subit, quod & causa conventionis sistatur, & audientiam in ea judex non accommodet, *Glossa* 1. *in c.* 1. ✠ De *mut. petit.* Wamef. *Consf. de jure Pont.* 71. *sup. n.* 5. *vers. Vnde actor.* * Ita autem simultaneo processu utraque causa tractanda, ut etiam simul sit terminanda eandem sententia, saltem pronuntiatione, quia revera sunt duæ sententiæ, vel certè duabus sententiis disiunctim & in scriptis, eodem tempore conjunctim pronuntiandis.

42

43

Ita etiã pari passu ambulat utraque, ut in conventionali remota appellatio faciat eam etiam remotam censeri in reconventionali, ne uni denegetur, quod alteri est concessum, *c. 2.* ꝟ *De mut. petit.*

44 Hæc ita, si tempori proponatur reconventio, id est, statim, *d. Auth. Et consequenter*, id est ante litis ingressum sive contestationem, aut in ipso ingressu, ut habet *Clement. Sæpe §. verum De v. rb. signif.* Unde si post negativam responsionem rei factam ad proposita per actorem actionum capita, id est post contestationem, immediatè proponatur reconventio, non potest negari tempestive interposita esse, ad effectum simultanei processus. Volunt tamen & post aliquot actus judiciales reconventionem proponi posse, imò & lite durante usque ad conclusionem in causa, per *c. Dispendia De rescr. in 6.* non tamen cum privilegio simultanei processus, quia iniquum foret, actoris causam jam instructam, & ad finem pœne perductam differri ex causa reconventionis, quæ majorem indaginem desiderat, sed tantum ad effectum prorogativum jurisdictionis. Maranta *d. dist. 6. nu. 5.* Innocent. *ad d. c. 1. n. 4.* qui effectus respondet rationi allatæ in *d. l. 14 Cujus quis*

45 *in agendo &c.* * Nec est inconveniens, cum non omni reconventioni insit privilegium, ut conventionis causa numquam ante illam decidatur, sed si ab initio proponatur, & causa conventionis non sit omnino liquida. Nam si de ea liqueat in limine judicii, reconventionis autem altiorem requirat indaginem & ampliorem causæ discussionem, iniquum foret, illi per hanc propositam moram injici, ut rectè tradit ex Mariano Socino in *c. 1. n. 59. & cap. 2 nu. 17.* ꝟ *De mut. petit.* D. Wames. *De jure Pont. Cons. 72. n. 5.* Vid. Mynsing. *Cent. 1. Observ. 10.*

Hæc de reconventione, quæ facit aliquem cogi experiri judicem incompetentem, cui alias nemo invitus se subjicit. Competens est non tantum, qui nomine magistratus talis est, verum & qui ab eo est datus, modo dari potuerit, & ad rem certam datus eam non egrediatur, *l. 1. & 3. C. Si à non compet. jud. judic. esse dic.*

46 Tertiò requiritur, sententia sit conformis libello, saltem qualitate, id est, quoad rem petitam & quoad caussam petendi; neque enim ultra id, quod deductum in judicium, excedere potest judicis potestas, *l. Si fundus 5 sup. Com. dividundo.*

47 Quæri tamen potest, An judex ita sit adstrictus actioni, ut conclusionem actoris egredi nequeat? Ita communiter receptum per *l. Non potest 23. sup. De judiciis l. fin. Cod. De fideicom. libert.* & alia jura vulgata, quæ volunt sententiam esse conformem libello, nec petitionem, aut rem controversiam egredi. Speculator *De sententia §. 5. n. 15.* Vantius *De nullitatib. cap. 13. num. 97.* Vult tamen Charondas *5. Respons. 67.* non ita esse adstrictum actioni, quin possit postulante æquitate adjudicare actori non comprehensum ejus libello, si ex actis pareat deberi, *l. Bovem 43. §. aliquando sup. De adil. edicto.* Quod ut possit videri æquum,

48 ad amfractus & multiplicationes litium evitandas, & Principi possit esse permissum, non tamen inferioribus. * Nihil faciente pro opinione Charondæ *d. §. aliquando*, cum in eo agatur de alia re tacite & virtualiter inclusa in re petita, quo casu non potest dici judicatum extra petitionem. Felinus in *c. Licet Heli n. 20.* ꝟ *De simonia. l. Si is qui hæres 25. §. 1. inf. De except. rei judic.* Quod & dicendum, si pronuntiatio veniat in consequentia rei petitæ. Felin. *d. loco.* Quò spectant varii casus, quibus fit condemnatio in æstimationem rei petitæ, aut interesse, quando impossibilis est seu præstatio ejus, quod petitur, ut quia periit, aut quia stat per alium, quò minus reus dare aut facere possit *l. 4. C. De act. empti, l. Si jactum 12. sup. De act. empti & similib.* * In criminalibus

49 potest judex non tantum leviorem pœnam imponere, verum & majorem, quam petiit actor, cum in istis non sit adstrictus libello, *l. Hodie 13. inf. De pœnis;* sed illi sit permissum, delictum pro gravitate commissi punire, ut non inspiciatur, quatenus actor in quantum concluserit. *Gloss. in d l. 13.* Myns. *Cent. 2. Obser 30. num. 3.* Quantitate ut sit libello conformis sententia non est necesse, neque semper fieri potest, cum non sit infrequens, actorem plus debito petere, aut etiam non debitum.

50 IV. Sententia respondeat ordini aut præscripto juris vel consuetudinis, à quo recedere judici non licet, cùm, ut habet *can. De his dist. 4.* illi non liceat de legibus judicare, sed secundum ipsas. Non tamen indistinctè sententia erit nulla lata contra leges, sed tum demum, si expressum contineat errorem contra jus, *c. Cum inter 13. in fine* ꝟ *De sentent. & re judicat. & l. Si expressum inf. De appellat.* Expressum errorem continet, quando pronuntiatur de jure constitutionis, non de jure litigantis; verbi gratia, si judex allegantem excusationem à tutela, ob numerum liberorum, aut trium tutelarum onus, aut ætatem, damnaverit nihilominus, superad-

dens

dens ejusmodi non excusare, *l. 1. §. item cum contra inf. Quæ sentent. sine appellat. rescind.* Non excusabit judicem allegatio ignorantiæ, quòd judici turpe sit, jus, in quo versatur, ignorare, l. 2. §. *Servius sup. de orig. juris.* Uti nec excusabit eum, quod exempla majoris Magistratus secutus fuerit, cum non exemplis, sed legibus sit judicandum, *l. Nemo 13. C. De sentent. & interloc.* Quod si allegantem onera & privilegia excusantia secundum leges à tutela, iis non attentis, nihilominus condemnaverit, sententia tenebit, si nihil addiderit, quod potius de jure litigatoris, quàm constitutionis pronuntiarit, *d. §. Item cum contra*; ut, nisi à tali sententia appelletur, ea transeat in rem judicatam. Hinc sententia Præsidis, quâ in usuras usurarum condemnavit, tenet; & si non fuerit intra legitima tempora appellatum, judicati ex ea agi posse dicitur in *l. Præses 17. h. t.* licet ea sententia sit contra leges, *l. Si non sort. 26. § 1 sup. De cond. indeb.* & constitutiones, *l. fin. C. d. usur.* quibus prohibetur exigere usuras usuratum. * Idem obtinet,

51 quando judex condemnavit quidem contra legem, sed cuius erat ambiguus intellectus, ut judicaverit per eam non posse juvari rei causam: facit enim ambiguus intellectus excusari judicem à temeritate, *l. Cum prolatis 32. ubi Jas. h. t.* Contra communem opinionem lata sententia non potest quidem dici nulla, cum non semper communis opinio sit & verior, & in jure fundata: non est tamen contemnenda, nec ab ea recedendum, si ratione nitatur. Lata contra eam sententiam non dicenda nulla, quod opinio communis jus non ponat.

52 Dictum de sententiæ nullitate, quæ lata est contra leges, non tantum verum est, si sint conclusæ corpore Juris, verum etsi sit contra legem municipalem. Felinus in *c. 1, num. 2.* ⁑ *De sentent. & re judic.* modo municipalis lex justa sit, nam aliàs & secundum illas lata sententia inutilis foret, *c. Cum causa 8.* ⁑ *d. tit.* Idem dicendum de sententia expressè lata contra stilum Curiæ aut consuetudinem, ut tradit Felin. *d. c. 1. nu. 4.* & Guido Papæ *decis. 292. nu. 2.* eo quod & consuetudo & Curiæ stilus jus ponant. Est & nulla sententia lata contra priorem, quæ in rem transivit judicatam, *l. 1. C. Quando provoc. non est necesse.*

53 V. Non sit lata ex falsis instrumentis, *l. 1. C. Si ex falsis instrum.* quod per huiusmodi instrumenta circumscripta sit judicantis auctoritas, ut sustineri nequeat ab eo prolatum, *C. d. tit. per tot.* quatenus tamen probantur falsa, & per ea judex circumscriptus eorum fidem secutus, ita pronuntiasse, *l 3. C. d. tit.* Ubi non potest dici agi de judice sciente falsa instrumenta esse, quia tunc illum maneret pœna malè judicantis. Et facit, quod requiratur, circumscriptus sit, qualis dici nequit nisi ignorans.

54 Dubitatur autem, An ejusmodi sententia mero jure teneat? Quod communiter receptum: volunt enim plerique, ejusmodi sententiam per in integrum restitutionem rescindendam esse. Pro qua parte adfertur *l Divus 33. hoc tit.* ubi circumventa judicis religio per testes falsos pecuniâ corruptos causat in integrum restitutionem. Posset tamen probabilior videri contraria opinio, scilicet restitutione opus non esse, sed mero jure sententiam non tenere, eamque probatâ falsitate corruere, per *l 1. Cod. d. tit.* ubi falsum instrumentum, quod secutus judex, facit rei judicatæ non esse suam vim. Facit & *l. 2. eod. tit.* quæ dicit, probata falsitate ex integro causam audiendam esse: & *l. 3. eodem* quæ dicit probato, judicem falsam instrumenti fidem secutum in pronuntiando, sententiam eam in irritum revocari: & *l. 4. eodem,* quæ suspendit executionem, & dat soluti repetitionem, probato falso: ut non sit locus restitutioni, quæ præsupponit sententiam validam. Idem habet *l. Qui agnatis inf. De Except. rei judicatæ.* Facit eodem *l. Si Prætor §. Marcellus sup. De judic.* ubi si probetur dolo quis sententiam pro se consecutus, admittitur rei quærela. Quibus locis tantùm ponitur vis in falsitate, non etiam restitutione. Facit & ratio, quod probatio sit fundamentum sententiæ, ut illa falsa faciat hanc deficere, quasi deficiente conditione. Nihil officit *d. l. 33.* quæ facit mentionem restitutionis; neque enim hoc quasi sententia valeret, sed quod de facto innovatum, de facto rescindatur Zasius *lib. 1. Singul. Intellect. cap. 13.* Mynsing. *ad cap. 4. num. 7.* ⁑ *De fide instrum.* Cujac. in *Comment. Codic. Si ex falsis instrument.* Duaren. *ad d. lib. 33.* Adde & Fachin. *10. Cont. cap. 83.*

55 Quod & dicendum obtinere in sententia lata ex falsis testimoniis; eadem suffragante ratione, quod non minus circumscribatur religio judicis per testes falsos, quos secutus probatur, quam per instrumenta, ut indicat *d. l. Divus;* & loco instrumentorum non tantum veniant scripturæ,

sed & quævis alia judicis instrumenta. Falsa quoque allegatio facit secundum sententiam non procedere executionem, *l. Si Prætor 75. sup. De judic. l. 2. C. Si contra jus vel util. publ.*

56 Volunt & sententiam latam ex causa notorie falsa esse nullam, Abbas in *c. Inter cæteras n. 9. & ibid.* Felin. *n. 5.* ꝟ *De sent. & re judic. Glossa fin. in l. Si ita ad quem sup. De acquir. hæred.* veluti si sententia contineat, appellationem esse desertam, ob lapsum termini qui nondum exstit. Vult tamen Covarr. excommunicationem ex falsa causa latam ligare excommunicatum, saltem in foro exteriori in *C. Alma p. 1. § 11. nu. 14.* & hoc ratione scandali. Unde si esset notoria causæ falsitas, posset dici cessare scandalum, atque ita non ligari reum. Est & nulla sententia, in qua Judex se refert ad acta nulla, aut errонea, ut alios allegans tradit. Vant De *nullitatib. cap. 13. nu. 129 & seqq.* Marantap 6. 1. *De sententia nu. 118.*

57 De sententia lata ex falso juramento idem dicendum videtur, quod falso probato & ista sit retractanda, ut colligitur ex *l. Admonendi 31. sup. De jurejur.* ubi post exactum juramentum dicitur permissum Constitutionibus Principum interdum ex integro caussam agi. Cujus ratio est, quod uti falsis instrumentis circumscribitur religio judicantis, ita & falso juramento, ut proinde in eo idem sit statuendum. Cuiac. in *Recitat. hoc tit.* Obstat *l. 2. sup. De jurejur.* quæ negat sententiam ex jurejurando latam retractari posse. Verum *d. l. 2.* agit de juramento judiciali & voluntario. Cuius ratio est, quod eiusmodi juramenti genus contineat speciem transactionis, quæ non retractatur, *l. Sub prætextu 29. C. De transact.* eiusmodi enim juramenti genus facit, ut præstitum ab eo, cui delatum, non amplius quæratur, an pecunia debeatur, sed an juratum sit, *Instit. De actionib. §. item si quis.* Ut imputare sibi debeat deferens adversario tale juramentum, quod videatur dicere, *Si juraveris, non petam* Quod habet *d. l. 31.* retractari sententiam ex juramento latam, quòd probatur postea falsum, est, quod ibi agatur de juramento necessario, non per partem aut ejus petitionem, sed per judicem delato; quod cum non habeat adjunctam transactionis vim, retractatur, si per instrumenta nova pateat jurantis falsitas.

58 Advertendum itaque judici, ne facile partis jus lædat; faceret enim litem suam, id est damnum alienum alienæ litis in se transferret, & teneretur parti, cuius interest in tantum, quantum religioni judicantis æquum videbitur, actione in factum, quasi ex maleficio. *Instit. De oblig quæ quasi ex delic. nasc. l. fin. inf. De extraordin. cognit.* Et hoc, ne imperitia eius sit nociva alteri. Quod accipiendum de imperitia circa ea, quæ scire debet, aut peritiores consulere: quo modo circa causam dubiam, de qua non convenit inter prudentes, erranti nulla adscribetur culpa. *

59 Quia autem tantùm est in culpa, salva ei manet existimatio. Quod si per gratiam aut ambitionem (quod hodie multorum animos à vero abstrahit) & litis discrimen subit & infamiam, *l. 2. C. De pœna judic. qui male judic.* Sordibus & avaritiæ turpitudine adductus nullam sententiam profert, *l. Venales 7. C. Quando provoc. non est necess.* & dati triplum, promissi duplum ab eo exigitur in causa pecuniaria, dignitate seu cingulo amisso; in criminali vero, omnibus bonis confiscatis, in exilium mittitur, *Auth. Sed novo jure C. De pœna jud. qui male jud. Nov. 142. c. 2.*

60 VI. Requiritur, sententia sit certa. Cuius ratio est, quod sententiæ finis sit determinare litem, quem non consequetur nisi per certam pronuntiationem, alias enim ex lite lis orietur. Unde non valet sententia hæc, *Quæ bona accepisti solve*, quia incertum, quid acceptum sit, *l. fin. C. De sent. quæ sine certa quantit.* Uti nec illa, *Omne debitum cum usuris competentib. solve*, judicati actionem præstare posse dicitur, *l. 3. C. d. tit.* nam non adiecta usurarum quantitas facit incertam condemnationem, etiamsi sors certa fuerit, *l. In sent. 59 § 2. h. t.* Nisi tamen usurarum quantitas satis ex jure publico intelligatur; veluti si pronuntiatum fuerit, L. Titium C. Seio debere centum ex causa venditionis, & placere eius pecuniæ usuras dependi, quoad sors soluta fuerit, *l. 1. C. d. tit.* nam usuræ rei judicatæ post quadrimestres inducias sunt centesimæ, *l. 2. Cod. De usur. rei judic.*

61 Certa etiam sententia est non tantum, quæ nominatim rem vel quantitatem exprimit, sed & quæ continet relationem ad libellum, vel instrumentum obligationis, aut acta, quæ sunt in processu. *d. l. 3. in fine*, eo quod talis relatio tantumdem præstet, atque ipsius rei designatio, *l. Certum 6. sup Si cert. petet* quia relatum censetur esse in referente. Hinc valet pronuntiatio. *Quid ex testa. vel codicillis Mævij habes. Titio restitue, l 5, §. 1. h. tit.* uti &, *Solve quod petitum est*, vel *quantum petitum est, d. l. 59. §. 1*, Oportet tamen libellus, instrumentum,

tum, acta, ad quæ fit relatio, contineant certam quantitatem; foret enim alias pronuntiatio nulla, quod non determinaret controversiam. * Ponitur ab ea re exceptio in *l. 5. C. De sent. & interlocut.* & *l. 2. C. De sent. quæ sine certa quantit.* ubi, licet pecuniæ quantitas non exprimatur, rata tamen est sententia, qua procurator Cæsaris fisco vel procuratori Reipub. indemnitatem præstare jussit. Quod ita singulare in fisco & Repub. quia eorum actiones sunt publicæ & certæ, ex quibus certum peti potest, quod fisco aut Reip. debetur. Ut ad privatos extendi nolit Cujac. in *Comment. ad Tit. C. De sent. quæ sine certa quant.* quorum rationes privatæ sunt, non ita fidem facientes.

63 Hæc ita, quatenus natura actus patitur certam ferri sententiam; nam sunt casus, in quibus ut incerta petitio admittitur, ita recipitur incerta sententia libello respondens, uti quando agitur ex obligatione generis, vel alternativa, *l. Ubi adhuc 75. §. qui illud inf De V. O.* Sententia petitioni accommodanda est, ne reo auferatur electio competens: uti & in noxalibus rectè pronuntiatur, decem aut noxæ dare, *l. 6. §. 1. hoc tit.*

64 Causat & factum adversarii incertitudinem, ut qui decimas petitas recepit, non admisso agente ad decimationem; ut sufficiat ex incerta petitione incertam proferre sententiam condemnatoriam solutionis decimarum, vel æstimationis earum, prout conclusum per agentem, relicta liquidatione earum post sententiam per juramentum in litem, vel per probationes, *l. Si quando Cod. Unde vi.* Quod & procedit in petitione rerum universalium, hæreditatis, dotis, tutelæ, quatenus incertitudo versatur tantum circa quantitatem; nam si de ipso universali non constaret, vitiaret incertitudo, *l fin. Cod. De sentent. quæ sine certa quantit.* Barbosa *p. 3. Rubr. Soluto matrim. num. 44.*

65 Est & incerta actio ejus, quod interest. Judicis tamen est, condemnationem concipere, quatenus possibile, certam, ideoque diligenter inquirere, quanti constiterit interesse agentis, juxta placiti fidem rem fuisse restitutam, ut certa taxetur quantitas, *l. 3. in fine C. De inutilib. stipul.* Quæ possitio facilis non est, cum non semper utique liqueat, quatenus cuiusquam intersit, propterea quod ea res à facto dependeat, *Quatenus 24. De R. I.* quod incertum & varium: pro cuius etiam varietate varia inducitur ratio eius, quod interest, modo maior, modo minor, quam res est, circa quam incidit utilitatis ratio, modo rei omnino confert. Ut circa eam rem dubitationes olim in infinitum fuerint protractæ, tam ex infinitis casificationibus & controversiis litigatorum, quam judicium, ob rerum experientiam & legalis æquitatis ignorantiam, perplexitate, tam super probabilitate damnorum, quæ prætenduntur & impugnantur, quam super moderatione totius summę, an in totum taxari debeat, an certam metam excedere, & qualem, & quibus casibus.

66 Cui malo Justinianus remedium adinvenit *l. unica C. De sent. quæ pro eo quod interest profer.* de qua hic aliquid subiiciemus. In ista prolixitatem, de qua egimus, prout fuit possibile (quia absolutè definiri non potest, quod est facti, cum in circumstantiis sui cuiusque subjecti casus consistat, *l. De accessionib. 14. in pr. inf. De diversis temporal. præscript.*) in angustum coarctavir, & præscripsit judicibus modum, quem sequantur in taxatione ejus, quod interest; quatenus tamen verè interest, quia non est infrequens nimiâ partis procaciâ illud peti, cum nullum subsit. Modum autem excedere noluit duplum rei, in quo simplum inest, ut ultra alterum tantum rei, circa quam interesse contingit, extendi nequeat sententia judicis. Et hoc in casibus certis: in aliis vero casibus, qui incerti esse videntur, voluit judices, qui causas suscipiunt, per suam subtilitatem inquirere, ut hoc, quod reverà inducitur damnum, reddatur, cessante omni machinatione & immodicâ perversione. Rectè Justinianus casus certos ab incertis distinxit, illis certum modum præfigendo, hos arbitrio judicis relinquendo, qui quantum possibile est certum terminum præfigat. Cuius ratio est, quod, cum incertæ & infinitæ rei certus terminus dari non possit, nec simplum poni, quod duplandum veniat, ob facti incertitudinem, infinita regula sit constituenda cum Aristotele. Ratio decisionis *d. l. unic. est*, ne sit immodica æstimatio ejus quod interest: esset autem immodica, si plus damni extrinsecus accederet, ob rem debitam, quam quanti ipsa res est. * Cuius legis moderationem non posse non dici novam certum est, cum in prioribus legibus nulla huiusmodi moderatio eius quod interest inveniatur nihil obstante *l. Cum & forte 44. sup. De act. empti*, nam ea tantum loquitur in causa evictionis, in qua etiam ante Justiniani constitutionem venditor ultra duplum evictionis periculum non subibat;

67

quam rem Justinianus voluit obtinere in omnibus aliis casibus. Ubi duo sunt prænotanda. I. Qui casus sint certi, qui incerti. II. Quid veniat nomine interesse.

68 Primo itaque sciendum, in ista lege unica nomine *Casus*, sive *Causæ* vel *Negotii*, non venire omnes contractus, ex quibus obligationes in genere oriuntur, sed illos tantum, in quibus de facto versatur & debetur interesse. Neque enim infrequens est, ex contractibus nullum interesse deberi: ut, dum contractus illos ponit Imp. accipiendus sit in casibus, quibus illorum nomine nobis abest ex vera justa causa, qua de re infra.

69 Casus alii certi, alii incerti. * Certos definit Imp. qui habent certam quantitatem vel naturam, ut quibus directo proponit agi de certa pecunia, vel de corpore certæ rei: nihil enim aliud est certa quantitas, quam res in certo consistens, id est determinato pondere, numero, vel mensurâ. Certa natura nihil aliud est, quam res certis suis finibus taliter determinata, ut certum quoddam totum vel integrum efficiat, ut initio prævideri possit, quantum jam sit, vel futurum sit id, quod principaliter debetur, ut vicem certi simpli sive certi cujusdam totius communiter æstimabilis & duplabilis gerere possit, uti contingit in venditionibus, locationibus, aliisque contractibus, secundum *d. l. unicam*.

70 In quibus dubitari possit, quid veniat nomine simpli, quod est duplandum? Et dicendum, rem ipsam principaliter debitam, vel dispositionem deductam, certæ quantitatis vel naturæ, cui extrinsecus accedat obligatio ad interesse. Sic in venditionibus ipsum pretium, quo res vendita, in effectu erit simplum, sive proprius loquendo ipsa res vendita, quæ est verum simplum, omnino censetur tanti esse, quanti vendita; ita ut pretium ex parte emptoris ad interesse agentis sit ponendum simplum. Quo faciunt leges, quæ de interesse agentes pretium ponunt simplum, *l. 1. in princ. l. Titius 43. in fine sup. De act. empti, l. Si fundo 53. in princ. l. Si in venditione 90. & l. Evicta re 70. sup.* Vid. Molin *in Extricat. Labyrinthi ad d. l. unic. qu 2. n. 66. & seqq.* D. Arn. Baert *ad d. l. unic. n. 59.* Fachin. 1. *Contr. cap. 48.*

71 Æquali an inæquali pretio res sit vendita, non disputatur. Unde si emptor emerit fundum quingentis, qui valet sexcentis, re non traditâ aut evictâ, non nisi quingenta simplum constituent. Quod & dicetur, si læsio fuerit ultra dimidium rei vel pretii; pretium enim quod datum, tantum est inspiciendum. Nam si referretur ad id, quod est justum, decipiens foret melioris conditionis, quam deceptus, cum emptor, qui fundum valentem mille, communi & vera æstimatione, emisset tantum quadringentis, secutâ evictione, si probaret tanti sua interesse, consequi posset non modo duplum, sed ferè quadruplum ejus, quod dedit: nam in primis haberet quadringenta, quæ dedit, & interesse extrinsecum usque ad mille Molin. *d. loco n.* 70 D. Baert *nu. 61.*

72 Rectè casus certos posuit Imp. in venditionibus, quia in iis, si fiat mora in tradenda re vendita, emptori datur actio ex empto, quantum sui interest habere, & consequitur pretium numeratum, quanto pluris res hodie est, *l. 1. in princ. & l. Si sterilis 21. §. cum per venditorem sup. De act. empti.* Quod quia sæpè ipsum pretium egreditur, *d. l. 1. in princ.* restrictum est per Justinianum, in *d. l. unica*, ad duplum, ut non nisi alterum tantum consequi possit emptor.

73 Idem obtinet in locationibus; nam & in iis est certa merces, nomine usus rei constituens simplum, cujus nomine venit alterum tantum dandum, ex eo, quod interfit conductoris, non esse præstitum usum juxta conventionem. Obtinet idem & in aliis contractibus in quibus etiam certi casus inveniuntur; ex omnibus enim contractibus certum condici potest, *l. 9. sup. De reb. cred.* ut si quis stipulatus sit Stichum, si legatario ex testamento debeatur fundus Tusculanus. In iis casibus, in quibus res principalis ab ipsis partibus non est æstimata, licet sint certi, sequenda est æstimatio communis, *l. Si servum 33. sup. Ad L. Aquil. l. Pretia 63. sup. Ad L. Falc.*

74 Procedunt dicta de certis casibus etiam in casu, quo contractus est nullus culpâ debitoris, non dolo, siquidem tenetur ad interesse, ut in *d. l. Si sterilis 21. §. quamvis sup. De actionibus empti*, ubi qui mensam citream vendidit, cum non esset, etsi non valeat venditio, tenetur tamen venditor quanti interest emptoris, etiam si nescierit. Nam licet contractus non teneat, ob materiæ defectum, conventum tamen fuit de re certam naturam habente, ut interesse debeatur, quod duplum non excedit, Molin. *nu. 46.*

75 Hæc de casibus certis. Ex quibus intelligere datur, qui casus sint dicendi incerti, qui scilicet non habent quantitatem aut rem certam vel finitam, sive qui non respiciunt certam rem principalem, sed habent aliud specificum objectum, quod sit incertum. Cujus ordinis est obligatio faciendi-

faciendi, cujus quantitas vel natura non est certa, cum promissore facere cessante, non aliud inspiciatur, quàm quod interest creditoris non esse factum, quod fieri oportuit, quod ipsum est incertum. *l. Si quis ab alio 13. in fine h. t. & l. 2. in fine sup. Qui satisd. cog.* Exemplũ etiam poni potest in fundi possessione, quia & ea res est incerta, cum possessio neque corpore certo, neque quantitate consistat: ut illa æstimari nequeat, sed judicis arbitrio quanti intersit, æstimari debeat, sive agatur interdicto, Uti possidetis, quanti intersit possessionem retineri, quam alter turbat, *l. pen. §. ult. inf. Uti possid.* sive Unde vi, quanti intersit ereptam non esse, *l. 1. § ex die inf. De vi & vi arm.* Idem est in restitutione operis, nam & ejus causa incerta, *l. Semper 15. §. 7 inf. Quod vi aut clam.* Et in genere incerti casus d cendi, in quibus hoc solum quod interest inspicitur, & nihil aliud quam interesse manet in obligatione.

76 Exempla poni possunt etiam in venditionibus; veluti si venditor promiserit nulli alii, quam mihi vendere, quod non fecit, *d. l. Si sterilis 21. §. pen. sup. De act. empti.* Casus enim iste non potest dici nisi incertus, quia principale dispositum sive debitum, sc licet alii non vendere, non habet certam quantitatem aut naturam, ut non resolvatur nisi in id, quod intererit, quod tempore pacti incertum. 77 * Similiter si agatur quidem de re habente certam quantitatem, aut naturam, si tamen habeat implicitam susceptionem periculi adjunctam, non concludetur sub casibus certis, sed incertis. Exemplum est in *l. Tenetur 6. §. si vas supra De act. empti, & in l. Sed addes 19. § 1. sup. Locati*, ubi si vascularius vel faber dolialis vendiderit vel locaverit vasa, vel dolia, ad recipiendum vinum, vel alium liquorem, qui vitio vasis effluxit, tenebitur non tantum ad alterum tantum pretii vasis sive mercedis, sed ad interesse totius liquoris, etiamsi decuplo excedat pretium vasis vel mercedis, quia interesse non respicit ipsum corpus aut usum vasis, sed ipsum periculum effusionis, cui vasculariam profitendo, vel negotiationem hanc exercendo, tacitè se obstrinxit, & in quod tacitâ suâ affirmatione secum ipsum contrahentem induxit; ut, cum iste casus non habeat pro objecto rem certam principaliter in contractum deductam, sed periculum incertum, ad casus incertos spectare sit dicendus.

78 * Ad quos & referenda obligatio indemnitatis præstandæ, quæ etsi versetur circa rem certam, non tamen tam principaliter & absolute ipsam rem, quam indemnitatem respicit, quæ incerta ut in actione depositi, mandati contraria, quâ deponens vel mandans tenetur depositario aut mandatario etiam ultra rei principalis æstimationem, eo quod ratio & objectum obligationis ad interesse non sit principalis obligatio, sed illa æquitatis, quæ non patitur alicui officium suum esse damnosum, *l. Si servus 61. §. quod vero inf. De furtis.*

Hæc de casibus certis, de quibus Imp. in *d. l. unica* circa quos judicis officium versatur in taxando interesse. 79 * Quod verbum diversimode in Jure accipitur: hac in materia solet capi pro justa utilitate quæ nobis abest, quia nomine utilitatis pro eo, quod interest, passim videmus uti Jurisconsultos, *ut in l. Si servum 33. supra Ad L. Aquil. l. 2. & 3. in fine De eo quod certo loco, d. l. 21. §. cum per venditorem, l. Pretia rerum 63. Ad L. Falcid.* 80 * Et hoc dupliciter; Primo large & indefinitè, ut complectatur quidquid ad nostram utilitatem pertinet, & quovis modo abest, ut comprehendat & rem principalem, & omnem causam & accessionem, sive productam ex re, sive extrinsecus emergentem; quo generali modo variis in locis accipitur pro eo, quod utile est, *l. 2. sup. De his qui sunt sui vel al. juris l. Eum qui l. 41. inf. De furtis & alib.* Secundo specialiter & respectivè ad differentiam rei seu debiti principalis, scilicet pro accessione extrinseca, ob damnum acceptum vel lucrum amissum, sive pro eo, quod extrinsecus decedit in damno emergente, lucroque cessante. Quo posteriori modo sumptum interesse spectat ad decisionem *d. l. unica*, in qua non comprehendi rem principalem, seu ejus pretium aut æstimationem, sed tantum damnum & lucrum, occasione culpæ vel moræ emergens aut cessans extrinsecus, præter rem principalem, clare patet ex verbis *d. l. unicæ*, quæ præter rem, ejusque æstimationem volunt exigi posse nomine interesse alterum tantum in casibus certis, in aliis quantum videbitur judici.

81 Paulus J. C. in *l. Si commissa 13. inf. Rem ratam haberi.* breviter & concinnè definit, Interesse, *quãtum mihi abest, quantumq́ue lucrari potui.* Unde Accurs. in *d. l. unica* Interesse definit damnum emergens & lucrum cessans; quem plerique sequuntur. Navarr. in *Comment. ad cau. Si fœnaveris 14. qu. 3. num. 4.* Alii aliter latius definiunt. Verum concinna est ista definitio, aptissima sensui Jurisconsulti & huic materiæ. Dividunt interesse varii variè. 82 * Sufficiet nobis hic, illud tantum ponere, quod vere abest, ex usu communi, non ex effectu singulari, secundum quem ponit Accurs. hic

casu, non concurrente facto venditoris: quod hic concurrit, ob defectum juris circa rem venditam, qui facit rem evinci, ut merito quod abest, licet casualiter, præstet, quod interfuit emptoris, & quidem propinquè & circa rem venditam, ita tamen, ut istud interesse nequaquam excedat alterum tantum pretii rei certæ, juxta moderationem *d. l. unica*, Molin. *hic qu. 6. n. 135 & seqq.*

90 Moveri hic quæstio posset, An parte rei evicta præstandum sit interesse totius rei, an vero pro rata partis evictæ? Exempli gratia, fundus venditus mille evincitur pro dimidia parte, emptor ex caussis certis prætendit interesse ad mille, an illi taxandum interesse ad mille, an vero ad quingenta pro valore partis evictæ? Pro posteriore parte facit primo regula in *l. Quæ de tota sup. De rei vindicat.* ex qua posset argumentum desumi, ut duplum, de quo in *d. l. unica*, sit intelligendum ad ratam simpli deficientis, deficit autem hic pro parte tantum. Secundo, quod stipulatio duplæ non committatur nisi ratione partis evictæ, *l. 1. l. Ex mille 64 sup. De evictionib.* III. Facit ratio, quod pœna non debeat excedere culpam, quæ tantum est circa partem rei, non etiam circa totam rem, ut ei etiam debeat aptari taxatio interesse, secundùm *d. l. unicam*, quæ alias duplum excederet. IV. Quod alias absurdum sequeretur, ex eo, quod altera parte posteà evicta non posset ejus nomine interesse peti. Possent pro parte illa & alia adduci argumenta. Nihilominus verius videtur, si aliàs legitimè intersit, interesse dirigendum esse ad totius rei pretium, ex fundamento *d. l. unicæ*, quæ vult interesse non excedere duplum rei principalis; quod isto casu non excedet, sed potius se ei conformabit, si partis tantum evictio caussarit interesse, in tantum ut pretio totius æquivaleat, aut etiam superet.

Ut non obstet argumentum tertium, quia

91 tum pœna non excedet culpam, sed ei adæquabitur: uti & nihil obstat, quod interesse sit accessorium; nam & hoc ipsum pœnam egredi constat ex *l. 1 sup. De act. empti.*

Non obstat primum argumentum, quia hic non habetur ratio proportionis ad partem, quo casu procedit regula in *d. l. Quæ de tota*, sed tantùm statuitur, ne interesse excedat principale, etiam in parte datum, quæ hac in materia non separatur a toto, sed habetur conjuncta cum eo.

Non obstat secundum, quia loca ista agunt de stipulatione duplæ, quæ non extenditur ultra duplum ejus, quod evincitur; videtur enim duplum stipulatus transegisse de futuro, eoque incerto interesse, hoc sensu, ut consequatur duplum ejus, quod evincetur. Aliud est in actione ad interesse, quæ refertur ad interesse totius, quod cùm & causset evictio partis, est & eo extendendum ad præstandum, ne alteri per alterū injuria inferatur.

Non obstat quartum; nam non est absurdum non agi ad interesse, quod non subest, cum antè sit præstitum, & tantum restet actio ad pretium istius partis, quod solum abest; nam licet pluris interesse possit, tamen quia semel consecutus est actor duplum, frustra ultrà agit. Quod si ob priores particulares evictiones non sit consecutus duplum, quod superest consequi potest, si pars evincatur, quæ ponit interesse vel perficit ad modum dupli totius. D. Mudæus *ad Tit De act. empt. cap. Ad quid committatur stipulatio n. 14.* Molin. *hic qu. 5. n. 104. & seqq.*

92 Quæri etiam posset, An vendita re infra dimidium justi pretii, veluti cùm valeat nongenta, vendita fuerit quadringentis, possit emptori competere actio ad interesse? Videtur emptorem non rectè imputare venditori ob rem evictam verum & commune rei pretium, quod alterum tantum excedit pretium datum, si ultra non intersit; quia cum possit per venditorem cogi illud ipsum pretium supplere, aut rem reddere, juxta *l. 2. C. De rescind. vend.* non rectè tamquam interesse sibi præstari petit. Quòd si verò interfuerit, ad hoc agere posse videtur, neque enim excusabit læsio ultra dimidium justi pretii, quo minus venditor istud interesse præstet computando non ad duplum veri & communis pretii, sed ejus quod datum est, uti supra dictum.

93 Major quæstio est, An interesse conventum, sive pœna conventionalis, quam partibus placuit solvi loco interesse, in casum defectus ejus, quod promissum dari aut fieri, contineatur sub taxatione *d. l. unicæ*? Res ista ambigua est, & super ea variæ opiniones fuerunt, ut videre est in *Gloss. d. l. unic. ad V. proferuntur.* & Rebuffo *ad d. l. unic.* Affirmativam tenet Molin. in *Tract. De eo quod interest qu. 10. num. 17.* Pro qua facit, quod conventionalis pœna sit loco interesse, cùm ideo apponatur, quia ejus quod interesse difficilis sit probatio, ut videtur ad dictæ *l. un.* moderationem restringi debere. Quò faciunt verba *d. l. unicæ*, quæ legales & conventionales pœnas sub istius legis moderatione & limitatione videntur claudere, illas quidem sub certo fine cujusque suæ legis, has vero sub competenti moderamine proferendo per judicem.

Uuuuu

dicem. Nam si verba, *cum competenti moderamine*, non referrentur ad pœnas conventionales, viderentur esse superflua, quod non est admittendum. Verum negantium opinio verior est, cùm *d. l. unica* loquatur de taxatione ejus quod interest, cujus quantitas est incerta, & proinde determinanda per judicem; in qua quia sæpè actor suam causam exaggerabat, oriebantur frequentes lites & difficultates, ut opus fuerit decisione Imp. ad earum compositionem. Aliter se res habet, quando partium conventione certa quantitas est expressa, licet duplum excedens, in quam sine alia ambiguitate condemnabitur reus, *c. 4. & cap. Per tuas* ꝟ. *De arbit.* Ut *d. l. unica* non habeat locum in hujusmodi conventione, atque ideo non extendenda eo illius decisio, cessante ejus ratione.

Nihil facit primum argumentum; nam ista pœna non est semper loco interesse, cùm etiamsi nihil intersit, apponatur tamen, *§ alteri Instit. De inutil. stipul.* in hoc tantum, ut servetur contractus; undè ibi rectè dicitur non inspici, an intersit, sed quæ quantitas sit in stipulatione. Dato tamen, quod sit loco interesse, non ideo ad duplum venit restringendum, cujus restrictio inducta est per legem in casu, quo per hominē non est facta, cujus provisio facit cessare provisionem legis.

94 Non facit secundum, scilicet quod Imp. *d. l. unica* dicat, eas tantum pœnas exigendas, quæ *cum competenti moderamine proferuntur*, cùm competens moderamen hic sit, quod inter partes convenit, *l. Stipulatio ista §. alter inf. De V. O.* Quo facit quod unusquisque sit rei suæ moderator & arbiter, & naturale sit voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi. Ita Azo *hic in Summa nu. 10.* Vel dicendum, verba illa, *cum moderamine competenti*, non esse referenda ad pœnas conventionales, siquidem in illis nullum sit moderamen ex officio judicis, cum certæ sint, & judicis sit condemnare reum in pœnam certam conventam; sed potiùs referenda ad pœnam à judice proferendam super casibus incertis, sic enim non erunt supervacanea, uti verba sequentia, *vel à legibus certo fine conclusa statuuntur*, referenda sunt ad casus certos, ne in iis duplum à lege statutum excedat ejus interesse. Nam cum de duobus istis agatur in *d. l. unica*, meritò verba ista ad duo illa tantum referenda sunt. Videatur Cujac. 16. *Observ c. 34. & 35. & in Recitat. C. De sponsalib. circa med.* Rebuffus *ad d. l. unic. nu. 33.* & D. Baert *ibid. nu. 106.* Donellus *Comm. l. 26. c 24.* Fachin. 1. *Controv. cap 50.*

Restat quærendum, An taxatio dupli in *d. l. unica* habeat locum in delictis? Quod voluit Accurs. *in d. l. unica. V. in omnibus casibus*, quatenus tamen versatur certa quantitas, vel res certæ naturæ, quem & alii sequuntur, per *l. fin. sup. De calumniatorib. & l. Dominus C. eod.* Verum contraria opinio, scilicet taxa[illegible]ne dupli non contineri delicta, rectè aliis placuit, ex eo, quod *d. l. unica* non loquatur nisi in contractibus, non etiam in delictis, quæ non tam continent casum certum, quam incertum, ut ad secundum potius membrum *d. l. unica* pertineant, quam ad primum. Facit ratio, quod delinquentium protervia sit comprimenda, nec iis debeat licere aliis gravius damnum dare sine plena restitutione: Videretur enim lex alias fovere delinquentes, & ad delinquendum eos provocare, spe minoris pœnæ, cùm legis potius beneficio sint indigni, *arg. l. auxilium sup. De minorib.* Non obstat *d. l. fin. & d. l. Dominus*, nam æstimatio dupli, de qua ibi, concernit tantum pretium servi accusati, quod præstat accusator domino, ob damnum, quod ex quæstione servi domino accedere posset; ut in duplum non sit referendum ad pœnam calumniæ, cum ultra istud etiam de calumniæ crimine separatim quæratur, secundum *d. l fin.* Videatur Molin. *hic quæst. 8. num. 154.* Fachin *d. lib. 1. cap. 49.* Costal. *ad l. 3. sup. De in litem jurando.*

96 Rectè etiam dicetur, in contractibus, & quasi, quando dolus malus intervenit, de quo vindicando agitur, non esse locum taxationi dupli, sed semper censeri casum incertum, moderandum secundum posteriorem *d. l. unica* partem. Ratio est, quod in maleficiis non jam ad rem certam præstandam sit actio, quam ad dolum maleficiūque vindicandum, quod tanti est, quanti damnum datum, sive quanti eas res est, adeo ut totum quod interest, etiam æstimationem excedens, ultra duplum veniat præstandum, *l. Proinde 22. & seq. sup. Ad L. Aquil.* Quæ sententia habet summam æquitatem, ne alias lex ista videatur fovere malitiam. Molin. *d. loco n. 155. 156.*

97 VII. Requiritur, sententia contineat absolutionem aut condemnationem. *l. 1. hoc t.* neque enim dici potest sententia, quæ non absolvit aut condemnat, quæ non liberat aut obligat, *l. 3. Cod. De sent. & interloc.* Uti nec dici potest sententiæ vim habere præceptum judicis, quo jusjurandum præstari mandat, non addendo, quid ex recusatione vel præstatione juramenti fieri oportet, *l. Cum judex 11. Cod. d. t.* Ubi non requiruntur verba formalia, sed sufficient æquipollentia.

Debet

98 Debet autem condemnatio aut absolutio concernere eum, qui judicio interfuit : unde in procuratorem, qui litem est contestatus, cum per contestationem fiat litis dominus, *cap.* 1 §. 1. *De procurat. in* 6. est ferenda, non etiam in dominum. *l.* 1. *Cod. de sent. & interloc.* quae videtur eam aliàs ponere nullam, quasi deficientem in aliquo substantiali, propter relationem ad personam, quae judicio non interfuit. Unde si per dominum fuerit lis contestata, licet postea substitutus fuerit procurator, ferenda tamen in dominum erit sententia, quia talis procurator non potest dici litis dominus. Cuiac. *in Com. Cod. d. t.* Verùm ut ita de jure civili obtineat, de jure tamen Canonico in utramque personam ferri sententia potest,

99 *c. Suscitata, ubi Gloss.* ¤ *De restit. spoliat.* ¤ Exceptâ causâ matrimoniali, electione, & aliâ spirituali ac criminali, in quibus causis in personam domini sententia ferenda, quòd minùs commodè in istis ferri possit in personam procuratoris. Abbas *in c. Querelam* 24. ¤ *De electionibus.*

100 Ferenda etiam sententia plena, quia judicium ita in partes scindi non potest, ut ea de re quae in judicium est deducta, partim judicetur, partim non judicetur; nam hoc si fiat, ne in ea quidem parte sententia valet, de qua est pronunciatum, *l. in hoc judicio* 17 *sup. Fam. ercisc.* Quod si tamen sint plura litis capita, rectè sententia de uno feretur, altero omisso *l. pen. C. d. t.* Imo & post sententia lata super pluribus rebus diversis valere in aliquib⁹, in aliis non valere, *l. Quadã* 41. *sup. Fam. ercisc.* quae sic non contradicit dictae *l.* 27, ut tradit Cuiac 23. *Observat. cap.* 1.

101 An pura esse debeat sententia, an & conditionem admittat, disputatur? Quod posset videri negandum, quia per illam quaestio proposita non determinatur, ut requiritur, sed judicium remanet in pendenti. Contrà tamen dicendum esse, videtur insinuare *l.* 1. §. *biduum inf. Quando appellan. sit.* ubi licet sententia non sit dicenda sub conditione, dicta tamen si fuerit, statim tempora appellationis dicuntur computari, ut, nisi ab eo appelletur, transitura sit in rem judicatam. Quod accipiendum de conditione, quae sine nova cognitione judicis potest evenire, aut purificari, veluti, *Si navis ex Asia venerit.* Quod non tantum procedit in conditione de praesenti aut praeterito, verum & de futuro, veluti *Absolvo te, si juraveris: condemno te in centum, quae si non solveris intra decem dies, condemno te ad manus amputationem*; quia potest purificari conditio sine nova cognitione. Quo facit *l. Cum judex* 11, *C. De sentent. & interloc.* * Quo modo etsi plerique

102 hanc conditionem, *Absolvo te, si probaveris intentionem tuam*, rectè adjici velint, & sententiam talem sustineri, Jas. in *Admonendi p.* 2. *num.* 43. *sup. De jurejur.* contra tamen verius est, quod non possit videri judex rectè officio functus, qui, cum ipse despicere debuerat, quid probatum sit, quid non, non potuit ad ulteriorem vel suam vel alterius cognitionem huius rei definitionem rejicere, cuius potestas intra illos fines est conclusa, quod liti finem imponere debuerat, *l.* 1. *h. tit.* neutiquam autem rejicere ad alterius litis veluti judicium. Alias ordo justitiae & solemnitatis judiciorum praepostetatur, cùm priùs liquere debeat id, de quo pronuntiatur; & praecedere causae cognitio. Quo facit, quod ita testatus, *Si testamentum facere possim, Titium instituo haeredem*, inutiliter restentur, quia de statu suo dubitet, qualis non testatur, *l. De statu* 15. *sup. Qui testam. fac. poss. l.* 1. *De lib.* 3. Cui rei similis est sententia ista. Quibus motus Castrensis talem sententiam dicit esse nullam, in *l. Continuus* 137. *in princ. inf. De verbor. oblig.* quem sequitur Alexand. *Consil.* 73. *n.* 12. *vol.* 3. Alios videre est apud Vantium *De nullitatib cap.* 13. *num.* 113. Non facit pro aliorum opinione *l. Ait Praetor* §. 1. *hoc tit.* ubi valet sententia; quâ pronuntiatum, *Quod ex testamento Maevii habes, restitue*, cum illa verba non contineant Conditionem aut Dubitationem; nam sunt pura, & affirmantia, ex testamento Maevii esse res penes reum. Latè Sermientus *l.* 1. *Select. Interpret. c.* 13 Fachin. 11. *Controvers. cap.* 16. *& seqq.*

103 Positis itaque jam dictis, erit sententiae suus vigor & effectus; qui primus est, sopire controversiam, saltem quoad instantiam, *cap.* 2. ¤ *De re judic.* neque enim omnino finita est controversia, cum per appellationem revocari possit. Nec obstat *l.* 1. *hoc tit.* in qua Modestinus rem dicit judicatam, quae finem controversiae accepit pronuntiatione judicis; neque enim accipienda, quasi post sententiam appellari non posset, sed quae finem accepit ex mente & proposito judicantis, quoad istud judicium. Ut ipse judex eam revocare aut mutare nequeat, *l. Quod jussu* 14. *hoc tit.* * Adeo ut, & si perperam

104 judicarit, non possit tamen ne quidem eodem die iterum judicare, *l. Cum quaerebatur* 62. *hoc tit.* functus enim semel officio suo, sive benè sive malè, *l. Iudex* 55. *hoc tit.* Quod praecedet non tantum quoad ipsum pronuntiantem, verum & ejus successorem, *l.* 1. *C. Sent. resc. non posse.*

Nihil faciente Principali rescripto, *l. fin. C. d. t.* neque prætextu novorum instrumentorum, *l. 4. C. De judic.* aut novis testibus, *Arg. l. in exercendis C. De fide instr.* Suam enim sententiæ conservari auctoritatem est è re publica. Neque refert exceptionem aliquam peremptoriam esse omissam, *l. 2. C. Sent. rescind. non posse*; proponenda enim illa erat ante sententiam, ut dicetur infrà de exceptionibus, non etiam post, cùm judex dictâ sententiâ in ea causa judex esse desinat, *d. l. 55.* Minoribus tamen salvum est beneficium restitutionis in integrum, *l. Præses 42. sup. De minor.* majoribus appellationis auxilium, *l. 1. C. d. t.* cuius omissionem sibi imputent.

Nec refert, sententia lata sit per judicem datum, an per Prætorem, Præsidem, aliumvé illustri dignitate prædium; nam & hic sententia dicta officio suo functus est, & judex esse desiit,

105 per quem solum potest retractari sententia. * Et hoc, si sententia fuerit rectè prolata & valida; nam ea, quæ non tenet, non potest dici rescindi. Quo modo in *l. 4. §. condemnatum h. tit.* dicitur, si sententia aliqua ratione sit nullius momenti, condemnationis verbum non tenere, atque ideo de integro posse causam cognosci, & quod optimum erit statui, *l. In sententiis 59 § fin. h. tit* quia non potest dici officio functus judex per sententiam nullam *l. 1. Cod. De sentent. & interlocut.* cuius nullitas opponi potest per annos 30. ad instar actionem personalium, *C. De præscript. 30. vel 40. annor.* uti plures tenent, quos citat Vantius *De nullitatib. c. 8. n. 8.* nisi per statuta loci vel Curiæ tempus aliud sit præscriptum, cuius lapsu cessat licentia opponendi nullitatem.

106 Quæri hic posset An sententia lata ex præsumptione possit retractari? Non est hic sermo de ea, quæ lata ex præsumptione juris & de jure; nam hæc cum non admittat probationem in contrarium, ut constat ex c. *Is qui fidem ꝟ De appellat. & probat.* Menoch. *lib. 1. De præsumpt cap. 60.* non est quod retractari possit: sed de ea, quæ juris est tantum. Ex qua sententiam latam retractari posse asserunt, Gloss. Bart. & DD. *in l. Si qui 54. per textum ibi Cod. De adulter.* Plures refert & sequitur Menoch. *d. l. 1. cap. 95. nu. 3. & 4.* ex ratione, quod, cum hæc non respuat probationem in contrarium, si postea per probationem propriam de veritate constiterit, ei debeat cedere præsumptio. Quæ ratio non videtur mihi ita efficax, cum sententia ex probationibus aut instrumentis lata, etiamsi contraria postea inveniantur veritatem indicantia, non semper retractetur, *l. 4. C. De re jud.* Ut possit videri idem dicendum de lata ex præsumptione tali, scilicet quæ sufficiens est ad ferendam sententiam, qualis est ea, quæ juris, quæ est loco probationis, ut tradit Alciat. *De præsumpt. part. 3. n. 33.* Nihil facit, *d. l. 54.* qua alii nituntur, cum tantum loquatur de eo, qui non est absolutus definitivè, sed tantum propter defectum probationum, ut vult ibi Glossa.

107 Est & quæstio, An retractari possit sententia lata ex arbitrio peritorum, si peritior secus censeat? Vult idipsum Jason in *l. Admonendi p. 2. n. 37. De jurejur.* ubi tradit, sententiam latam ex consilio sapientis numquam transire in rem judicatam, sed quandocumque retractari posse, si appareat consilium alterius Doctoris magis periti contrarium sentientis. Pro qua parte & alios allegat, & tenet idem Gail. *2. Obser. cap. 111. num. 18.* & Mynsing. *in c. 4. n. 23. ꝟ hoc tit. & Cent. 6. Observ. cap. 35.* Nituntur illo argumento, quod ex falsis instrumentis lata sententia retractetur, uti dictum supra, *hoc tit.* Posset tamen alicui magis probari sententia Panor. *in d. c. 4. n. 11.* contrarium tenentis, hac ratione, quod sic numquam daretur finis litium; posset enim semper aliquis occurrere, qui contrarium judici tamquam æquius persuadeat. Deinde sententiâ semel dictâ judex officio functus est. Nec facit argumentum sumptum à falsis instrumentis; nam id obtinet, quando falsum patet, hic autem non patet falsum esse prioris consilium, ex eo quod posterior contrarium insinuet. Vid. Pinel. *ad l. 2. C. De rescind. vend. p. 3. c. 4 n. 6.*

108 Quæ de sententia retractanda dicta sunt, accipi debent de definitiva; nam interlocutoriam revocare potest judex, qui eam tulit, *l. Quod jussit 14. h. t.* Cuj' ratio est, quod interlocutiones plerumq; non perimant causam *l. 1. C. De sent. & interl.* idq; eâ ratione, quòd, cum judicis sit jus partium conservare, ei quoque incumbat, si læsum sit per decretum suum, id ipsum mutare. Et hoc quoties ex re esse videbitur, & quamdiu res integra est; quia jus parti quæsitum, non est eripiendū. Ideo vero hanc magis potest revocare, quàm definitivam, quia judex manet. Quod accipiendum de tali interlocutoria, quæ non habeat vim definitivæ; nam habentem definitivæ vim mutare non potest ex eadem ratione, qua non mutat definitivam.

109 Judex itaque sententiam ritè dictam mutare nequit, nec quidquam eorum, quæ ad sententiam prius dictam pertinent. Ubi etiam non potest acta judicii, id est scripturas eorum, quæ in judicio acta sunt, circumducere, *l. Acta 45. h. t.* aut quidquam

quam iis adiicere, quia sic mutaret sententiam, quod legibus prohibitum. Licitum tamen judici, si obscura sit sententia, etiam interpretari, & explicare verba, etiam emendare, tenore sententiæ durante, *l. Actor.* 46. *h. t.* * Potest & supplere ea, quæ ad consequentiam sententiæ dictæ pertinent, eodem tamen die, *l. Paulus* 42. *h. t.* Quod accipiendum de accessionibus, ut usuris, fructibus, expensis, damnis, aliisque accessionibus, in quas rectè condemnat victum post sententiam, eodem tamen, uti dictum, die.

110

Usura est ad sortem, sive quantitatem, quæ debetur, accessio, vel ex conventione, vel ex officio judicis, ut in judiciis bonæ fidei ratione moræ, qua de re latè tractatur supra de usuris. Ut autem debeantur in his judiciis ante rem judicatam usuræ ex mora, si tamen in condemnationem non fuerint deductæ, exigi nequeunt, *l.* 4. *C. Depositi.* Unde movetur dubium in *l. fin. h. t.* ubi negotiorum gestor condemnatus simul & in usuras, (quod licet ibi non exprimatur, ratio tamen exigit) appellavit; & negotium diu tractum sive tractatum, ut alii legunt. Appellatio postea injusta est pronuntiata, non facta mentione usurarum; quæritur, an judicati actione usuræ medii temporis peti possint? Respondet Scævola peti posse utili actione, quod verba quidem desint, non etiam mens relata ad priorem sententiam.

111

Fructus sunt, quod ex re nascitur. Eorum divisionem suprà proposuimus, *ad tit. De acq. rer. dom.* hic satis est admonuisse, alios venire officio judicis, alios jure actionis: illos peti non posse, nisi sententiâ contineantur, quorum omissio sententiam non vitiat, quamvis post eam actio non supersit, qua petantur. Neque enim cognoscit judex, nisi super iis, quæ in judicio versantur; atq; ita super fructibus natis ante litem inchoatam non cognoscit, nisi nominatim petantur, *l. Ædiles* 25 §. 8. *sup. De ædil. edicto.* Aliud est in natis tempore litis pendentis, quod videantur in judicio versari unà cum re, *l. Pactum* 10. *sup De usur.* ut ex officio in eos judex condemnare debeat, *l. Ex diverso* 38. §. 1 *sup. De rei vind.* * Quantû ad eos, qui veniunt jure actionis, ut in hæreditatis petitione, cuius sunt augmentum, *l. Illud* 40. §. 1. *sup. De hær. pet.* eos peti non est necesse, cum intelligantur periti cum hæreditate, & cum ea adjudicati censeantur & restituendi, *l. Item veniunt* 20. §. *simili modo d. tit. hær. pet.* Si per conventionem principaliter debeantur, licet sint omissi, peti tamen possunt nova instantia, cum per se debeantur. Ubi ex nuperrimo Serenis. Principum Edicto anni 1611. *art.* 23. in fructuum restitutione non sequenda summa æstimatio, sed communis.

112

113

Debet & judex de expensis litis pronuntiare, id est, vel ab earum præstatione absolvere, vel in eam condemnare, *l. pen. C. De fructib. & litium expens.* si tamen petantur. Petitæ censentur non tantum si expressè petantur, sed & si generatim, veluti *Peto administrari justitiam omni meliori modo*; videtur enim pars super accessoriis implorasse officiû judicis. Mynf. *Cent.* 4. *obs.* 55 Gail, 1. *obs.* c. 151 *n* 21. Potest autem judex in eas condemnare, licet parte non petente, *d. l. Ædiles* §. *item sciendum* 8. *De adil. edicto,* saltem quoad eas, quæ post judicium acceptum acciderunt; incumbunt enim judici, eum versentur in judicio, Gail. *d. loco.* * Si mihi pronuntiaverit judex super expensarum præstatione, earum nomine nulla erit actio victori, cum censeantur compensatæ, *l.* 3. *C. d. t.* nisi quod eodem die supplere ei liceat accessionum condemnationem, uti dictum, inter quas & computantur expensæ. Omissa autem earum condemnatione, non est ea de causa victori jus appellandi, *l. fin. Cod. Quando provoc. non est necesse*, cum judex eo nomine teneatur victori, *l. Properandum* 13. §. *fin. Cod. De judic.*

114

115

Damnati autem solet victus in expensas, si temerè litigasse arguantur: cuius argui non potest justam litigandi causam habens: quod accidit interdum propter causæ obscuritatem & probabilem juris ignorantiam, vel incertitudinem, causatam, ex discrepantibus Doctorum sententiis, quæ res judicis providentiæ & religioni relinquitur. Culpa victi nulla apparente, onus expensarum remitti æquum est: uti & remittitur absenti ex causa justa. Prohibita tamen nuperrimo Edicto iam relato, *art.* 9. compensatio expensarum, in quas condemnari voluerunt Principes succumbentes, nisi magna causa aliud suaserit.

116

Condemnatio ista expensarum locum habet non tantum in causâ civili, sed & criminali, si procedatur per viam accusationis, sive denuntiationis, sive inquisitionis, *l Qui crimen Cod. de his qui accus. non poss.* Quod non tantum procedit in parte, verum & in judice malè inquirente, qui parti læsæ ad expensas tenetur, *arg. l. Severiter* 14. *Cod De excus tutor,* æquum enim est, ut expensas is luat, qui iis iniustè causam dedit, Gail. 1. *Obs. c.* 152. *n.* 1. * ubi *n.* 4. vult appellantem condemnatum in expensas teneri indistinctè, *Gloss. in c. finem V. Expensas circa fin.* ¦. *De dolo & contumel.* eo quod videatur non habuisse justam litigandi causam, qui iterato succumbit: quæ res tamen

117

118

tamen etiam moderationem habere posset, juxta circumstantias.

119 Appellatum quoque, etiamsi in prima instantia fuerit victor, in secunda vero succumbat, in expensas condemnandum non tantum posterioris, sed & prioris instantiæ, tenet Capella Tholos. *decis.* 223. si nimirum ex iisdem actis res judicetur. Quod mirum, cum præsumatur justam causam litigandi habere, qui semel superavit, ut ratione sit conforme magis judicis arbitrio res ista committatur, isque inspiciat, an iustam causam litigandi habuerit Gail. *d. loco num.* 5. Vid. Barbos. *ad l. Quem temere* 79. *in princ n.* 108. *& seq. De jud.* Guido Papa *qu.* 137. & 437. *nu.* 50

120 Quæsierit hic aliquis, An Advocatus in propria causa victor expensas eas repetat, quas fecisset si aliena opera usus fuisset? Non posse eas exigere commune esse notat Boërius *Decis.* 210. *n.* 5. ex eo, quod nihil illi absit. Idem tenet Jason in *l. Properandum* 13. §. *sin autem alterutra n.* 14 *C. De judiciis*, ubi tradit victorem, qui Advocarum gratis habuit, non posse expensas repetere, quod nullas fecerit; nisi tamen in remunerationem beneficii Advocatus operam præstiterit gratis, quia non est omnino ista gratia, Boër. *d. loco n.* 5. Quod dictum, Advocatum non repetere expensas in propria causa, accipiendum cum moderamine, nisi per litem impeditus fuerit aliis operam suam commodare, qua de causa interesse patitur in lucro amisso, Jason *d loco*, Gail. *d. lib.* 1. *c.* 151. *n.* 16. Mynf. *Cent.* 1. *Obs.* 2. Menoch 2. *Arbitr. casu* 154. *n.* 5. *&* 6. Barbosa *d. loco nu.* 261. *& seqq.*

121 Q. An patronus pauperis, cui gratis patrocinium præstare jubetur, ut tradit Gail. *d. lib.* 1. *cap.* 43. & Covarr. *Pract. Quæst. cap.* 6. *n.* 4. si pauper superior fuerit, possit victo diviti imputare expensas, aut ab eo exigere salarium? Quod videtur dicendum, cum ratio remissionis salarii cesset in divite victo, cuius malitiæ non debet patrocinari, quod ex singulari pietatis causa statutum est in causa pauperis.

122 Expensas itaque refundit victus: nisi privilegium eum excuset, *l. fin. Cod. De fructibus & lit. expens.* uti fiscum, quem volunt gratis litigare: qui tamen non exiget expensas à victo, licet non habente simile privilegium, *d. l. fin* ex regula, quod juris in alium statuimus, eodem etiam uti, *sup. Quod quisque jur. in alium &c.*

123 *Non venit autem victus condemnandus in omnes expensas, sed necessarias tantum veluti factas circa litis instructionem, causæ prosecutionem, in Advocatos, Procuratores, *c. fin.* ※ *De dolo & contum,* pro examine testium, sportulis judicium, executorum, viatico, detracto tamen eo, quod domi quis consumpturus erat; pro sumptibus factis in Notarios pro conficiendis instrumentis, & aliis similibus ad causam spectantibus. Expensæ voluptariæ fusius splendidiusque factæ in considerationem non veniunt, nec repetuntur, *arg. l. Debet sup. De ædilit. edicto*, ne pars victa plus æquo gravetur. Æstimandæ autem expensæ juramento delato parti per judicem, *Nov. De judic.* 82 §. *oportet.*

124 Condemnare itaque debet judex in expensas, vel una cum sententia, vel eodem die supplere, uti dictum. Quod si in expensas quidem condemnaverit, non tamen eas taxaverit, quandocumque postea taxare poterit: neque enim hoc est contra *l. Paulus* 42. *hoc t.* quæ tantum vult, eodem die judicem supplere posse expensarum condemnationem; de taxatione autem nihil loquitur.

125 Præter expensas veniunt & damna restituenda, quæ ratione litis temere motæ passus est, ipse victor. qua in re judicis est considerare personarum qualitatem; veluti si persona fuerit, quæ victum diurno labore in sui suorumque sustentationem quærebat, à quo quia vacare coactus causa litis, meritò damnum istud, uti aliud simile, ab adversario ei refundendum.

126 *Differt hoc damnum ab expensis litis, ut ex eo patet, quod juramentum super damnis acceptis non repetendis emissum non extendatur ad expensas litis, quas jurans non obstante juramento nihilominus repetit, *c. pen.* ※ *De injur.* Accipiendum enim juramentum strictè, ut quam minimum noceat juranti: unde vulgatis Practicorum formula sigillatim damna, expensas, & interesse petendi. Vid Gail. 1. *Observ.* 151. & D. Gudelin. 4. *De jure noviss. c.* 13.

127 Secundus effectus est, quod omnia præsumantur legitime acta, *c. Sicut in fine* ※ *h. t.* & pro sententia præsumatur, *c. In præsentia* ※ *De elect.* & quod, ubi transiit in rē judicatā sententia, lapsu scilicet decem dierum, intra quos non est appellatum habeatur pro veritate, *l. Res judicata* 107. *inf. De R. I.* eiusq; sit tanta auctoritas, ut ei standum sit, citra instaurationem *l. pen. C. De re jud.*

128 *Faciatque jus inter partes, inter quas lata, iisque solis emolumentum aut præjudicium afferat, secundū Rubricam *C. Res inter alios acta &c* & expresse rescriptum est, *l.* 2. *Cod. Quib. res judicata non noc.* sive causa sit civilis, sive criminalis, *l. pen. Cod. d. t. l.* 2. *Cod. De fide instrument.* Unde contra debitorem pronuntiatum non nocere creditori, responsum est in *l.* 3 *sup. de pig.* etiamsi negotiū, quod alī habet, sit simile omnino ei, super quo dicta sentētia,

l. fin.

l.fin.C.Quib.res judic.non noc. si judicio non interfuerit, nec mandaverit, nec ratum habuerit, *l.1.&*

129 *2. Cod.d.t.* * Sic & lata contra unum hæredum alteri non nocebit, non obstante, quod cum cohærede agi sciverit, neque enim ideo minus alteri sua defensio est integra *l.Sæpe 63. in pr. vers.nam scientibus, h.t.* aut sine præjudicio rerum judicatarũ minus agere potest, *l.1.C.d.t.* Cujus ratio est, quod alteri per alterum non debeat inferri iniqua conditio, neque alter alterius facto prægravandus; cum non sit satis, eamdem quæstionem aut causam agi, si personæ sint mutatæ, quæ faciunt aliam rem videri, & alteri personæ possit esse alia defensio, *l.Cum quæritur 12. cum 2. seqq. l. Si cum uno 22. inf. De except. rei judic.* Posset tamen ea res inducere contra alterum hæredum aliquam præsumptionem, per quam judex posset reddi propensior, aliis concurrentibus, ad eum condemnandum; quo modo fortè accipienda, *l. 5. inf. De appellationib.* Qualis autem & quanta sit ista præsumptio, relinquitur arbitrio judicantis. Covarr. *Pract. quæst. cap. 13. num.4.*

130 Quæ regula patitur exceptionem. I. Quando jus unius pendet à jure ejus, qui egit, quo sublato tollitur & jus posterioris. Exemplum est in *l. Papinianus 8. §. si ex causa sup. De inoffic. testam.* ubi si ex causa inofficiosi pronuntiatum fuerit contra testamentum, nec fuit provocatum, præjudicatum est legatariis, qui legata ex testamento rescisso non petent. Quod & habet *l 3. sup. De pignor.** Ubi si contra institutum hæredem pronuntiatum fuerit pro legitimo, sententia ea nocet legatis & libertatibus, quod aliter valere non possint, quam si testamentũ sit ratum: nisi contra hæredem aut non agentem causam, aut collusoriè agentem, sit pronuntiatum, tunc enim ut aliis maneat jus salvum suadet ratio, *arg.l Si per imprudentiam & l. Si ideo De evict.* Collal. *ad l. Si de communi 19. sup. Si servit. vindic.*

131 II. Quando is, cujus sunt primæ defensionis rei controversiæ partes, patitur sequentem agere: veluti si creditor patiatur debitorem agere super proprietate pignoris, maritus socerum aut uxorem super dote, emptor venditorem super re empta; victo enim debitore, socero, uxore, venditore, lapsus & sua causa creditor, maritus em-

132 pto, *l. Sæpe 63. h. t.* * Ubi in *versic. veluti si*, rectè legitur, *si creditor experiri passus sit debitorem*, uti habet lectio Florentina jam recepta, ut tradit Cujac. *11. Obser. c. 15.* cum vulgo malè legatur, *si debitor.* Ratio est, quod creditori non sit jus agendi de proprietate pignoris, cui tantum est jus pignoris, sed debitoris sit agere de proprietate. Confirmat istam lectionem, quod postea sequitur, *Qui priorem dominum defendere causam patitur;* dominus autem est debitor, non creditor. Confirmant & eandem lectionem exempla sequentia, quæ loquuntur in casu, quo jus ab alio habens patitur primo eum agere; habet autem jus creditor à debitore, uti maritus à socero aut uxore, possessor à venditore, Covarr, *d. c. 13. n. 6. & 7.* Causa illius est, quod permittens alterum in casu prædicto agere videatur judicato consentire, *d. l. 63. & c. penult. in hoc tit.* Quæ ut procedant, necesse est primo illi, cui fit præjudicium, prima competat defensio, uti in casibus propositis. Secundo sciat causam agi & patiatur, secundum *d. l. 63. vers. scientibus*; nam si ignoret nullum generatur præjudicium, quod non possit videri approbasse judicatum, cum è diverso ille, qui scit, videatur consentire, ut causa per alium tractetur in sui etiam præjudicium. Tertiò, tractetur de jure & dominio litigantis, à quo velut ab auctore constat jus ejus, cui prima est defensio. Covarr. *d. n. 7. versic ex quibus dam.* Molin. *ad Consuet. Paris. tit. 1. §. 45. nu. 18. & 19.* Hinc patet, quid dicendum, si præsens creditor aut alius protestetur, se non consentire; nam cum protestatio ista removeat consensum, non potest protestans dici pati rem per alium agi magis quam ignorans. Quod si creditor super pignore agat, non nocere eam rem debitori ex eo patet, quod debitori non fit causa à creditore. Idem est socero, uxore, venditore, in quorum præjudicium non tendit res acta per maritum aut venditorem, ex eadem ratione.

133 Quæritur hic. An sententia contra libertum lata præjudicet patrono? Verius est, non præjudicare, secundum jam dicta, cum liberto competat prima defensio suæ libertatis, in cujus est possessione, non item patrono, à quo libertus caussam habet, non è contra. Unde non obtinebit prædicta regula, collecta ex *d. l. Sæpe*, neque oberit sententia patrono, cum factum aliorum alteri obesse nequeat, si caussa ab eo non habeatur. Nec obstat *d.l.Sæpe in vers. Nam & si libertus*; nam agitur ibi de patrono, qui defendit libertum, uti patet ex verbo, *intervenerit*, id est defenderit, cui ideo sententia contra libertum nocet. Covarr. *d. cap. 13. n. 9.* Zal. *ad d l. Sæpe & 1. Singul. Intellect. 27.* quem sequitur Molin. *d loco n. 20 & seqq.*

134 Q. II. An lata contra institutum aut electum obstet instituenti aut eligentibus? Et similiter dicendum est, non obstare, eo quod jus collatoris aut

aut eligentium non pendeat ab instituto aut electo, quibus proinde præjudicari nequit. Est & contra præsentantem sententia lata dicenda non præjudicare præsentato aut electo, tum quia actio super jure eligendi, præsentandi, aut simili, non competit electo, præsentato, instituto, sed ipsis eligentibus, præsentantibus, instituentibus, tum quia non possunt hi impediri ab illis, quo minus super suo jure agant, & litem suam persequantur. Itaque nec hic casus recte aptatur casui *d. l. Sæpe & d. c. penult.* Facit, quod justum & canonicum titulum instituti vel electi salvet possessio juris præsentandi, instituendi, eligendi penes præsentantes, instituentes, eligentes, Covarr. *Practicar. quæst. cap.* 14. *num.* 1. *&* 2.

135 Q. III. An sententia lata in Vasallum domino sive patrono præjudicet? Præjudicare vult Zasius *De feudis p.* 9. verum rectius dicendum, non obesse, quia desit tertium requisitum, cum à Vasallo non dependeat jus domini. Similiter sententia lata contra usufructuarium non nocet proprietario, ex dicta ratione, Everard, *cons.* 2. *num.* 9. uti nec noceat contra colonum lata ipsi domino. * Sed an

136 contra patronum aut proprietarium lata noceat vasallo aut fructuario, alia est quæstio. Quod videri possit, ex eo, quod his sit causa à patrono vel domino. Dicendum tamen, non obesse, quod utriusque principaliter intersit, & diversa sit causa domini, diversa vasalli ac fructuarii, ut lata in una causa sententia non trahatur ad alteram. Ex qua ratione & sententia contra subditum in juribus superioritatis & dominicis nō nocet domino, nec è diverso contra dominum subditis. Abbas in *c. Cum super* 17. *nu.* 6. 16. *&* 17. *h. t.* Molin. *d. loco num.* 22. *& pluribus seqq.*

137 Tertius effectus est, quod, absoluto reo, detur illi exceptio rei judicatæ, de qua infra libro XLIV. condemnato vero actori fit actio judicati, per quam cogat reum condemnatum solvere id, in quod condemnatus, *l.* 4. 5. *ait Prætor hoc tit.*

138 Ubi disputatur, An per litis contestationem aut sententiam tollatur prior actio? Quod ad reum attinet, quin illi absoluto tantum competat exceptio rei judicatæ, certum est, ut non possit non dici manere priorem actionem. Tantum quæstio est quoad actorem, an ex ejus parte inducatur novatio? Quantum ad contestationem, cum per eam nulla nova inducatur actio, consequens est, ut vetus salva maneat. Quo facit, quod judicio agens tantum absit, ut velit à priore actione recedere, ut maximè studeat eam salvam habere, & judicio persequi quod ea actione debetur, qui alias agere non posset.

139 Quæritur vero, An ex parte actoris obtentâ sententiâ, fiat novatio prioris actionis transfusæ in actionem judicati? Et negat Accurs. *ad l. final. Cod. De usuris rei judic. ad V. si enim novatur*, quem Bart. & alii sequuntur. Movetur *l. Grege* 3. *§. etiam sup. De pignoribus.* ubi post judicatum manet creditori salva hypotheca: & *l. Græce §. an ergo inf. De fidejussoribus*, ubi manet fidejussor obligatus; cum si novatio induceretur, hypothecæ & pignora non manerent salva, *l. Novatione* 18. *inf. De novation.* Facit, quod, ut inducatur novatio, requiratur id ipsum expressum, ut habet Constitutio Justiniani in *l. final. Cod. De novat.* Verius tamen, fieri novationem, & priorem actionem transfundi in actionem judicati, si ita actori expediat: quod non obscure significatur in *l. Aliam* 29. *inf. De novat.* ubi ait J. C. aliam esse novationem voluntariam, aliam necessariam, quæ inducitur per judicium acceptum; non potest autem aliqua induci nisi circa actionem priorem. Expressè id ipsum asserit Justin. in *d. l. fin.* in verbis, *si enim novatur actione judicati prior contractus*; ubi & ideò dicit usuras ex priori contractu debitas amplius non currere.

Nihil facit pro Accursio *d. l. Grege*; neque enim ideo salva manent pignora, quia non fit novatio, sed quia hypothecaria actio suas habet conditiones, id est, exceptiones, si soluta pecunia, si satisfactum est. Quod & dicendum ad *d. l. Græce §. an ergo*; nam novatio, quæ contingit, tantum concernit priorem actionem, ex qua amplius non agitur, non etiam ut pignora & fidejussiones liberentur. Nihil faciente *d. l.* 18. *De novat.* quia loquitur de novatione voluntaria, per quam contingit omnium eorū liberatio; de qua & agit *d. l. fin. C. De novationib.* non etiam de necessaria, cui non est tanta vis. Videatur Donellus 16. *Comment. cap.* 20. *versic. Atque hæc de voluntaria*, & Ant. Faber *Conject. lib.* 16. *c.* 14.

140 Itaque pro reo sententia lata dat illi exceptionem rei judicatæ, pro actore vero dat actionem judicati, competentem illi, pro quo judicatum, sive sit dominus litis, sive procurator in rem suam datus; sive singularis persona, sive etiam universitas. Competit & hæredi ejus, pro quo judicatum, *l.* 6. *in fine hoc tit.* cum sit una cum illo persona. Datur & pupillo, & minori, quorum tutor & curator in caussa eos concernente fuit superior, *l.* 1. *Cod. De administ. tut.* * Contra eum qui con-

141 demna-

demnatus est, sive per se, sive per procuratorem, *l. 4. hoc tit.* cujus factum dominus tenetur habere ratum. Nisi sit procurator in rem suam datus, aut qui liti se obtulit, tunc enim in ipsum datur, *d. l. 4. in princip.* Quod & dicendum, si fuerit falsus procurator, cujus factum neutiquam obligat dominum, si ratum non habuerit, *l. Licet 56. sup. De judic.* Datur & contra pupillum & minorem, cujus tutor est condemnatus, *l. 2. in princ. sup. De administ. tutor.* quod ejus causa agatur. Non aliter tamen cum pupillo agetur, quam si infantiam excesserit: alias in tutorem agetur, uti & in curatorem furiosi, durante tamen officio, quo defuncti conveniri amplius non possunt, *l. 5. Quando ex facto tutoris vel curat.* ubi mortuo furioso non curator, sed ejus hæres dicitur teneri; nisi per novationem in tutorem aut curatorem obligatio sit transfusa, *d. l. 5.* Quod & obtinet in curatoribus Reipub. *l. 3. inf. De administ. rer. civitat.* Datur & contra patrem in casu, quo filius ex causa peculii est condemnatus idque quasi ex contractu, quia per litis contestationem quasi contraxisse intelligitur, *l. 3. §. idem scribit sup. De peculio, ubi* Costal.

142 Venit in hanc actionem id, quod condemnatio habet, *l. 4. §. ait Prætor h. t.* etiamsi post rem judicatam res inter moras perierit, *l. 7. C. De execut. rei jud.* nam si intra tempora judicati res fato perierit, non imputatur reo, qui non debuit rem indefensam relinquere propter metum interitus, *l. Illud 40. sup. De hær. petit.* Non obstante *l. Sed etsi 15. §. si ante sup. eod. tit.* loquitur enim de fructibus, ad quos tenetur possessor continuo post litem inchoatam. * Plures si fuerint condemnati,

143 non in solidum quilibet, sed pro virili tantum parte ex causa judicati convenietur, etiam cæteri non sint solvendo, *l. 2. C. Si plures una sent. condem. sint,* & revera singula in solidum fuerint obligati eâ ratione, quod per judicatum prioris obligationes fiat novatio. Cujac. in *Paratit. C. d. tit.* nisi sententia singulos in solidum condemnare, aut quod ab uno haberi non posset, id per alios suppleri voluerit, *l. 7. Cod. d. tit.* Quod & obtinet, si agatur de re individua; neque enim interpretamur judicem dividere voluisse, quod dividi non potest, *l. Ea quæ 192. De R. I.*

144 Frustra autem actio est judicati, nisi executioni manderur sententia. Mandari posse per ordinarium judicem, qui eam tulit, non est dubium, sive is sit Præses provinciæ, sive alius, *l. 2. & 3. C. De execut. rei jud.* A judice dato executio fieri nequit, cum illi tantum sit cognitio commissa, non etiam executio, ut illâ peractâ dicatur functus officio, quod satis percipitur ex *l. A divo Pio 1. in princ. h. t.* ubi judicum datorum sententia exequuntur, qui eos dederunt. * Aliud dicendum

145 in delegato Principis, aut Pontificis, qui cum ipse jurisdictionem habeat (potest enim judicem dare, *l. A judice C. De judic.*) & sit loco ordinarii, sententiam suam per se exequi poterit. Quo facit, quod possit cogere ordinarium exequi sententiã à se datam, *c. Pastoralis 28. ꝫ De offic. deleg.* ut ipse magis suam exequi possit. Facit & quod commissâ caussâ censeantur omnia commissa, quæ ad eam pertinent, *c. 5. ꝫ d. tit. l. 2. sup. De jurisdict.* Expresse illam sentiam adstruit *c. Quærenti 26. ꝫ De offic. delegati.*

146 Possunt & sententiam exequi, quibus executio est commissa: committi autem eam posse patet ex *d. c. Pastoralis §. quia vero.* Solere autem magistratus non per se ipsos, sed per alios sententias suas exequi tradit Faber *5. Conject. cap. 16.* veluti per suos Officiales, qui Executores dicuntur in *l. 6. Cod. De execut. rei judicata.*

147 Faciendâ executio, captis pignoribus, quæ distrahentur, si mora fiat in solvendo per reum, & pretium cedet ipsi creditori, *d. l. A divo Pio 15. §. 1. & seqq.* In distractione habenda est ratio debitoris, an fiat in rebus, in quibus ei minus præjudicium. * Quomodo primum facienda in re-

148 bus mobilibus, *d. §. 2.* Quæ si non sufficiant, tum veniendum ad res immobiles; nisi mobiles, quæ non inveniunt emptorem, addicantur pro debito creditori qui ultra non aget, *d. l. 15. §. si pignora.* In rebus immobilibus, quæcumque commodiores visæ fuerint ad executionem promptius expediendam, primo capientur. Cavendum tamen, ne res magni pretii pro exiguo pretio distrahatur. Quod si ex pacto sive ambitione diversæ partis emptorem non inveniant, mittetur in possessionem actor, *l. 3. C. De Execut. rei judic.* Si res distractæ non sufficiant, vel res soli nullæ sint, ad jura pervenietur, sive nomina, *d. §. 2.* Ubi executor conveniet eum, qui debet, & exiget, quod debet, convertetque in causam judicati: quin & vendere nomen potest, *d. l. 15. §. item quid dicemus.*

149 Annonæ & stipendia militum non capiuntur, *l. 4. C. De execut. rei judic.* ne contra publicam utilitatem cogantur deserere militiam. Præmia athletarum capi in causam judicati non tam prohibitum, quam admissum, quod iis non subsit eadem ratio, *l. Commodis 40. h. t.*

150 * Prædictus capiendi & distrahendi pignora ordo, cum sit inductus in gratiam debitorum,

non potest mutari ipsis invitis per judicem, ad petitionem creditorum, *d. l. 15. §. 2*, ubi Bart. & alii tenent ordinem illum non usque adeo necessariũ esse, quin actus, eo non servato, sit aliquis, & non nullus; quod & consuetudo observat, relinquiturque arbitrio ipsius condemnati, designet res, quas distrahi velit.

151 Ubi quæritur, An executio ista per tertium possit impediri? Quod videtur dicendum, si de jure suo in continenti probare possit, *d. l. 15. § si rerum*, ubi cognitio summatim facienda dicitur, ne executio alteri sit damnosa: nisi tamen appareat de calumnia, cum non sit deferendum calumnioso. Covarr. *Pract. quæst. c. 5.* * Videtur &

152 tertius contradictor opponere se posse coram mero executore dato, *d. §. si rerum*: ubi J. C. videtur executori deferre, ut summatim super exceptione cognoscat, ne executio fiat in bonis alienis, & per executorem alicui inferatur injuria. Covarr. *d. loco in fine*, Duarenus *ad. d. §. si rerum.* Vide Menoch. 1. *Arbitrar. qq. c. 38.*

153 Habent dicta de modo executionis locum in personalibus, non tamen continuò à lata sententia, cùm tempus reo ad solvendum sit concessum, & olim quidem mensis sive triginta dies ex L. XII. Tabb. qui justi appellabantur. Cujac. 3. *Obs. cap. 39.* Postea duo menses sunt dati, ac denique quatuor præstituti, antequam ad pignora vendenda procedatur, *l. fin. C. d. tit. l. 2. C. De usuris rei jud.*

154 qui videntur petendi. *l. penult. De judic.* * Prosunt hi non tantum reo, verùm & ejus fidejussori, ne aliàs principali sint inutiles, *l. fin. in fine C. De usur. rei jud.* quibus lapsis, si in solutione hæreat reus, tenebitur exinde actori ad usuras centesimas, *l. 1. & 3. C. d. tit.* ipsius scilicet sortis, non etiam ad usuras usurarum in sortem redactarum, quas Justinianus sustulit, rejecto anatocismo, qui est usura usuræ in sortem redactæ. *l. fin. C. De usur.* In realibus sententia continuo executioni mandatur. Si tamen in iis petatur dilatio sine frustratione, concedi ea à judice potest, sub cautione fidejussoria, si intra tempus datum non restituerit, §. 1. *Inst. De officio judicis* Alias si frustratoriè reus videatur inducias petere, res, quæ penes eum est, manu militari statim auferri potest, *l. Qui restituere 68. sup. De rei vindicat.*

155 Hæc ita, si bona sufficiant: quæ si aut nulla sint, aut non sufficiant judicato, secundum L. XII. Tabb. reus carceri mancipatur, *l. 1. in fine C. Qui bonis ced. poss.* ubi si ex suo non habeat, unde alatur, alimenta illi modica ab actore sunt subministranda. Cujac. *d. loco.* Erat & eadem lege concessa actori venditio rei non satisfacientis. Imo si plures essent creditores, in partes corpus debitoris secari poterat, cujus rei ordinem latè tractat Gellius *lib. 20. Noct. Attic. c. 1.* ubi scribit idipsum propter immanitatem numquam observatum fuisse. Carceris hanc pœnam evitare debitores possunt, bonis cedendo, qua de re infrà *Tit. 3.* * Est & aliquibus privilegium, quo carceris metu sunt exempti, uti mulieribus honestè vi-

156 ventibus, *Nov. Ut nulli judicum 134 §. necessarium*, ubi Justinianus ne quidem ob crimen gravissimum vult mulierem carceri mancipari, sed potius in monasterium aut asceterium mitti, aut mulieribus committi, donec caussa manifestetur. Verum non videtur hodie ita servari. Videtur & privilegium competere tum Medicis tum Jurisconsultis & Professoribus, per *l. Medicos Cod. De Profess. & Medicis lib. 12.* qua de re latè tractat Brunus *De cessione bonor. 4 quæst. princip. q. 10.* Clericis idem competere patet ex *c. 3. X De solutionib.* ubi Clericus conventus, si solvendo non est, satisfacit dando idoneam cautionem de satisfaciendo, ubi ad pinguiorem fortunam devenerit; ex ratione, ne avocetur à divinis. Quod ipsum ad Nobiles trahunt, ut carceres ex causa debiti civilis non metuant, Jason *ad l. Miles 6. n. 4. hoc tit.* Gomez *ad L. 79. Tauri nu. 1.* Verum ut ita habeant aliquorum locorum leges, non tamen invenitur lex communis.

157 Ubi quæri solet, An huic privilegio renunciari possit? De Clericis res est minus dubia, cùm videatur istud privilegium concessum toti Clero, ne opprobrium ei cedat: nihil obstante *l. penult. C. De pactis*, quia accipienda de privilegio singulari, non concesso toti Clero. De nobilibus magis dubitatur: & Gomez *d. loco n. 3.* nihil faciente renuntiatione etiam jurata, negat nobilem carcerari posse, idque ratione privilegii competentis toti nobilitati, cui irrogaretur injuria per unius incarcerationem. Sed contrariũ verius est, cum ejusmodi privilegium non tam concernat jus publicum, quàm privatum singulorum, neque tangat unius incarceratio alios, ut rectè tradit Barbosa *ad l. Alia 15. §. eleganter nu. 13. & seqq. sup. Soluto matrim.* secundum quam sententiam judicatum esse testatur Covarr. in c. *Quamvis De pactis in 6. p. 2. in princ. nu. 5. per d. l. penult.* quæ admittit renuntiationem privilegii competentis ex militari cingulo.

158 Facit & competentiæ beneficium executionem non esse suum effectum, quia facit non posse aliquem excuti ultrà, quam facere potest, id est qua-

quatenus commodè solvere potest, tertento tantò bonorum, ne egeat. * Cuiusmodi privilegium est marito convento super restitutione dotis ab uxore, cui non venit condemnandus ultra, quam facere potest, *l. Maritum* 12. *sup. Soluto matrim.* Ratio est in reverentia, quam marito debet uxor, cui non congruit virum ita ab uxore arctari, ut ne quidem alimenta salva habeat, sed respondet potius, tantum ei relinquatur, ex quo possit habere debitum vitæ subsidium, cum decenti honestate secundum statum suum, ut istud beneficium dicatur æquissimum *l. 1. Cod. De rei uxoriæ act.* quatenus tamen ipsa mulier non eget, quia in pari causa potior esset, secundum regulam in *l. Præses C. De servitutib.* aut maritus non desierit facto suo facere posse, sua scilicet dilapidando in fraudem uxoris, *l. Etiam* 18. §. 1. *Soluto matrim.* Quod ita in persona obtinet mariti, cessat autem in hærede, *d. l. Maritum*. * eo quod beneficium istud sit personale, *l. Quia tale* 13. *versic.* 4. *Soluto matrim.* personalia autem extinguantur cum persona, *l. In omnibus* 68. *inf. De R. I.* Ut nihil faciat regula, quod hæres sit eadem cum defuncto persona, quia procedit in juribus & actionibus, quæ non extinguuntur cum persona. * Excipiuntur filii hæredes patri, *d. l. Etiam* 18. ex eodem tamen matrimonio procreati; nam ex alia uxore extantes privilegium contra novercam dotem repetentem frustrà prætendent. Loquitur autem lex de filiis, ut tantum istud privilegium videatur competere liberis primi gradus, quos complectitur nomen filiorum, quod non extenditur ad nepotes in privilegiis, *arg. l. Sed & milites* 8. *sup. De excusat. tutor.* * Fidejussori etiam non competit, quia est alia persona à marito, ut in eo habeat locum ratio beneficii, *l. Etsi* 25. *sup. De re judic.* licet competat defensori, *l. Alia* 15. *sup. Soluto matrim.* Ratio diversitatis est, quod defensor conveniatur eadem actione, qua maritus tenetur, & proinde quasi eius loco surrogatus eodem modo venit condemnandus: fidejussor vero venit nomine proprio. * Est & idem beneficium, ex æquitatis ratione, tributum mulieri, si contra eam agat maritus, *l. Non tantum* 20. *hoc tit.* quod sit quasi socia, *l. Ex diverso* 17. §. 1. *sub Soluto matrim.* Ipsum & socero juris est quem nurus ad restitutionem dotis non urgebit, si facere non possit, *l. Rei judicatæ* 15. *in fine soluto matrim.* quem nec gener exequetur pro dotis solutione ultra quam facere potest. & hoc stante matrimonio, *l. Sicut* 21. & 22. *hoc tit.* quia parentis loco est. *l. Quia parentis* 16. *Soluto matrim.*

159

160

161

162

163

164 Est & idem privilegium parenti, patrono, eiusque liberis, *l. Patronus* 17 *h. t.* quos reverentia non fert à libertis aut libertis excuti ultrà quam facere possunt. Idem & in socio juris, *l. Sunt qui* 16. *h. t.* quod societas contineat aliquod jus fraternitatis, non ferens rigidam & inclementem unius per alterum exactionem; & hoc, si sint socii omnium bonorum, *d. l.* 16. *in fine.* Ubi nec respondet liberalitati donatoris eum per donatarium excuti ultra, quam facere potest, *l. Nesennius* 41. *in fine hoc tit.* Est item militi hoc beneficium, ob causam publicam, *l. Miles* 6. *l. Item miles* 18. *hoc. tit.* Concedendum & Clerico, *c.* 3. *x De solutionibus.*

165 Hæc de sententia definitiva. Restat quid videre de interlocutoria; quam diximus supra *eod. nu* 2. esse pronuntiationem judicis super aliquo incidenti articulo in exordio mediove litis interpositam, principale negotium plerumque non finientem, *l.* 7. & 9. *Cod. De sent. & interloc.* cum spectat ad litis præparationem & promotionem, corrigibilis ab eodem judice, qui adhuc judex manet, nisi tamen executioni sit mandatum, *l. Quod jussu* 14. *h. t.* Ad hanc non requiritur, ut ex scripto proferatur. * Alia est mera & simplex interlocutoria, per quam non finitur judicis officium, nec definitur aliquis articulus substantialis, eaque nec absolutio nec condemnatio ad aliquid dandum vel faciendum continetur. Bart. *ad l.* 14 *nu.* 9. *h. t.* veluti si jubeat judex litigatores Calendis Martii adesse, *l. Quantum* 19. *sup. De recept. arbit.* si præcipiat instrumenta proferri. Alia est habens vim definitivæ, per quam non definitur quidem causa principalis, per indirectum tamen tangitur, & definitur articulus, qui ad definitivam spectat, præcipuè quando post eam non expectatur alia sententia, ut finitum sit judicis officium. Ejus ordinis est absolutio ab observatione judicii, pronuntiatum juratum esse non debere, conventum esse de non petendo. Similiter si pronuntietur appellatio esse deserta. Habet & interlocutio super beneficio competentiæ vim definitivæ, quia non spectatur alia sententia, cum judex eo ipso, quo pronuntiat, omnem jurisdictionem à se abdicet, Gail. 1. *Observ. c.* 130. Hinc est, quod ab hac posteriori licitum sit appellare, non etiam ab illo priore, nisi contineat gravamen, quod reparari nequit per definitivam, qua de re latius infrà de appellationibus.

166

TITULUS II.

De Confessis.

SUMMARIUM.

1. *Confessio quid & quotuplex.*
2. *Confessum habetur pro judicato.*
3. *Confessus de se, non interrogandus de socio.*
4. *Confessio debet fieri parte præsente, & ex certa causa.*
6. *Error quatenus excuset confitentem.*
5. *Facienda super re principali.*
7. *Confessio procuratoris an præjudicet domino.*
8. *Confessio nocet confitenti.*
9. *Confessio an tota acceptanda à parte?*
10. *Pars confessorum quando acceptari possit?*
11. *Confessio acceptata an revocari possit?*
12. *Geminatio an impediat revocari confessionem?*
13. *Ad confessionem an necessaria sententia.*
14. *In criminali negotio semper sententia requiritur.*
15. *Confessio extrajudicialis qualiter probet.*
16. *Confessio liberatoria quid operetur.*
17. *Geminata an plene probet?*
18. *Confessio à defuncto facta quid operetur.*
19. *Professio debiti per defunctum an obsit hæredibus.*
20. *Confessio talis jurata quatenus obliget hæredem.*
21. *Confessio spectans restitutionem ablatorum etiam non jurata servanda est.*
22. *Confessio defuncti non præjudicat creditoribus.*
23. *Ut neque confessio mariti asserentis dotem cautam sibi numeratam.*

DE jure communi hic Tit. non inconcinnè præcedit materiam probationum, quòd non alia probanda veniant actori, quam quæ negavit reus. Quod autem hoc in libro postponatur judicato, est, quia confessus pro judicato habetur.

1 * Confessio vocatur qualiscumque contra se pronuntiatio, Cuiac. *Cod. hoc tit.* vocat eam contra se judicationem. Alia est Judicialis, quæ fit in judicio sive jure, & coram Magistratu aut judice, alia est Extrajudicialis, quæ fit extra judicium.

2 * Illius effectus est, quod confessa habeantur pro veritate quoad ipsum confitentem, eumque faciant haberi pro judicato, l. 1. *C. hoc tit. c.* 2. X. *eod* quasi damnatum suâ sententiâ, *l.* 1. & 3. *hoc tit.* quod nemo præsumatur contra se confiteri. Dico, quoad confitentem; quia alii per alium non præjudicatur confitendo, *l. Non debet* 74. *inf. De R. I.* nisi causam à confitente habeat.

3 * Hinc socius criminis de se confessus super aliorum conscientiis non interrogandus, nisi in crimine excepto, veluti majestatis, *cap.* 1. X. *hoc tit.* Nec confessus audiendus super aliis, quòd res ea periculo non vacet, cum posset aliquis alienam salutem in dubium deducere, de sua desperans, *l. fin. C. de. accus.* Si tamen socius infamia laboret, iniungenda est illi purgatio, *d. c.* 1. *in fine.* Et hoc quoad confessionem judicialem, factam coram judice competenti; nam alias tantum haberetur extrajudicialis, quæ non probat plenè.

4 Ut autem confessio vim obtineat rei judicatæ, oportet in primis fiat præsente adversario, eiusve procuratore, *l* 6. § *si quis absente hoc tit.* quia ut judicatum non tenet nisi inter præsentes, ita nec confessio, *l. De unoquoque* 47. *sup. De re jud.* Volunt tamen etiam factam absente parte effectum suum habere, si ab aliquo absentis nomine acceptetur, præcipuè publica persona, & abiens postea etiam ratam habeat. Felin. *in c. Si cautio n.* 37. X. *De fide instrum.* Oportet & fiat ex certa causa, quia alias non videretur facta ex certa scientia, sed potius ex abrupto. Fel. *d. l n.* 10. Sit profecta à maiore XXV. annis, sanæ mentis. Minori læso salva est restitutio, *d l.* 6 §. *penult.* Eius, qui mente caret, confessio nulla est, ut & pupilli citra auctoritatem tutoris. Sit & ipsa certa; judicatum enim debet esse certum, unde urgendus reus, ut certum confiteatur.

5 * Absit error, cum non fateatur, qui errat saltem in facto, *l.* 2. *h. t.* Nihil faciente juramento, quod sequitur naturam actus. Error juris non videtur excusare confitentem, *d. l.* 2. cum non sit justus, secundum ea, quæ traduntur *tit* D. & *Cod. De juris & facti ignor.* saltem quoad lucrum captandum; aliud in damno vitando.

6 * Sit denique super re principali, non etiam super uno articulo ex pluribus, quos solet actor ponere, ut explicat Gl, in *c.* 1. *eod. in* 6. neque enim levatur actor ab onere probandi, nisi quoad ea, quæ confessus est reus.

7 De confessione procuratoris, an ea domino præjudicet, quæri posset? Quod non videtur, ne alteri per alterum adferatur iniqua conditio. Attamen in contrarium esse videtur textus in *c.* 2. *eod in* 6. ubi procurator jussus respondere à judice, si contumax non compareat, aut non responderit, habetur pro confesso in domini præjudicium.

Et

Et hoc in casu, quo habet speciale mandatum, quia alias mandati fines egrederetur; aut etiam in casu, quo dominus sciens procuratoris confessionem non revocat, videtur enim eam approbare. Posset in eam partem adduci *l. si sine* 9. §. *defensor sup. De interrogationib. in jure fac.* ubi defensor confitendo non adfert praejudicium ei, quem defendit: verum textus iste de defensore loquitur, qui mandatum non habet. Magis ad rem facit, *l. Certum* 6. §. *sed an hoc tit.* ubi non sufficit procuratores, tutores, confiteri, eâ ratione, quod viderentur donare aut perdere rem domini. Atque hoc volunt communiter, quando voluntariè confitetur procurator; si vero per viam contentiosæ jurisdictionis, dicunt communiter præjudicari domino per confessionem procuratoris, quod ex necessitate officii debeat respondere ad exhibitas partis adversæ positiones. Pro qua sententia est *c. fin.* ꝟ *hoc tit.* ubi confessio oeconomi nocet si ante finitum negotium non doceatur error. Eodem facit, quod sententia contra procuratorem lata noceat domino, ut & ejusdem contumacia adferat domino præjudicium, si sciens eam non purgaverit. Ita plerique.

8 Nocet itaque confessio confitenti, ut eam revocare nequeat: nisi tamen subsit error, qui probatus facit eam revocari posse, cum fateri dici nequeat, qui erravit, *l. 2. h. t.* ut revocatio prosit revocanti. Quam etiam in continenti revocari posse, non probato errore, vult Jason in *l. Error nu.* 9. *Cod. De juris & facti ignor.* antequam tamen talis confessio redigatur in scriptis, quia postea probandus est error; quod omninò procedit ante acceptationem partis.

9 Ubi quæri posset, An necesse sit pars totam acceptet confessionem, an vero & partem tantum acceptare valeat? Quod non videtur, ex ratione, quod circa eumdem actum non admittatur divisio, & in omni materia totum acceptari debeat, aut reprobari, *arg. l. Neminem* 4. *sup. De leg.* 2. Quod & dicendum, si confessio fuerit qualificata & informata sive extensa ad plura, quæ simul cohærent & connexa sunt, quæque uno &

10 eodem tempore potuerunt simul contingere. * Quod si separata sint capitula, nihil implicat partem confessorum acceptare, partem rejicere, secundum elegantem doctrinam Bartoli in *l. Aurelius* §. *fin. sup. De liberat. legata*, Quod & dicetur obtinere, si sit quidem connexum capitulum, cui tamen juris præsumptio obstet. Unde in casu, quo quis confitetur se occidisse in sui defensionem, potest adversarius acceptare confessionem quoad primam partem, scilicet reum occidisse rejectâ qualitate, in sui defensionem, quod jus contra reum præsumat cui proinde incumbit onus probandi adjectam qualitatem. Covarr. 1. *Var. Resol. cap.* 2. *num.* 10. Maranta *p.* 6. *tit.* 4. *De confess. num.* 27.

11 Alia hic quæstio movetur, An confessio acceptata revocari possit? Quod negandum videtur, cum per acceptationem jus quæsitum adversario non debeat invito eripi, præcipuè si intervallum intercesserit & geminata fuerit confessio, quia geminatio facit eam præsumi fuisse deliberatam, ut ne quidem prætextu erroris aut falsitatis eam revocari posse velit Lud Romanus *Cons.* 134. *per l. Odiosas Cod. De plus petitionibus.*

12 * Posset tamen videri nihil impedire geminationem, quin revocari possit, probato errore, quem geminatio non excludit: & quamvis faciat præsumi pro confessione, ea tamen præsumptio tantum est juris, non etiam juris & de jure, non excludens probationem in contrarium. Quo facit, quod pacta etiam geminata non producant actionem, ut traditur in materia pactorum, cum geminatio non faciat cessare levitatem. Et hoc, sive confessio sit ipsius partis, sive Advocati ejus, procuratorisvé, ne quis non debitor aut innocens tamquam debitor aut nocens damnetur. Quo pertinet, quod Ant. Gabrielius 1. *Com. Opin. tit. De confessis concl.* 5. velit æquius esse; revocari posse confessionem deliberatè factam, si de errore probetur; imò & juratam, citra metum perjurii, cum qui erat perjurus, dici nequeat. *can. Homines XXII. qu.* 2. Jason. *in d. l. Error. num.* 29.

Hæc de judiciali confessione, cujus effectum diximus esse, quod faciat confitentem haberi pro judicato, id est confessionem habere vim judicati *l. 1 h. t.* ut nullæ dicantur esse partes judicantis in confessum, *l. Proinde* 24. *in fin. sup. ad L. Aquil.*

13 An ergò non requiretur sententia? Quòd attinet ad extrajudicialem confessionem, & quando agitur de planò, non opus est sententia, quæ tantum dirimit id, quod in judicium est deductum: unde sufficit præceptum judicis, ut præstetur id, quod confessione continetur intra tempus quatuor mensium, ad instar judicati *l. 6. in fin. h. t.* Judicialem confessionem indigere sententia verius est: secundum *l. 3. & 8. h. t.* Judicium enim semel cœptum sententiâ est dirimendum, & Judex superre, de qua cognovit, pronuntiare debet, *l. De qua re* 74. *sup. de re jud.* Nec facit, quod confessus pro judicato habeatur; hoc enim ideo

tantum, quia non est opus probatione aut ulteriori inquisitione, quod nemo censeatur temerè contra se confiteri. Ubi nec obstat, quod dicitur, nullas esse judicantis partes in confitentem, cum hoc non excludat condemnationem, juxta *d. l. 3. & 5.* * Et hoc ita in civili negotio; nam in criminali sententia necessaria est, sive praecedat confessionem, sive sequatur. *l. 5. inf. De custod. reor.* cum ad poenam etiam ipso jure inflictam nemo teneatur ante sententiam, ex receptissima opinione. Ubi advertendum Judici, non omnes confessiones reorum habendas esse pro exploratis facinoribus, si nulla alia probatio religionem cognoscentis instruat; *l. 1. § divus inf. De quaestionibus*, posset enim confessio potius vitae taedio aut desperatione quadam esse emissa, quam conscientiâ criminis. *d. l. 1. §. Si quis ultro.*

14

15 Ad extrajudicialem quod attinet, ei non adest vis plenae probationis, ut non faciat haberi pro judicato confitentem, *l. 1. C. h. t.* quia non praesumatur facta deliberatè. Semiplenae tamen probationis loco communiter haberi volunt si coram parte facta ab ea accepterur, qua de re videatur Gabriel. *d. loco concl. 2. & Mascard. De probat. vol. 1. concl. 346.* Absente parte factas nullas habet vires.

16 Ubi quaeri posset, An liberatoria confessio quid operetur, parte absente? Et non videtur plenè operari probationem, cum non sit nisi extrajudicialis, cui non adest vis plenae probationis, etiamsi per duos testes probetur, cum testes non faciant eam esse judicialem, aut habere majorem vim, sed tantum probent emissam. Praeterea hujusmodi confessio continet speciem quandam donationis, quae non est firma, priusquam acceptata fuerit, ut traditum est suprà de donationibus; ante enim liberum est promittenti donationem revocare, Ant. Thessaurus *decis. 209.* Si tamen talis confessio facta fuerit coram quinque testibus, videtur effectum habitura, *l. Testium 19. C. De testib. juncta Nov. De testib. 90. §. 2.* Jure Canonico probatam testibus duobus confessionem praejudicare vult confitenti. Covarr. *ad c. Quamvis p. 2. §. 4. nu. 1.* quasi eo jure alteri per alterum acquiri possit, quae res est dubia.

17 Quaesitum & illud, An geminata confessio plenè probet? Volunt hoc plerique, dari & actionem ex ea produci, ut videre est apud Gabriel. *d. tit De confessis concl. 3.* & Marant. *p. 6. De confessis n. 14* propterea quod ejusmodi geminatio faciat eam esse ad instar judicialis. Moventur argumento *l. Si mulier 22. Cod. Ad S. C. Vellejan.* ubi mulier post biennium iterato cavens non utitur Vellejano. Pro quibus & facit textus in *l. Odiosas Cod. De plus petitionib.* atque ita tradit Jason in *l. Sed si 11. § si cum nu. 4. sup. De jurejur.* Posset tamen contrarium alicui videri, argumento desumpto à pactis nudis, quae geminata non producunt actionem, quod geminatio non faciat cessare levitatem: ut & hoc in casu geminatio non debeat esse loco plenae probationis, & actionem producere, cum nullibi hoc jure probetur, & loco allegata in alio casu loquantur, scilicet quo quis confessioni suae vult contravenire, aut contra eam exceptionem proponere, idque ibi certis requisitis. Ita ut soli geminationi dari nequeat ut quis ex ea conveniatur; praecipuè cum geminata confessio nihil plus juris contineat, quam prima confessio. Verum communis opinio habet eam validam, quae in praxi videtur sequenda.

18 De confessione facta à defuncto in testamento aut existente in articulo mortis, an quid operetur, & in quem, quaeri etiam posset. Ubi dicendum, si liberationem debiti eidem soluti concernat, facere eam contra haeredem. *l. 4. C. De falsa causa adiecta leg.* quod ad liberandum leges sint proniores, nec quis praesumatur temerè quid in sui praejudicium asserere, praecipue existens in vitae discrimine, in quo praesumuntur omnia sincere agi. Quod & obtinet, si dominus vulneratus purgaverit officium servorum, cum non conveniat eos vocare ad poenam, quos absolvit dominus, qui non potest temerè videri eos absolvisse, *l. 2. sup. Ad S. C. Sila.*

19 Professio debiti per defunctum non videtur obesse haeredibus, si de causa debiti non appareat, *l. Lucius 93. § 1. De legat. 3.* ubi qui cavit Sempronio reddi centum aureos, quos mutuo acceperat, non obligat haeredem, si causa non pareat. Responsum tamen ibidem, tamquam fideicommissum sustineri, si non probetur error, & ferat verborum series, *l. Aurelius §. penult. & fin. sup. De liberat. legata*: quo modo & ista confessio revocari potest per testatorem, cum non habeat firmum esse ante eius mortem, secundum tradita suprà, *tit. De adim. legatis.* * Quod si tamen testator talem confessionem juramento confirmaverit, aut etiam se jurasse affirmaverit, servanda illa erit, *l. Cum quis 37. §. codicillis De legat. 3.* propter jurisjurandi religionem, *l. Cum pater 77. filius De legat. 2.* cui non facilè obtinendum per haeredem. Nisi ista viâ contingat gravari legitimam, cui ut non potest expressè per testatorem gravamen apponi, ita nec tacitè, si causa

20

si causa aliunde non probetur, cum ejusmodi confessio etiam jurata sit instar fideicommissi, quod non tenet in fraudem legis. Alex. *Cons* 37. *lib.* 5. Quo modo & confessus se debere non capaci, aut personæ prohibitæ, non obligat hæredem. Præses Everardi *Cons.* 173. *nu.* 22. quia in fraudem legis ne quidem jurata promissio servanda. * Si confessio spectet restitutionem malè ablatorum, in exonerationem conscientiæ, etiam non jurata servanda est, nec revocari potest; nam talia & in damnum hæredis, etiam fisci, sunt restituenda, quod aliena habeantur. Tiraq. *De privilegiis piæ caussæ privil.* 117. Maranta *d. loco nu.* 16. Covarr. 3. *Var. Resol c.* 3. *num.* 9.

22 Quod ad creditores attinet, non solet iis præjudicare confessio defuncti, etiam in extremis facta, non obstante, quod nemo censeatur immemor salutis suæ, aut temerè tum temporis quid effutire, cum nulli erit datur in præjudicium tertii, *l. Verba Cod. De testib. & d. l.* 37. §. *Titia penult.*

23 * Sic nec sustinetur confessio mariti, in præjudicium creditorum, asserentis dotem cautam esse sibi numeratam, si aliter non constiterit dotem verè numeratam esse, quia talis confessio habetur loco legati, *l. Lucius* 93. §. 1. *De leg.* 3. quod non est potius ære alieno, imo illi cedit, aut etiam loco donationis inter conjuges, quæ morte demum confirmatur, *l. Donationes* 25. *C. De donat. inter vir. & uxor.* confirmari autem nequit in præjudicium veri debiti.

TITULUS III.

De Cessione bonorum.

SUMMARIUM.

1. *Ratio inducendi beneficium cessionis.*
2. *Cessio hæc quo modo facienda.*
3. *Cedere bonis permissum etiam iis, qui jurarunt se soluturos.*
4. *Item filiusfam.*
5. *Excommunicatis.*
6. *Cessio ex quibus caussis fieri possit.*
7. *Non est necessaria militi.*
8. *Neque Clerico, nisi cedere velit.*
9. *Liberat à carcere, cedensque conveniri nequit, nisi in quantum facere potest.*
10. *Cessionis effectus non prodest fidejussori.*
11. *Cedens oportet infortunio quodam sit lapsus bonis.*
12. *Negans se debitorem, & postea convictus, non privatur hoc beneficio.*
13. *Bona omnia creditoribus cedere debet.*
14. *Vi ne quidem alimenta sibi reservit.*
15. *Vestis tamen ei relinquenda.*
16. *Feuda, emphyteusim, usumfructum, & bona fideicommisso subjecta cedere non cogitur.*
17. *An renuntiari huic beneficio possit?*
18. *An jurata renuntiatio teneat?*
19. *Cessio non irrogat infamiam.*
20. *Ritus cedendi hodiernis moribus receptus.*
21. *Cedens an liberetur ab excurrenti debito solvendo facto?*
22. *Cessio non est circa ignominiam.*
23. *Induciæ quinquennales dantur debitori de consensu creditorum.*
24. *Quibus datis cedere nihilominus bonis potest.*
25. *Induciæ hujusmodi an excludant à cessionis beneficio.*
26. *Creditorum pars major remittit partem debiti.*

QUod dictum supra Tit. 2. reum non existentem solvendo carceri mancipari posse ex L. XII. Tab. exceptionem patitur in casu, quo bonis cedere est paratus. Est enim ex commiseratione inductum remedium extraordinarium cessionis bonorum per legem Juliam, *l.* 4. *C. Qui bonis cedere poss.* per quam bona omnia creditoribus cessa licentia est iis distrahendi, ut ex eorum pretio, quatenus fieri potest, singulis satisfiat.

2 * Cessio hæc non solemniter, ut olim in more fuisse videtur, est facienda, sed sufficit nuda professio, & sola vox, *l.* 6. *C. d. t.* etiam ejus, qui non est conventus, cum & extra judicium fiat cessio, *arg. l. penult. & fin. h. t. & d. t.* 6. Satis enim est, quod non sit solvendo debitor.

3 Cedere permissum est omnibus debitoribus, qui bonis suis sunt lapsi, aut tantum in bonis non habent, quo satisfaciant debitè æri alieno: adeo ut ne quidem iis denegetur, qui jurarunt se debitum soluturos, neque enim his propter tale juramentum flebile, hoc est, miserabile (ut vocatur in *l. penult. & final. Cod hoc tit.*) beneficium est denegandum. Nam licet virtute juramenti præcisè sint observanda promissa, hoc tamen ita intelligendum, quatenus impossibile est ei, qui juravit, præstare promissum in specie, cum juramentum non liget ad possibile. Quo in casu tutius aliqui judicant, si absolutio à juramento priùs impetretur, quam facilè dabit impossibilitas.

*Est

4 *Est hæc cessio necessaria etiam filiisfamilias quoad ea bona, quæ patri non quæruntur, aut etjam quæ filius voluntate patris possidet, imo etsi nihil in censu suo habeat, quia non minus removenda ab eo est injuria, de qua suprà, scil. incarcerationis, *l. penult. C. d tit.* Prodest etiam hoc beneficium universitati, veluti Collegio, Ecclesiæ, ut tradit Menoch. 2. *Arbitrar. quæst casu* 183. *nu.* 13. * Non obstabit excommunicatio, quo minus quis bonis cedat, ex eo, quod res ea spectet ad defensionem sui, quæ est permissa jure naturæ, aut saltem aliquam sui exonerationem.

5

6 Habet autem locum cessio in debito ex causa civili, non etiam ex causa criminali, in qua obtinet regula. Qui non habet in ære luat in pelle, & hoc, ne delicta maneant impunita. Clarus §. *fin. quæst.* 95 *nu.* 5. In causa debiti fiscalis ad cessionem negat admitti debitorem, Covarr 2. *Var Resolut. cap.* 1. *nu.* 4. *per l. Nemo Cod.* 1. *de exactorib. tribut. l.* 10. quæ lex loquitur de iis in carcerem ducendis, qui tributa solvere nolunt, ut possit videri non accipienda de iis, qui per infortunium solvere non possunt debita fiscalia.

7 Non est autem omnibus necessaria ista cessio. Non militi, quia cum conveniri non possit ultra, quàm facere potest. *l.* 6. *sup. tit.* 1. ex ratione, ne cogatur deserere militiam, bonis cedere non cogitur. * Quod beneficium & Clerico indulgendum videtur, qui executionem non patitur ultrà, quàm facere potest, ut colligitur ex *c. Odoardus* ... *De solut.* ex ratione, ne avocetur à divinis. Si tamen cedere velit, non videtur impediendus, *arg. l. penult. Cod. hoc tit.* ubi mulier potest bonis cedere, licet in carcerem detrudi nequeat propter debitum civile, *Auth. Sed hodie Cod. De Advocatis divers. judicum* Non est etiam necessaria hæc cessio aliis quibus est competentiæ beneficium, veluti marito, qui non convenitur in plus, quàm facere potest, ab uxore; uti nec socer à nuru, pater à filio, donator à donatario, socius à socio, ut dictum supra *tit.* 1. *num.* 158. *& seqq.*

8

9 Cessionis effectus prior est, quod à carceris metu sit liber cedens, & carceri inclusus ab eo sit dimittendus; est enim cessio ad hunc effectum potissimùm inventa, *l.* 1 *C. h. t.* Alter est, quod in posterum à creditoribus suis conveniri nequeat in plus, quam facere potest; etsi ad pinguiorem fortunam pervenerit, id est retento semper tanto, unde pro qualitate decenter se alat, uti satis colligitur ex *l. Qui bonis* 6. *h. t.* ubi dicitur, à Prætore æstimandum esse, ex quantitate ejus, quod postea quæsit cedens, dummodo si quid misericordiæ causâ illi sit relictum, puta menstruum aut annuũ alimentorum nomine, propter hoc iterato bona non vendantur, quod non sit fraudandus quotidianis alimentis. Colligitur etiam idem ex *l.* 7. *hoc tit.* ubi non alias rursus distrahenda bona debitoris, quæ semel venierunt, quam si tales sint facultates illi acquisitæ, quibus Prætor moveri posset. Habenda itaque ratio quantitatis rei posteà acquisitæ, id est pretii, quod pro re haberi potest, non etiam formæ exterioris sive qualitatis, quæ speciosa quidem, non tamen habet respondentem quantitatem, quæ modica pro ea offertur. Quo modo si res sit talis, ex qua vendita alere se posset cedens, & præterea quid supersit, vendenda ea est, & quod superest inter creditores distribuendum, *d l.* 6. Barbosa *ad l. Maritum* 13. *nu.* 15. *& seqq. soluto matrim.* Unde patet, per cessionem non liberari cedentem à debito excurrente; sive inspicias jus civile, sive naturale; neque enim ille effectus ullibi invenitur attributus cessioni, cum debeat debitori sufficere liberatio à metu carceris, & quod in posterum non possit in plus conveniri, quam facere potest, *d. l.* 1. *Cod. hoc tit.*

10 Prodest autem iste effectus ipsi cedenti, non etiam fidejussori ejus, siquidem hoc beneficium, sit personale, causatum ex inopia debitoris, quæ non est eadem in fidejussore. Deinde personalis exceptio non solet egredi personam, cui concessa, *l.* 7. *& l. Omnes* 19. *inf. De except.* Facit, quod alias fidejussio nullius foret effectus, cum accipiatur in casum, quo contigerit deficere principalem, *l. Etsi* 24. *supra De re judicata.* Ubi nihil facit, quo minus continuò à facta cessione exequatur fidejussor, quod principalis possit venire ad pinguiorem fortunam; quia hoc in casu positum est, ideoque incertum, nec differenda excussio fidejussoris in detrimentum creditorum, quibus satis est, principalem non esse solvendo. Nec rectè quis objecerit, sublato principali tolli accessorium; quia hic non est sublatum principale, cum, secundum dicta, maneat obligatus principalis & civiliter & naturaliter, quod executi non possit, sit tantum propter commiserationem.

11 Ut autem effectus istos consequatur cedens, oportet infortunio quodam bonis sit lapsus; in eo enim solo habet locum dicta commiseratio, & ratio reddita in §. *final. institut. De actionib.* quod scilicet inhumanum sit, spoliatum fortunis suis in solidum iterum damnari. Unde decoctori minime competet, cum non sit dignus commiseratio-

ratione, qui suâ turpitudine caussavit sibi inopiam. Cujus ordinis etiam est bona in fraudem creditorum dissipans, aut alienans, *l. Si quis dolo 55. sup. De re judic. l. final. §. fin. inf. De his qua in fraud. credit.* Similiter qui dolosè cum creditore suo versatus est, utpote sciens se non fore solvendo, *arg. l. penult. sup. De jure dot.* neque enim æquum est ex proprio dolo relevari, vel præmium reportare, *l. Verum 64. § hoc quoque sup. Pro socio.* Neque maleficium debet caussare beneficium, sed eo casu qui non habet in ære, luere debet in pelle, uti antè dictum. Quibus adde eum, qui spe & animo cedendi contraxit, ne lex videatur fovere malitiam. 12 * Qui negavit se debitorem, & postea convictus ac condemnatus, non ideo privatur hoc beneficio, cum mendacio ista pœna hoc casu non inveniatur imposita, neque post sententiam denegetur cessio, ut patet ex *l. 1. Cod. hoc tit.* cui non opponitur, sed potius executioni.

13 Secundo requiritur, ut cesserit creditoribus omnia bona, quæ tum temporis habuit: alioquin debitor tantùm indicans bonorum partem, & partem celans, indignus redditur hoc beneficio, siquidem ex malignitate & dolo celans partem, non satisfecerit legi requirenti omnium cessionem, *Gloss. in l. penult. hoc tit. & in l. 1. Cod. eod* Error aut bona fides faciet non perdi hoc beneficium: quod etiam non perdetur, si res modica non sit demonstrata, ut tradit Franc. Vivius *in Commun. opinion. vers. Debitor cessionis.*

14 Ubi quæsitum, An ita omnibus sit cedendum, ut ne quidem alimenta necessaria liceat reservare? Quod videtur dicendum, licet aliquibus contradicentibus, cùm alimenta tantùm concedantur in casu, quo post factam cessionem fortuna melior 15 arriserit, *l. Qui bonis 6. h. t.* * Vestem tamen quotidianam relinqui vult ratio humanitatis, ne nudus incedat, *arg. l. fin. inf. De bonis damn.* ubi ista relinquitur damnatis. Covarr. 2. *Var. Resol. cap. 1. n. 5.* Hæc in re Carolus V. harum Provinciarum olim Princeps, statuit cedenti bonis unum lectum cum suis ornamentis, item ex singulis rebus mobilibus non pretiosis unam dumtaxat miserationis gratiâ relinquendam esse, Peckius *De jure sistendi cap. 45. nu. 19.*

16 Feuda, usumfructum, emphytheusim, cedere creditoribus non cogitur debitor, quibus tamen horum commoditates in satisfactionem debiti pro tempore vitæ debitoris cedunt, *arg. l. Necessario 8. in fine sup. De peric. & commodo rei vend.* Quod & dicendum quoad bona alienari prohibita, aut fideicommisso obnoxia; nam & eorum commoditas tantum transibit ad creditores, pro vita debitoris, qui ut non potest expresè illa alienare, ita nec tacitè, cum sint quasi aliena, & post ejus mortē ad alios transeant, *l. Statius §. 1. inf. De jure fisci.* Neutiquam autem cessioni vis ista attributa, ut cedens evitare possit munus publicum, ad quod nominatus, *l. 5. C. h. t.* licet ex gesto munere, si solvendo non fuerit, cessio illi sit salva. *L. 3. Cod. hoc. tit.*

17 Quæritur, An renuntiari huic beneficio possit? Posse videtur dicendum, I. Argumento à tacito ad expressum, siquidem velint tacitè renuntiari cessioni per quinquennalem dilationem, secundum *l. fin. Cod. hoc. tit.* II. Quod quis possit renuntiare iis, quæ pro se sunt introducta, *l. penul. C. De pactis.* Quam quidem opinionem varii tenent, quos citat Brunus in *Tractatu De cessione bonor. quæst. 20. nu. 5.* & videtur approbasse eamdem Covarr. *ad c. Quamvis p. 2. in princ. n. 10.* motus tum per *d. l. fin.* tum etiam quòd juri publico non præjudicet ista renuntiatio, nec bonis moribus sit contraria, cum non inducat præcisam & absolutam servitutem, sed potius custodiam debitoris, quæ ponit quidem aliquam restrictionem libertatis non tamen considerabilem, cùm veniat tantum in consequentiam. Contraria tamen sententia receptior est, & majori nixa ratione, scilicet renuntiationem non esse firmam; imo eâ non obstante debitorem captum à carceribus liberandum esse, si bonis cedere voluerit. Ratio est, quod per ejusmodi renuntiationem in effectu quis se obliget ad carceres, donec satisfecerit, & sic probabiliter ad perpetuos, quia quando poterit sibi procurare media solvendi conclusus? Ut autem ab aliis sponte suâ motis liberetur ratius est; ut non possit pactum hoc negari esse durum & asperum, restringens jus libertatis, *l. Titio 71 §. Titio 2. sup. De condit. & demonstrat.* per quod si non propriè, figura tamen quædam & similitudo servitutis inducitur, *l. 2. inf. De libero hom. exhib.* Ut non debeat sustineri, cum corpus affligat, cujus quis non est dominus. Non obstat *d. l. penult.* quia loquitur in casu, quo renuntiatio non est impeditiva humanitatis & misericordiæ. Quo facit, quod ait Jason *in d. l. pen nu. 11.* fori privilegio concesso miserabilibus personis non posse renuntiari. Non obstat *d. l. fin.* quia ex illa id ipsum colligi non potest, ut infra dicemus; & ut colligi possit, tamen ibi nec subest expressa nec tacita renunciatio, sed eam lex dicenda foret inferre. Hanc sententiam ut communiorem & veriorem tenet Vasquius *De successionib. tomo 1. lib. 3. §. 22. nu. 79.*

nu. 79. Gail *lib*. 2. *De pace publ. cap*. 2. *nu*. 23. Guido Papa *decis*. 211. & asserit eam veriorem. Covarr. 2. *Variar Resol*. c 1 *nu*. 7. Quibusdam tamen magis arridet distinctio, ut talis renuntiatio non removeat quidem effectum quoad incarcerationem, quia inhumana esset; removeat tamen quoad beneficium, quo fortunâ arridente non potest conveniri in plus, quam facere potest, quod eatenus non contineat tantam inhumanitatem, modo debitori relinquatur quotidianus victus. Thessaurus *decis*. 26. *nu*. 3.

18 Quæritur & de renuntiatione jurata. Nam sunt, qui juramentum volunt servandum esse, quia servari possit sine detrimento animæ jurantis & tertii, secundum *cap*. *Quamvis De pactis in* 6. Quæ opinio facilius procedet quoad alterum cessionis effectum, quod non habeat tantam inhumanitatem eo privari, non etiam juxta priorem. Ubi non rectè ponunt rationem in iniquitate & inhumanitate creditoris, nam ea non attenditur, secundum *cap*. 6. *De jurejur*. sed ponenda ratio in iniquitate & inhumanitate renuntiantis circa corpus suum, cujus non est dominus: & ita judicatum fuisse tradit Guido Papa *d. Decis*. 211. *num*. 2. Permissamque ipsi renuntianti cessioni libertatem non attento juramento; cujus tamen petere renuntiationem tutius esse tradit Vasquius, *d. loco nu*. 89. Vid. Papon. 10. *Arrest. tit ult. cap*. 3.

19 Cæterum cessio per se nullam irrogat infamiam, *l. Debitores* 11. *Cod. Ex quib. caus. infamia irrog*. nam licet vendantur bona cessa, non tamen tam nomine debitoris, quam creditorum, volente debitore, qui per cessionem non ita bonis privatur, ut non possit pœnitere & avocare bona needum distracta à creditoribus, *l*. 2. *C. h. tit*. Deinde facit, quod afflictio non sit addenda afflicto, quod fieret, si cedens notaretur infamiâ: unde in *l. fin in princ. C. h. tit*. dicuntur homines accipere cessionem, *salvâ eorum existimatione, & omni corporali cruciatu semoto*. * Verum multorum locorum moribus receptum est ut cedens aliquamdiu stare aut sedere debeat in loco publico, nudo capite, aut vestem habens ab aliis distinctam, lapidem aut columnam ter percutere, clamando, *Cedo bonis*, aut campanam pulsare, tubis duci per civitatem, aut simile quid pati; quod est ignominiosum, ut tradit Brunus *d. Tract. qu*. 6. *nu*. 5.

20

21 Ubi quæsitum, An per ejusmodi modum cedens liberetur ab excurrenti dubio, ubi pervenerit ad pinguiorem fortunam? Asserit hoc Menoch. *Arbitrar qq*. 2. *casu* 183 *nu*. 22. & 23. Guido Papa *quæst*. 343. ex ratione, quod ista ignominia, quæ est quædam pœna corporalis, sit loco pecuniarii debiti, per *l. Quod ergò §. pœna sup. De his qui notantur infamiâ*. Verum ea ratio non videtur procedere, quod per cessionem nec naturalis, nec civilis tollatur obligatio, & ista ignominia, sive actus ignominiosus, non jam adhibeatur in compensationem debiti, quàm ne quis facilè ad cessionem faciendam convolet, in detrimentum & perniciem suorum creditorum; unde cùm ad illum effectum tendat, non debet alium operari. Facit in simili, quòd homicida non ideo liberetur ab expensis & damnis resarciensis, quia publicam pœnam subierit, ut tradit Gomez. 3. *Variar. Resolut. cap*. 3. *num*. 37. ut dictum Guidonis non probetur Covarruviæ *d. loco num* 6. Gravis tamen est ea ignominia iis, qui infortunio quodam sunt bonis lapsi, quibus nihil imputandum venit.

22 Justinianus quoad hanc cessionem aliquid immutasse videtur in *Novella Ne quis bonis cedere cogatur* 135. quòd, licet infamiâ cessio non irroget, non sit tamen citra ignominiam: unde voluit non habere quemquam propter debitum civile solemnem cessionem facere; sed satis esse, asserat juramento, se nullam rerum caussâ occasionem aut aurum ullum reliquum habere, unde æris alieni supplementum faciat. Moribus nostris diploma Principis, cessionis faciendæ caussâ, necesse est impetrare, idque solemniter in judicio comprobare ex Constitutione Caroli V. Imp. anno 1541. lata.

23 Cæterum non semper ad cessionem urgentur debitores; solent enim creditores indulgere iis, citra cessionem, quinquennales inducias. Qua in re si plures creditores dissidant, aliquibus eligentibus cessionem, aliquibus vero indulgentibus inducias, decidit Imp. in *l. fin. Cod. hoc. tit*. ut à qua parte summa debiti major est, etsi unus tantum sit creditor, ejus electioni stetur; si vero summa sit æqualis, & personarum numerus prævaleat, huic electio detur; sin autem & in quantitate debita & numero personarum sit æqualitas, tum præferenda sit pars indulgens tempus, quod sententia humanior favens pietati sit præferenda rigidiori. * Est autem hæc in parte electio concessa creditoribus: cui non cogitur debitor acquiescere, quia, non obstante concessâ sibi temporis dilatione, poterit nihilominus bonis cedere, & obtinere beneficia cessionem consequentia; cum enim beneficium istud sit concessum debitori per legem, non potest eripi per creditorũ electionẽ, ut rectè tradit Angelus in *§. fin. n. 6. in fine Instit. De actionib*.

24

Ubi,

Ubi quæritur, An istarum induciarum effectus sit, excludere debitorem à cessionis beneficio? Quod plerique volunt, Glossa & doct. in d. l. fin. per textum ibi, concedentes post earum lapsum incarcerationem debitoris, cessante cessione, si creditoribus plenè non satisfecerit, quod & vult Alexand. Consil. 205. volum. 5. Ang. d. loco. ex ratione, quod alias creditores deciperentur. Posset tamen contrarium videri, æquius, cum per l. Cod. De exactorib. tributor. lib. 10. omnino prohibeatur incarceratio. Quo facit, quod non possit quis se expressè ad carcerem obligare, propter inhumanitatem, quæ ex tali pacto consequeretur, secundum jam dicta, ut nec tacitè idem possit, cum maior vis sit in expresso, quàm tacito. Nec potest dici decepisse creditores debitor, cum fraus non præsumatur in eo, qui quantum in se fuit, conatus est satisfacere æri alieno, ut, si fortuna non arriserit, non sit gravandus aut excludendus à beneficio debitoribus concesso. Nihil facit d. l. fin. cum ex ea colligi nequeat, per concessionem induciarum debitorem excludi à cessionis beneficio, cum ista concessio ideo tantum sit inventa, ut creditoribus minori cum dispendio satisfaciat debitor, quibus, si suum non consequantur, imputabitur concessioni induciarum, sine exacta cautione de debito solvendo; quam licet d. l. fin. non injungat, non tenentur tamen creditores sine ea dilationem indulgere. 25

26 Maior itaque pars creditorum in concedenda dilatione minorem superat. Quod & idem videtur admittendum in remissione partis debiti, qua in re etiam maiores numero prævalebunt aliis. Et hoc tantum ob favorem liberationis & utilitatem conservandæ partis, quæ aliàs salva haberi non posset, ut quia debitor est in fuga, aut hæres debitoris hæreditatem adire negat, nisi sub tali remissione, l. Et suum 8. in fine & l. 9. sup. De pactis, ubi Jason & alij. Hodie usus habet, ex decreto seu rescripto Senatus dilationem seu remissionem ejusmodi non indulgeri, nisi sub cautione de solvendo debito.

* * *

TITULUS IV.

Quibus ex causis in possessionem eatur.

SUMMARIUM.

1. *Missio in possessionem bonorum ex qua causa fiat.*
2. *Missio damni infecti nomine in quo ab aliis causis differat.*
3. *Intellectus* Nov. De exhiben. reis 53. §. si verò.
4. *Missio hæc petenda à magistratu.*
5. *Præmissâ summariâ causæ cognitione.*
6. *Causat & absentia missionem; etiam in persona pupilli, furiosi, prodigi, si non defendantur.*
7. *Missio fit & ex causa debiti conditionalis.*
8. *Legatarius conditionalis mittitur in possessionem legatorum servandorum causa.*

1 AD rei judicatæ executionem spectat missio in possessionem bonorum debitoris latitantis aut contumacis quæ fit iam judicati quam alterius debiti servandi causâ, per quam ob debitoris frustrationem auctoritate judicis, hoc est Prætoris, in bonorum itur possessionem, ut vel usucapiantur, l. 5. sup. De damno infecto, vel venundentur à creditoribus, qua de re Tit. sequenti. Tres autem ferè causæ præcipuæ dicuntur esse missionis, quas refert Ulp. l. 1. h. t. scilicet ex causa rei servandæ, id est debiti, item legatorum servandorum gratiâ, & ventris nomine; quibus accedit & damni infecti nomine, si non caveatur, missio.

2 Inter quas causas illa differentia est, quod damni infecti nomine missio non fieret in omnia bona, sed in eam dumtaxat rem, ex qua damnum timetur, d. l. 1. in fine & l. 4. §. 1. De damn. infecto, quod per eam missionem sufficienter esset cautum vicino; ex prioribus autem in omnia bona antiquitus fieret missio. Quod postea à Justiniano correctum videtur, qui missionem etiam ex illis causis fieri noluit nisi secundum modum quantitatemve debiti, de quo lis instituta, Auth. & qui jurat. C. De bonis auctorit. jud. possiden. & Nov. De exhibendis reis 53. §. si vero semel. * Quam Novellam contra alios ita accipit Cujac, quasi nihil eâ mutaretur 3

quoad pristinam missionem in universa bona, quam & hodie vult esse integram, sed tantum quoad venditionem bonorum, quæ olim etiam universa vendi poterant, exceptis paucis casibus, quibus in pupilli, furiosi, prodigi, & qui curatorum ope juvantur, bona facta est missio, ex quibus non amplius venditur, quàm necesse, *l. Fulcinius* 7 §. *planè cum seq. h. t.* Verum communis opinio habet, Justinianum recessisse à pristina bonorũ missione, & correxisse edictum prætorium, ut missio hodie in personalibus non aliàs fiat, quàm quatenus debitum ascendit, in realibus verò tantum quoad rem petitam, quæ opinio probatur *c. fin. x. Vt lite non contestata, &c.* Videtur & quarta causa mittendi in possessionem, quando reus in judicium vocatus vadimonium deserit, neque sui copiam facit, neque à quoquam defenditur, *l. 2 hoc tit.*

4 Missio hæc pet tur à Magistratu (neque enim privatâ auctoritate aliena occupare licet, cum nemo sibi jus dicat) & fit auctoritate ejus, in cujus territorio bona sunt sita, *l. Cum unus 12. § pen. inf. tit. seq.* Non decernitur autem missio nisi ad petitionem creditoris; neque enim officium suum

5 Prætor impertitur non petentibus. * Præmittitur summaria causæ cognitio, scilicet quid debeatur, & cuiusmodi sit frustratio debitoris, quæ contingit eo latitante, ut patet ex *l. 7. hoc tit.* ubi traditur, latitare esse cum tractu aliquo latere, §. *latitare d. l. 7.* & hoc fraudandi creditoris animo, ut edicto huic locus sit, *d. l. 7. §. sed is qui*: nam si iste animus desit, occultatio sive latitatio debitoris non dabit occasionem edicto, *d. § sed is qui.* Quòd si debitor fraudandi quidem animo aliquos creditores, non tamen omnes, latitet, erit nihilominus edicto locus, cùm satis sit eum latitare fraudandi animo. *d. l. 7. §. quod si adversus.*

6 Causabit & absentia missionem, si absens non defendatur, *l. Ad cognitionem 13. h. t.* Quod & obtinet in captivo, *l. 6. §. fin. h. tit.* Hinc etsi in pupilli, furiosi, prodigi bonis non obtineat edictum ex causa latitationis, ex eo, quod non possint dici latitare animo fraudandi, quibus animus deest, *d. l. 7. §. adeo*; si tamen & hi, licet præsentes, non defendantur, cum habeantur pro absentibus, *l. Si pupillus 10. h. t.* possessio dari potuerit, *l. 3. 4. 5. 7. § plane & seqq. h. t.* qui si postea, ubi in suam tutelam venerint, rectè defendantur, missus possessione abire jubetur, *l. 5. §. ait Prætor hoc tit.* ubi rectè defendi quis dicitur, sive per se sive ab alio, non aliàs tamen ab alio quam satisdante.

7 Non tantum autem mittitur creditor in possessionem ex causa debiti puri, verum & conditionalis, *l. 6. in princ. h. tit.* Cui ex diametro videtur contradicere, *l. penult. §. fin. eod.* quæ habet creditorem conditionalem in possessionem non mitti; subjunctâ ratione, quòd is mittatur, qui potest bona ex edicto vendere; non potest autem vendere creditor conditionalis. Præterea quòd nihil intersit, debitor quis non sit, an nondum conveniri possit; uti & actionem quis non habeat, an talem, quæ per exceptionem repelli possit, *d. l. 7. §. si in diem 14. hoc tit.* Ad conciliationem dicendum cum Cujacio *lib. 10. Observationum cap. 32.* creditorem conditionalem secundum *d. l. 6.* mitti quidem solere, sed non cum effectu, ut, si non admittatur, actionem in factum non habeat contra impedientem, quod non mittatur optimo jure, secundum *d. l. penult.* quæ accipienda de effectu missionis, ut, si initium spectes, mittatur, non etiam si effectum, quòd illi needum res, neque pecunia, neque cautio ulla debeatur.

8 Verum huic iterum obiicitur, quòd & legatarius conditionalis non sit creditor, cum legati nullæ sint vires, pendente conditione, & tamen is mittatur in possessionem legatorum servandorum causâ, ut habet *l. Si filiofamilias 12. hoc tit.* Ratio differentiæ est, quod creditori conditionali nec pecunia debeatur, nec cautio, ut ejus missio quoad effectum distractionis sit inutilis; legatario vero conditionali agenti de legato aut fideicommisso servando debeatur cautio ex edicto Prætoris, dum pendet conditio: qua in re legata & fideicommissa sunt comparata judiciis bonæ fidei, in quibus ante diem vel conditionem agi potest ad interponendam cautionem, *l. In omnibus sup. De judiciis l. Seja 42. sup. De mortis caus. donat.* Impediens missionem tenetur actione in factum in id quod interest, quæ est pœna non admittentis missum in possessionem.

TITULUS V.

De rebus auctoritate judicis possidendis vel vendendis.

SUMMARIUM.

1. *Missio ex primo decreto quæ dicatur.*
2. *Missionis huius effectus.*
3. *Habet locum in actione etiam reali.*

4. *Possessionem recuperat reus, refusis expensis, & dato fidejussore.*
5. *Expensas qualiter & quando evitet.*
6. *Effectus missionis ex secundo decreto.*
7. *Decreto hoc an etiam in realibus sit opus?*
8. *Missio haec prodest etiam aliis non missis?*
9. *Modo in eadem provincia degant.*
10. *Ad distractionem bonorum quando procedendum.*
11. *Tempus decernendae distractionis arbitrarium.*
12. *Addici creditoribus bona quando possint.*
13. *Distractio quo loco facienda.*
14. *Vendi potest & ususfructus, & feudi commoditas.*

1 POst causas missionis declaratas proceditur ad ipsam missionem decernendam à Praetore. Ea duplex est: prior, quae fit ex primo decreto, quâ creditor mittitur in possessionem bonorum debitoris, rei custodiendae causâ. Hanc Joan. Imbertus, in *Enchiridio juris Gallici V. Instrumentum*, vocat *Fiduciariam possessionem*, quòd sub Regia fiducia & manu teneatur; vulgo *Recredentiam* vocant, quòd per sententiam judicis res alicui credantur id est committantur, cu-2 jus usus frequens est in beneficiis. * Huius effectus est, ut missus nec dominium, nec veram possessionem consequatur, sed tantùm detentionem & rerum custodiam debiti servandi causâ: quo modo ex ea causa rei dominium quis adipisci nequit, *l. in possessionem* 8. *Cod. hoc tit.* cum ad usucapionem desideretur vera possessio, quae hic deest.

3 Procedit iste effectus non tantùm in actione personali, sed & in reali; in qua etiam missio non fit nisi debiti servandi causâ, ut taedio affectus 4 reus responsurus veniat. * Qui facilè rem recuperabit, potestatem sui faciendo, expensasque nomine rei sine dolo malo ab actore factas, & damna accepta per rei contumaciam restituendo, *l. Sancimus* 15. *Cod. De jud.* simul & fidejussorem dando, de excipienda omni actione & lite persequenda, *Auth. Et qui jurat. Cod. hoc tit.* qui textus cùm fidejussorem simpliciter exigat, non satisfacturus est reus aliam cautionem offerendo, etiam bonorum immobilium possessor, aut ejus conditionis, ut ab initio aliâ cautione defungi potuerit: quod videtur speciale esse hoc in casu, & in poenam contumaciae inductum, ut sentit Glossa in *Nov. De exhibendis reis* 23. §. *quia vero* 2. *V. fidejussorem.*

5 Quòd si sistere se, aut cautionem offerre impediatur reus, aut oblata non acceptetur, extra expensas erit, ne poena augeatur ei, qui extra ulteriorem culpam esse desinit: ut impensarum nomine postea factarum teneri nequeat, quod iis aut casus aut tertii iniuria causam dederit, aut actoris factum, *cap. 2.* ✠ *De eo qui mittitur in possess.* Quas & evitabit, & in pristinam causam restituetur, qui probaverit se contumacem non fuisse, *c. 3. d. t.* Tempestivè autem reo comparendum est, intra annum, ut mox dicemus, re adhuc integrâ, necdum distractis rebus quarum distractionum judex post aliquod tempus decernere solet missio, *l. Vnus 9 hoc tit.*

6 Posterior missio est ex secundo decreto, per quam actor jus verae possessionis nanciscitur, & usucapiendi conditionem fructuumque commoditatem. Opus secundo decreto in personalibus, & quidem anno demum lapso à primo decreto, siquidem jura passim permittant reo intra annum comparere, & caventi secundum jam dicta restitui possessionem, *l. Si quis* 8. *in fine Cod. De praescript. 30. vel 40. annor. & c. fin. §. in aliis* ✠ *Vt lite non contestata, &c.*

7 In realibus an hoc decreto opus sit disputatur? Et receptius videtur, non esse opus, sed per solum anni lapsum in his transferri possessionem, ejusque commoda in petitorem, relicta tantum reo quaestione proprietatis, *c. 1.* ✠ *De eo qui mittitur in poss.* Accurs. in *l. Si finita* 15. §. *si plures V. prius sup. De damno infecto*, Speculator *De secundo decreto* §. *videndum* 4. *num.* 21. *& seq.* Wesenbec. *ad tit. De damno infecto* Rationem diversitatis tradunt hanc, quod agês personali actione petat sibi aliquid dari aut fieri, non etiam suum restitui *Inst. De action.* §. 1. ut, reo non dante aut faciente, sit opus facto judicis, quo actor mittatur in possessionē rerum, eamq; veram cum suis commodis consequatur: in reali verò actor intendat se dominum esse, & rem petitam non tam debitam, quàm suam esse, nec dari sibi, sed possessionē ejus restitui. Pro quo facit praesumi res contumacia, ut secundo decreto Praetoris opus non sit ei, qui est in possessione, & praesumptionem pro se habet. Volunt tamen aliqui benignius esse, etiam in realibus requiri decretum judicis, & quandam adjudicationem, ut quis nanciscatur verae possessionis jura, ne quis sibi jus dicere videatur. Quod videtur colligi ex *d. c. final* § *quod si super*, ubi possessio vera dicitur quaeri judicis decreto. & ex *l. c. 1.* ✠ *De eo qui mittitur in poss.* Quo & expressè facit *d. l. 15.* §. *Iulian.* ubi ad veram possessionem necessario requiritur secundi decreti interpositio. Verum ea lex loquitur in-

in causa damni infecti, in quo diversum jus est positum, ut anni spatium non sit exspectandum, *d. l. 15 in princ & l. Praetor 7 De damno inf.* Ao. Vide Barbosam *ad l Si quis* 8. § *sed si quis nu.* 21. *& seqq.* C. *De praesc.* 30. *vel* 40. *annor.*

8 Missio haec in possessionem non tantum prodest missis, sed & iis, qui missi non sunt, si praetendant causam debiti, *l. cum unus* 12. *h. tit.* Cujus ratio sibi subjungitur, quod missi ista nō tam fiat personae, quam creditoribus & in rem, ut & aliis, qui ad rem agunt, prosit quorundam missio, Non obstante regulâ, quod non quaeratur alteri per alterum actio aut dominium; nam illa procedit, quando id ipsum fit immediatè, non etiam quando tantum per occasionem alteri

9 commodum paratur. *Quae ita tamen procedere declarantur, *l fin. in pr. versic. quid enim C. hoc t.* si degentes in eadem provincia, in qua possessores rerum morantur, intra biennium, absentes intra quadriennium debitum suum certum faciant, & iis qui missionem sunt persecuti, expensas eo nomine factas persolvant.

10 Quod si contigerit per missionem non moveri debitores, qui in sua contumacia persistunt, suique praesentiam non faciunt, ne creditores diutius frustrentur, aut inter eos oriatur discordia, quam solet parere communio judicis est praefigere tempus, eoque lapso circa comparationem rei dare creditoribus licentiam non quidem postulandi bona pro debito sibi addici saltem statim, *l Debito 6. h. t.* sed ea distrahendi, *l. Cum proponas* 9. *C. h. t*, ut ex eorum distractione, aequali partitione pro rata debiti quantitate, omnibus creditoribus consuli possit; si tamen sint aequè privilegiati, nam alias prior erit causa eorum, qui sunt potiores. qua de re Tit. sequenti. Quod superest in penes Ecclesiam est deponendum, *d. l. fin.* §. 1.

11 Tempus decernendae huius venditionis non invenitur lege definitum, ut definiendum videatur judicis arbitrio, plerumque post longam possessionem, si videat debitorem non affici taedio longe possessionis rerum suarum per creditorem. Nec movere quemquam debet *l. fin.* §. *sui autem Cod. h. t.* ubi ait Imp. *post definitum à nobis tempus*, quasi tempus huic rei esset definitum per Justinianum; nam verba ista, *à nobis*, abesse debere monet Alciat. 1. *Dispunct. c.* 19. quod nusquam inveniatur tempus istud definitum.

12 Dixi superiùs, saltem statim; nam si emptorem res non invenerint, addici possunt creditoribus ita postulantibus jure dominii, non tamen nisi à Principe, modo qui praescriptus est, *l. fin. C. De jure dom. impetr.* quae loquitur quidem in pignore conventionali, idem tamen servandum in pignore capto ex causa judicati, militante eadem ratione, *l. final. Cod. Si in causa judicati pig. capt. sit;* quae & militat in pignore praetorio. Cujac. *in Comment. Cod. De jure dom. impetran.* Non tamen ex generali hypotheca addicendum dominium omnium bonorum, *l. 1. C. d. t.* sed pro modo debiti tantum, id est, quantum debito servando satis est.

13 Porrò distractio facienda eo loci, ubi defendi debet reus, *l. 1. hoc tit.* id est, ubi domicilium habet, aut contraxit, *l. 1. & 3. hoc tit.* ubi dicitur contractum censeri eo loci, ubi pecunia solvenda. Et primo quidem, uti missio facienda primo in bona mobilia, tum immobilia, ita & distractio primùm facienda mobilium, ut quàm minimùm noceatur reo, tum ad immobilia veniendū, secundum, *l. A divo Pio* 15. *sup. De re judicata*, ubi ea de re actum.

14 In venditionem etiam ususfructus venit, *l. Venditionem* 8. *hoc tit.* uti & fructus, qui vel vendentur, vel elocabuntur; nisi venditio aut locatio ante bonâ fide facta sit, quae servanda à Praetore. Fraus eam retractari facit, *d. l.* 8. §. 1 Feuda non nisi quoad commoditatem sunt obnoxia huic venditioni, quia non censentur alias esse in bonis debitoris. Gail. 1. *Obser. c.* 117. Patitur & venditionem rerum suarum minor, si non defendatur, *l.* 5. *h. t.* uti & pupillus, si ei non expediat retinere haereditatem patris, *l.* 6. *h. tit.*

TITULUS VI.

De privilegiis creditorum.

SUMMARIUM.

1. *Intellectus* l. Cum bona 16. De reb. auctorit. jud. possid.
2. *Creditores non admittuntur ad licitationem aliis emptoribus existentibus.*
3. *Inter plures creditores potior est creditor majoris summa.*
4. *Factâ venditione quomodo pretium distribuendū.*
5. *Inter hypothecarios potior est, qui prior tempore,*
6. *Chirographariis omnibus aequale jus est, nisi causa quem priorem faciat.*
7. *Veluti aetas in pupillo & minori, conditio in furioso & prodigo.*
8. *Habet & privilegium fiscus.*
9. *An & Respub. creditrix?*

10. *Mu-*

10. *Mulier ratione dotis habet prærogativam.*
11. *Is qui credidit pecuniam in extruendam, instruendam navem.*
12. *Qui in restituendam, reficiendam domum.*
13. *Non qui in domum emendam, extruendam de novo.*
14. *Habent & privilegium impensa in funus.*
15. *Creditores, quorum pecunia ad creditores privilegiatos pervenit.*
16. *Pecunia apud mensul trios deposita.*
17. *Causa probabilior facit quem præferri alteri.*

1 PLerique libri, juxta Florentinam editionem, hujus Rubricæ leges continuant eum superiori. Rubr. hac omissâ: veteres aut tamen Rubr. hanc separatam ponunt à præcedenti, eam inchoantes à *l. Cum bona*, quæ est in præcedenti 16. Caussam separationi dedisse videtur quod plerisque locis agatur de privilegiis creditorum, & præcipuè *d.* 2 *l. Cum bona.* * Ubi secundum Accursium agitur, quis præferendus sit in casu, quo inter plures disputetur, cui sint addicenda bona. Verum istam interpretationem verba minus ferunt, quæ indicant potius agi de bonis vendendis, vel potius venditis de facto; quo casu quæritur, quis in emptione sit præferendus, extraneus scilicet, an creditor, cognatusve, qui concurrunt? Et respondet J. C. præferendum eum, qui sit creditor, aut cognatus, si cætera sint paria, id est uterque offerat æquale pretium, ut anteponatur, qui creditor est cognato, non creditori; quòd æquum sit, in emptione eum præferri, cujus negotium præcipuè agitur, & quo postulante venduntur.

3 Nihil facit pro Accursii sententia, quod creditores non admittantur ad licitationem, quamdiu sunt alii emptores, *l. 2. C. Si in caussa judic.* ex ratione, quod absurdum videatur, ab eo constitui pretium alienæ rei, quo postulante ipsa venditur. Nihil, inquam, facit; nam factâ licitatione habere eum jus prælationis nihil absurdi continet, cum neque debitoris intersit, ad quem res sua perveniat, dummodo debiti liberationem consequatur, & quod ex pretio superest reddatur; neque etiam extranei emptoris, cui nihil depetit, liberumque est, si velit, majus pretium of-4 ferendo superare creditorem. * Si inter plures creditores agatur, in pari causa is videtur potior dicendus, qui majoris pecuniæ est creditor, *arg. l. fin. C. Qui bonis ced. poss.* quod ejus res potissimum agatur, etiamsi inter creditores aliquis sit cognatus. Neque enim cognatum debere præferri colligi potest ex *d. l. Cum bona*, quæ cognatum quidem præfert extraneo non creditori, licitatori sive emptori, non etiam creditori, ut paret ex verbis, *creditor cognatusve*, quæ habent disjunctivam, non etiam copulativam.

5 Post factam venditionem pretium inter creditores pro rata distribuendum. Quæ res expedita est, si pretium omnibus sufficiat: sin minus, eorum causa potior est, qui privilegium habent, cujusmodi est illis, quibus supra debitum res ipsa est obligata, quales hypothecarii dicuntur; qui cum jus in rem habeant, æquum est præferri iis, quibus tantum ex chirographo sive simili debito sine pignore quidpiam debetur, *l. Eos C. Qui pot. in pignore hab. l. De bonis 6. C. De bon. auctorit. jud. possiden.* Inter plures hypothecarios concurrentes ille potior est, qui tempore prior, *l. Si pignus 8. & l. 10. sup. Qui potior. in pig hab. c. Qui prior De R. I. in 6.* qua de re vide dicta superius lib. xx. Tit. iv. *Qui potiores &c. nu. 1 seqq.*

6 Quantum ad eos, quibus tantum est jus personale, quos chirographarios à chirographo sive syngrapha vocamus, iis omnibus est jus æquale ad bona debitoris, non habitâ ulla rationε prærogativæ temporis. Facit tamen causa alicui esse privilegium, id est, jus ante alios exigendi; nam, ut ait Paul. in *l. Privilegia hoc tit.* privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa: cujus sensus est, neminem ideo privilegium exigendi habere, quia priùs contraxit, sed quia causa sit, id est ratio, cur huic etiam posteriori præ i'lo priori detur exigendi licentia. * Talem 7 causam in pupillo & minori ponit ætas, in prodigo & furioso conditio, quæ in bonis tutorum facit eos potiores aliis, *l. Et mulieri 15 sup. De curat furiosi.* Quod & obtinebit, si quis, cùm tutor non esset, pro tutore tamen negotia gesserit, *l. Dabimusqui 19. §. 1. hoc tit* aut etiam ex officio amicitiæ, *l Si negotium 23. h. tit.* Est & illis tacita hypotheca *l. Pro officio 20. C. De adminiſt. tutor.* uti & in re empta pecuniâ pupilli, quæ jure singulari est eidem hypothecata, cum prælatione, *l. 7. in princ. sup. Qui potior. in pig hab. qua de re latius agitur tit. D. & C. In quib. caus. pig. tac. contrah.* * Idem privilegium est & fisco. *l. Quod* 8 *quis 34. hoc tit.* cui etiam est jus pignoris in rebus debitoris, *l. Aufertur §. fiscus inf. De jure fisci.* per quod reliquis præfertur. Exceptâ tamen pœnæ causâ quam peti à fisco non posse placuit, nisi creditores suum recuperaverint, sunt enim illi ante pœnam, *l. In summa 17. l. Quod placuit 7. inf. De jure fisci*, ne crimen debitoris redundet in detrimentum creditorum.

Obtinet

9 Obtinet & in Republica creditrice, ut potius jus habeat reliquis creditoribus, *l. penult. in fine h. tit.* Ubi disputatur, An hoc tantum sit accipiendum de Republica, quæ non agnoscit superiorem, qualis olim Romana fuit, an & de alia quacumque? Quod posset videri, per *d. l. penult.* quæ indistinctè dicit Remp. creditricem omnibus chirographariis præferri. Facit *l. 3. C. Qui potiores in pig. hab.* ubi Respublica non suprema missa in bonorum possessionem potior est aliis chirographariis. Quod videtur attribuendum missioni, cum ea non constituat aliquem potiorem, sed omnium creditorum etiam non missorũ faciat æqualem conditionem uti diximus Tit. superiori, ut sensisse videtur Cujac. *9. Obser. cap. 37.* Verùm de ea sententia dubitari facit, *l. 2. C. De jure Reip. lib. 11. & l. Simile inf. Ad municipal.* ubi Reip. causa dicitur æqualis esse cum reliquis chirographariis, nullâ ei concessâ prærogativâ, nisi quam à Principe sibi nominatim concessam habet, aut præscriptione, specialive obligatione sibi quæsivit; secundum quæ loca priora videntur accipienda. Quò facit, quod publica appellatio in complutibus caussis pertineat ad populum Romanum reliquæ civitates habeantur loco privatorum, *l. Eum qui 16. inf. De verb. signif.* Facit eodem, quod in *l. fin. C. De his qui in prior. cred. locum succed.* Respublica prærogativam dicatur habere, quia prior contraxit, & fundum sibi obligavit, ut, eâ obligatione cessante, nulla ei sit prærogativa, nisi in bonis administrantium res ejus: [illegible] ita tradit Glossa in *d. l. Simile*, Bart. in *d. l. pe*[illegible] Negusant. *De pignorib. membro 4. p. 2. n. 119.* Lo[illegible]s *De jure univers. p. 3. cap. 6. n. 22.*

10 Habet etiam prærogativam mulier, ratione dotis, *§. fuerat 29. Inst. De actionib.* Quod & in sponsa statutum, quod ad dotem datam repetendam, si nuptiis renuntiatum fuerit, *l. Quæsitum §. fin. h. tit.* quod intersit Reip. & hanc solidum consequi, ut ætate permittente nubere possit, *l. Interest 18. eod.*

11 Habet & privilegium credita pecunia in navem extruendam, instruendam, armandamvé, *l. Qui in navem 26. & l. Quod quis 34. h. tit. l. Interdum 5. cum l. seq. sup. Qui potior. in pignore hab.* Quod ita in navibus statutum, quod in earum extructione, numero & robore, salus & præsidium Reipublicæ maxime contineatur; tum quod sine illis adversus vim & incursus hostium piratarumve tuti esse non possimus; tum quod earum usus sit necessarius ad res vitæ utiles importandas & avehendas, atque exercenda omnis generis commercia, sine quibus Respub. diu stare nequit.

12 Idem statutum in pecunia, ob restitutionem aut refectionem ædium, ipsi domino, aut eo mandante, redemptori credita, *l. Si ventri 24. §. 1. h. tit.* quo nomine & inducta tacita hypotheca, *l. 1. sup. In quib. caus. pig. tacite contrah.* Ratio est, quod in iis tuendis, sarciendisq́. versetur publica utilitas, dignitasque, & ornamentum civitatis. Adfertur & alia ratio in *l. Hujus 6 sup. Qui potiores in pig. hab.* quod istius creditoris pecunia salvam fecerit totius pignoris causam. * Quâ ratione in domum emendam, vel extruendam, de novo mutuanti non est idem privilegium, cum nec faciat salvam causam pignoris, quod non fuit, nec utilitatis quid contulerit, quæ consistit in prohibendis ruinis: & si in domum emendam creditæ pecuniæ id tribueretur, etiam in emptionem aliarum rerum creditæ id tribuendum foret, cujus tamen contrarium rescriptum in *l. Quamvis 7. Cod. De pignorib.* 13

14 Habent præterea privilegium impensæ in funus, *l. Impensa 45. sup. De religiosis & sumptib. funer.* sive is, cujus bona veniunt, funeratus sit, sive is, qui debuit impendere, uti pater filio, *d. l. Quæsitum h. t. l. Si filiusfam. 30. sup. De religios.* Quòd ita pietatis caussâ statutum; quæ idem in impensis in morbum statui fecit.

15 Est & privilegium creditoribus, quorum pecunia ad creditores privilegiatos pervenit, ut debitor per eam liberaretur, sive immediatè creditoribus sit data, sive etiam medio debitore, *l. Si ventri § fin hoc tit. l. Creditor, 2. §. à Titio sup. Qui potior. in pignore hab.*

16 Denique privilegium est ei pecuniæ, quæ apud mensularios (qui & nummularii dicuntur, alii mensarios vocant, quod mensam nummulariam exercerent, *l. fin. sup. De institoria act.*) deposita, & quidem ante alia privilegia, *l. Si hominem 7. §. 1. vers. quoties sup. Depositi.* Et hoc, si sine fœnore deposita fuerit; nam alias, cessante omni privilegio, à reliquis creditoribus non separatur; quo modo intelligenda venit, *d. l Si ventri § in bonis hoc t.* quæ alias videretur contraria. Non tantum autem dicta pecunia deposita est ante privilegia, verum & ante hypothecas, si extet quidem, vindicari poterit, *d. § in bonis.* Cujus ratio est, quod ejus dominium maneat penes deponentem, *l. 8. §. pen. sup. De tributoria act.* dominus autem potior sit omnibus aliis creditoribus.

17 Itaque inter hypothecarios tempus, inter chirographarios causa facit potiorem creditorem: quæ

quæ si alicui fuerit probabilior, ille præferretur aliis, sive pluribus sit æqualis, illi concurrent, & pro rata singulis solvetur, *l. Privilegia h. t. l. Pro debito 6. C. De bonis auctorit. jud. possid.* Si privilegium cesset, ille potior erit, qui sibi vigilavit accipiendo debitum, etiamsi sciverit debitorem non fore solvendo, *l. Quod autem §. sciendum inf. Quæ in fraudem credit.* Quod & obtinet, si sententiam quis pro se obtinuerit, simul & executionem ante alios: adeo ut etiam posterius obtinens sententiam, si executionem prius obtinuerit, potior sit dicendus, quia sibi vigilavit, *l. Inter eos 19. sup. De re judic.* Obtinet & de moribus, ut qui per arrestum curavit sibi res adjudicari, se facit potiorem aliis chirographariis, inter quos quod residuum est venit dividendum. Reliqua de materiâ prælationis inter creditores tum hypothecarios, tũ chirographarios videri possunt tradita superius lib. xx. Tit. iv. *Qui potiores in pig. vel hypoth. habeantur.*

TITULUS VII.
De Separationibus.

SUMMARIUM.

1. *Separatio bonorum quid & quando illi sit locus.*
2. *Qui petant bonorum separationem.*
3. *Creditoribus hæredis non concedenda, neque ipsi hæredi.*
4. *Quibus casibus cesset.*
5. *Separatio secludit creditorem à bonis hæredis.*

1 Dat & separatio prælationẽ bonorum creditoribus; quæ est bonorum hæreditariorum ab iis, quæ hæredis sunt. Discretio, non nisi auctoritate Prætoris, à quo impetranda, *l. 1. in princ. h. t.* Cui tunc locus est quando debitori defuncto succedit hæres obæratus, ex ratione, ne confusione bonorum defuncti cum bonis hæredis, qui una est persona cum defuncto, & per aditionem fit dominus bonorum ejus, sentiant detrimentum creditores defuncti; quibus solis erit sufficiens separata hæreditas, quæ sufficiens non foret, si una admitterentur creditores hæredis.

2 Ex hac igitur causa rectè impetratur separatio, *l. 1. h. t.* quâ admissâ primo solvendum est creditoribus hæreditariis, & quidem omnibus, si petierint, aliàs iis tantum, qui petierunt, *d. l. 1. §. quæsitum 16.* Petitur & in casu, quo fidejussori est hæres debitor, *l. Debitor 3. in princ. h. t.* nam licet fidejussoria obligatio sit extincta, non tamen debet ea res damno afficere creditorem, qui etiam per fidejussorem sibi cavit. Habet quoque locum separatio in casu, quo quis militi credidit, ut castrensia ejus bona separentur ab aliis. Est & legatariis ejus petitio permissa, *l. pen. hoc tit* ne iis legatum subtrahatur per hæredis creditores, quod iniquum; non tamen his solvendum, nisi postquam creditoribus est satisfactum, *d. l. pen.*

3 Creditoribus hæredis non est petitio separationis, *d. l. 1. § ex contrario*, quia potuit debitor creditorum suorum conditionem reddere deteriorem, non etiam alienorum. Non est etiam ipsi hæredi permissa, qui imputet sibi, quod alienam hæreditatem adierit; nisi necessarius sit, nam ratio vult huic separationem indulgeri, qui non sponte adit, ut quidquid postea acquirat, sibi habeat, *d. l. 2. §. fin.* Quod & obtinet in patrono successore suæ libertæ, quæ hæreditatem adiit onerosam, nam & illi permissum est petere separari bona libertæ ab aliis, *l. pen. § 1. hoc tit.*

4 Non semper autem separatio cum effectu petitur; veluti si creditores cum hærede novandi animo stipulati sint, aut usuras ab eo accipiant, fidejussoresve aut pignus, quia secuti sunt ejus nomen aut personam, *d. l. 1 § illud § item quæritur & § si quis pignus.* Secundo, si hæres bonâ fide hæreditatem interea vendiderit, quia rata sunt servanda gesta ab hærede, *l. 2. h. t.* Aliud est, si hypothecæ subjecta sint bona; nam & hic potior est, qui petiit separationem, quia hypothecæ obligare non est alienare, *d. l. 1. §. quod dicitur*, ut faciat creditorem defuncti esse potiorem creditoribus hæredis in bonis defuncti. 5 * Secludit autem separatio creditorem à bonis hæredis, quod suæ imputet facilitati, qui bona defuncti à bonis hæredis, quæ erant solvendo, separari voluit: justissima tamen ignorantiæ causa faciet veniam impetrari posse, *d. l. 1. § pen.*

TITULUS VIII.
De curatore bonis dando.

SUMMARIUM.

1. *Curator bonis quando & cur detur.*
2. *Datur voluntarius, unus vel plures.*
3. *Curatoris hujus officium.*

1 Possessis bonis debitoris latentis à creditoribus, vel jacentis hæreditatis, hærede non adeunte, propter conditionem, sub qua vocatus, aut alias, curator iis dari solet, qui tum in gratiam debitoris, tum creditorum ea custodiat, administret, distrahat, & ex redacto creditoribus satis-

faciat.

2 faciat. * Hic constituitur non invitus, sed voluntarius, *l.2 §. quaritur h.t.* vel unus vel plures, sive ex creditoribus, sive ex externis, vel per Prætorem ex consensu majoris partis creditorum, *d. l. 2. in princ.* vel etiam privato ipsorum creditorum consilio, *l. fin. h.t.* Ita tamen, ut taliter constitutus non teneatur aliis, quam à quibus electus est, nec etiam administrando aliis noceat, *l. fin. h. t.* Plures constituti singuli in solidum agere & conveniri possunt, nisi per regiones sint constituti, unus fortè rei Italicæ, alter in provincia, neque enim administrationes debent confundi. *d. l. 2. §. si plures.*

3 * Est autem curatoris constituti reddere rationem suæ administrationis; unde ejus est inventarium omnium rerum conficere, & creditoribus petentibus illius exhibere copiam.

TITULUS IX.

Quæ in fraudem creditorum facta sunt, ut restituatur.

SUMMARIUM.

1. *Actioni Pauliana revocatoriæ quando sit locus.*
2. *Datur & creditori hypothecario.*
3. *Datur contra debitorem, & in quem facta alienatio.*
4. *Revocatur ea res alienata cum fructibus pendentibus.*
5. *Pretium eo casu emptori non venit restituendū.*
6. *Requisita ad hoc, ut actio hac competat.*
7. *Alienationis nomine quid hic veniat.*
8. *Non acquirens alienare non censetur.*
9. *Nisi in fraudem fisci repudiatio facta sit.*
10. *Ad fraudem requiritur consilium in alienante & accipiente.*
11. *Item eventus consilio respondens.*
12. *In quibus casibus solus eventus sufficiat.*
13. *Concurrentibus illis duobus acta alienatio de jure valet.*

1 SI bona distracta non sufficiant creditoribus, advertendum iis est, num fortè aliqua sint alienata per debitores, qui metuentes eorum possessionem & distractionem quædam intervertere solent. Quòd si appareat, liberum est creditoribus ea revocare actione Paulianâ revocatoriâ: *cui locus est intra annum utilem, à tempore, quo experiundi potestas fuerit, *l. 1. in princ. & l. Ait. Prætor 10. hoc tit.* Qui an currat à tempore alienationis, an vero excussionis, disputatur? Et hoc posterius verius est, per *l. 1. h. t.* & rationem, quæ non ante vult alicui tempus currere, quàm agere possit; non potest autē agere creditor, antequā per excussionem constet debitorem non esse solvendo, nisi antè liquido constet de ejus inopia. Huc facit *d. l. 10. §. annus 18. h. t.* ubi dicitur ex die venditionis currere anni tempus.

2 Competere hanc actionem etiam creditori hypothecario communiùs obtinuit, *Gloss. in l. Debitor 21. h.t.* Facit, quod generaliter detur creditoribus actio hæc indistinctè, & quod sua industria non debeat obesse creditori hypothecario, nec novum sit super eodem plures actiones concurrere. Faber in *§. item si quis in fraudem nu. 23. Instit. De actionib.*

3 Datur itaque hæc actio creditori cuilibet contra debitorem, & in quem facta alienatio. Videtur enim realis potiùs esse quam personalis, cùm realibus prætoriis conjungatur, *Instit. De actionib. d. § Item si quis*, & rem persequatur, si non in quēlibet possessorem detur, saltem in eum, in quo est causa revocationis, de qua mox. Nec facit, quod detur ratione callidæ alienationis, atque ita maleficii, quod est personale; nam occasionaliter tantùm ratione maleficii competit, principaliter verò ratione dominii, quod habuit debitor Cujac. *Instit. d. t. §. Item si quis in fraudem.*

4 Revocatur autem res ipsa, quæ alienata. An & fructus? Pendentes quidem tempore alienationis revocantur simul cum re, eo quod simul cum ea, cujus erant pars, fuerint alienati, non verò nati tempore medio, *l. fin. §. non solum cum seqq. h.t.* cùm non possint videri alienati, qui nunquam fuerunt in bonis debitoris, utpotè percepti post translatum per debitorem dominium. Obstare videtur *d. l. Ait Prætor. 10. §. præterea 22. h.t.* ubi dicitur, hanc restitutionem debere fieri in statum pristinum, ut omnia revocentur, perinde ac si alienatio nulla fuisset facta, ut etiam commodum medii temporis veniat restituendum. Respondet Bart. *ad d. l. fin.* & benè istum §. loqui de fructibus, qui pendebant tempore alienationis, ut patet ex textu.

5 Non est autem à creditore in casu revocationis emptori refundendum pretium, *l. 7. h.t.* ex ratione, quod emptor sit doli particeps, cui non subveniendum, nisi fortè pretium in bonis extiterit, nec creditor locupleretur aliena jactura. Alia ratio est in actione Fabiana & Calvisiana, in qua emptori pretium est restituendum, *l. 1. §. si quis in fraudem sup. Si quid in fraud. patroni.* Ratio diversitatis est, quod in hac Pauliana notetur etiā emptor, ut intrà dicetur, in aliis autem duabus notetur ipse libertus, qui dolosè fecit, quo minùs ad pa-

ad patronum debita portio veniret, vel testato vel ab intestato.

6 Ut autem hæc actio competat, oportet primo eum, qui alienavit, obligatū esse revocare volenti, & habenti obligationem alienatione priorem; alias nō potest videri fraudat*, nisi alienationi subsit fraus futuri creditoris, *d.l.* 10. §. 1. *& Si quis cū seq. h. t.* Quæ causa sit, non distinguitur, sive ex contractu sive ex delicto sit creditor, cui fieret injuria, si pœnam debitam posset intervertere reus, alienando bona sua. Non interest etiam pura sit, an conditionali. II. Ut res in bonis debitoris fuerit; nam alias non potest videri facta injuria creditoribus. III. Res sit alienata, & quidem fraudandorum creditorum gratia. * Alienationis nomine venit

7 quilibet actus, quo res extra bona ponitur, per titulum justum, & veram aut fictam traditionem: Quo modo & usucapio continebitur per quam passus est debitor rem alii acquiri, *l. Alienat. 28. inf. De V. S. l.* 1. §. 2. *l.* 4. *h. t.* ubi non faciens, quod debet facere, scilicet non utens servitute, ut illa pereat, in fraudem facit. Dico, per traditionem veram vel fictam; quia vox alienationis accipienda cum effectu: qua ratio ne conventio sola non sufficiet, quia non ponit rem extra dominiū debitoris. Venit & ejus nomine liberatio debitoris, acceptilatio, pactum de non petendo, remissio pignoris, & quilibet actus, quo rem suam patitur fieri deteriorē debitor, & jus, quod habet, amittit, *l.* 1. *in fine*

8 *& seqq. h. t.* *Non acquirendo, veluti dū repudiat hæreditatem debitor, legatum, conditioni non paret, aut alia occasione acquirendi non utitur, non est in ea conditione, ut alienare censeatur cum patrimonium suum diminuere dici nequeat non acquirendo, quæ acquirere potuit, *l. Quod autem 9. in princ. h. t. l. Non fraudantur 134. inf. De R. I.*

9 Non rectè quis objecerit, *l. In fraudem 45. inf. De jure fisci*, ubi etiam non quęsita censentur alienata, quoad revocationem; nam hoc ita in casu fisci, in qua quæ potuerunt quæri, repudiata habentur loco alienatorū. Verum videtur isti solutioni ex diametro repugnare quod habet Ulp I. C. in *l. Cum quidam 26. eod tit. De jure fisci*, in qua quod acquisitum non est, quod acquiri potuit, non dicitur factum in fraudem fisci. Dicendum ibi poni casum singularem, quo capitis reus filium in potestate à matre aut extraneo hæredem institutum emancipavit, ut sibi acquireret hæreditatem, non etiam patri; & respondetur non censeri in fraudem fisci id egisse patrem, quod fecisset in provisionem filii, quæ præsumptio honesta est, & potius sumenda quàm fraudis in dubiò. Quò facit *l.* 1. *&* 2. *& l.* 10. *inf. Si quid in fraudem patroni*, ubi quod donatum à patre mortis causa filio non habetur tamquam in fraudem factum, uti nec quod dotis causā datum filiæ, quia patris pietas non reprehendenda.

10 Fraus ut censeatur facta, duo concurrant necesse est. Primò consilium & ejus, qui alienavit, & ejus, in quem alienatio facta, *d. l.* 6. §. *hoc edictum & d. l.* 10. §. 1. *&* 2. nisi alienatio facta sit titulo lucrativo, tunc enim sufficiet sola debitoris fraus, *l. penult, C. h. t.* Ratio differentiæ est, quia in casu priori par est causa possessoris & creditoris, cùm agat uterque de damno vitando, ideoque possessor est potior, nisi fraus probetur. In posteriori verò causa est impar, cum de lucro agat possessor, de damno verò creditor, qui ideo præferendus. *

11 II. Eventus consilio respondeat, debitor scilicet fiat non solvendo per alienationem, *d. l.* 10. § 1. neque enim alias est quòd conqueratur creditor, cui salvum est jus in aliis bonis. Fraudis probatio creditori ut alleganti incumbit, estque facienda ex conjecturis ac præsumptionibus, de quibus Bart. *ad l. Post contractum 15 sup. De donationib.* & Mynsing. *ad d. § si quis in fraudem.* * Sunt & casus, in

12 quibus fraus non requiritur, sed sufficit solus evētus, ut in mortis causa donatis, in quibus satis est, quòd per rei alienationem lædatur creditor, quæ ideo revocatur, *l.* 1. §. 1. *sup. Si quid in fraud patroni.* Quod autem in istis, uti & in legatis, non desideretur fraus, est, quia taliter relicta non ante debentur, quàm deducto omni ære alieno, tum demùm ratio relictorum habetur, *Instit. De L. Falcid §. cum autem.*

13 Dubitari posset, An concurrentibus duabus istis causis, scilicet fraude & eventu, ipsa alienatio de jure valeat? Quod dicendum esse, ex eo patet, quòd lex illas causas requirat, ut alienata revocari possint, quæ aliàs manebunt valida. Frustrà quis objecerit, *l. Si lib. 16. in princ. sup. De jure patron*, nam quod ibi dicitur alienatio nulla esse, est, quin agitur de alienatione facta in fraudem legis, quæ est longè alia ab ea, quæ facta in fraudem hominis; illa enim maior est, quòd patrono per eam jus suum negetur, per hanc verò tantum diminuatur.

FINIS LIBRI XLII.

4 Differunt Interdicta ab Actionibus, quod hæ partim sint civiles, partim prætoriæ, & de proprietate rerũ privatarũ agant, aliæ in rem aliæ in personam; illa verò in publicis interponantur, possessionis causam contineant, vi ipsa sint personalia, licet in rem scripta sive concepta. Formula item alia actionum, alia interdictorum: illarum in judicem concipiebatur, v. g. *Si paret Mævium per vim possessionem abstulisse, neq; restituisse, Cajus Iudex esto*: horum vero in partem, scilicet *Vade tu illum dejecisti, eo restituas.* Ab Edictis differunt interdicta, quod illa jus publicum contineant generale, ad omnes spectans, interdicta vero inter privatas personas reddantur, & ad eas spectent, inter quas proponuntur, Cuiac. 5. *Obser. cap.* 17.

5 Interdictorum varia est divisio. Alia enim super divinis interponuntur, alia super humanis. Quædam duplicia, in quibus uterque litigatorum duplicem personam, actoris scilicet & rei, sustinet; quædam simplicia, in quibus alter actor, alter reus. Alia item perpetua alia annalia, quæ anno tantum durant *l.* 1. *inf. t.* 16. *de vi & vi arm.* Quædã itẽ *Prohibitoria*, quibus quid prohibetur fieri, veluti vis, ædificatio in publico, in sacro; alia *Exhibitoria*, quibus jubetur quid exhiberi; alia *Restitutoria*, quibus jubetur aliquid restitui, uti possessio spoliato. Quædã iterũ sunt vel *Adipiscendæ possessionis*, quibus agitur, ut possessionem, quam non habuimus, acquiramus; vel *Recuperandæ*, quibus possessio amissa repetitur; vel *Retinendæ*, quibus possessio, quæ habetur, defenditur contra turbantes, *§. & q. Instit. h. t.* Dicuntur istæ postremæ species pertinere ad rem familiarem, *l.* 2. *§ fin. h. t.* & sunt in frequentissimo usu, maximèque cognoscendæ. Quædam etiam interdicta referuntur ad præsens, velut Vti possideris, quædam in præteritum, ut de itinere actuque privato, de aqua æstiva, *l.* 1. *§.* 2. *h. t.* Quædam etiam noxalia sunt, quæ ob delictũ eorum, quos habemus in potestate, dantur, ut si vi dejecerint, vi aut clam opus fecerint, *l. fin. h. t.*

6 Finis interdictorum est, ut possessionum jura defendantur, ne partes ad arma veniant causa consequendæ possessionis; cuius magnũ est commodum, cum transferat onus probandi in adversariũ, satis enim est possessori quod possideat. Solet autem prius de possessione quam de proprietate cognosci, *l* 3. *C. h t.* Debet enim prius poni actor, qui agat, & reus, contra quem agatur; qui poni non possunt, nisi constet, uter possideat, quia qui possessione excidit, actor est in petitorio, qui vero obtinuit reus.

7 Quæsitum est, An judicium petitorium cum possessorio cumulari, id est simul proponi possit? plerique contendunt, cumulationem petitorii adipiscendæ & recuperandæ procedere, ut scilicet quis possit contendere se & dominũ rei esse, & eius possessionem ab adversario turbari, vel agere simul ad eam sibi cedendam: & nituntur expressis juris textibus, *in c.* 3. 4. 6. *x de causa possess. & propriet.* ubi dicit Pont. petitorium & possessorium ab initio posse simul proponi, tractari, finiri in eodem judicio, & adversus eumdẽ. Non est tamen ista res extra controversiam; nam contra videtur esse, I. Quod non possint plures actiones ejusdem rei nomine simul proponi, *l. Nemo* 43. *§. quoties inf. de R. I.* præcipue si sint contrariæ, ut per unius propositionem videatur renuntiari alteri; veluti hac in materia intentans petitorium non videtur habere possessionem, & contra. II. Quod prius agendum, sit de possessione, ejusque quæstio terminanda, antequam agatur de vindicanda re, *l.* 3. *C. h. t.* prius enim constare debet, quis actor, quis reus. III. In casu, quo agitur de recuperanda possessione, spoliatus ante omnia venit restituendus, per jura notissima, qua de re infra. IV. Quod possessori sufficere debeat, quod possideat, *l.* 1. *§. interdictum inf. Vti possid.* ut hoc casu, quo vindicat, possit videri non possidere, cum vindicatio non tãdetur possidenti, quam contra possidentem. V. Quod frustra fiat cumulatio utriusque judicii, ex eo, quod per alterum posset haberi intentio. quâ habita alterum erit supervacaneum, VI. Obstat regula, quam colligunt est *l. fundum* 16 *& l. final. inf. de except.* quod, quando sententia lata in prima actione absolutoria parit exceptionem rei judicatæ in secunda, non admittatur cumulatio.

8 Verum, his non obstantibus, non recedendum à priori opinione communiter recepta, petitorium scilicet & possessorium ab initio posse simul proponi, tractari & finiri, sufficienter probata per dicta capitula. Pro qua facit, quod non implicet, proposito petitorio recurrere ad possessoriũ, cui nõ videtur renuntiasse, cum actiones istæ non versentur circa idẽ. *l. Naturaliter* 12. *§. nihil sup. de acquir. possess.* ut non possint dici contrariæ, atq; ita secte cumulentur, cum cumulans, suscepta utriusque probarione, tantum sibi præjudicet, neutiquã parti adversæ, quod nihil involvit mali; atque ita cessat primum argumentum. Non obstat secundum: nam ita juris est, quando non suscipitur probatio utriusque per actorem; quo modo & respondendum est ad tertium. Non obstat quartum, quia procedit, quando actor non turbatur in sua possessione; nam si turbetur, & negetur pos-

possidere, quidni agit? cum possessio, quam habet, ei prodesse nequeat, propter turbationem, per quam alter possessionem sibi asserit. Ad quintum dicendum, non esse frustraneam utriusque judicii cumulationem, cum eius finis sit, ut facto altero probato non frustrà egerit actor, quandoquidem ab initio sit incertum, utro judicio sit obtenturus. Non obstat denique sextum; nam ista regula non potest obtinere hoc in casu, cum post judicium possessorium supersit quæstio petitorii, cui non est præjudicatum per priorem sententiam, nisi quod onus probandi transferatur in eum, qui in possessione est victus. Et hoc ita quoad petitorium & possessorium adipiscendæ & recuperandæ possessionis.

9 Alia quæstio est, An & cumulari possit possessorium retinendæ cum petitorio? Pleriq; negant, propter repugnantiam; quam admittere videtur cumulans, quod utens hoc possessorio affirmet se possessorem, *l. 1. §. est igitur inf. Uti possidetis*; petitorio vero agens videatur possessionem attribuere adversario, aut saltem ei renuntiare, & in adversarium transferre, ut quasi contraria proponens non sit audiendus volens cumulare. Secundo, propter textum in *c. 5.* ꝟ *De causa possess. & propriet.* ubi permittitur cumulatio petitorii cum possessorio adipiscendæ & recuperandæ possessionis, nulla facta mentione retinendæ. Et hanc opinionem receptam tradit Menoch. *De retin. poss. remed. 3. n. 512. & seqq.* qui ne quidem cumulationem ex rescripto Principis admitti vult, etiam ex consensu partium.

10 Quibus tamen non obstantibus, probabilior est eorum sententia, qui admittunt cumulationem possessorii etiam retinendæ cum petitorio, *c. 4. & 6.* ꝟ *De caus. poss. & propriet.* ubi indistinctè Pont. admittit cumulationem. Pro qua parte facit, quod habet *d. l. 12. §. nihil sup. De acquir. vel amit. pos.* ubi illi, qui cœpit rem vindicare, non denegatur interdictum Uti possidetis, quod est retinendæ; ut, si post petitorium propositum proponi possit, non sit ratio, cur non & ab initio utrumque judicium conjungatur. Vid. Govean. *l. 1. Variar. Lect. c. 3.* Cuiac. *7. Observ. cap. 8. & 25 Obs. cap. 34.* Fachin. *8. Cont. c. 6. & 7.* Non obstat prius argumentum, cum nulla hic subsit repugnantia; neque enim petitorio agens fatetur adversarium possidere, neque etiam possessioni renuntiat, ne quidem tacitè. Deinde potest petitorium intentari contra eos, qui detinent tantùm, modo habeant restituendæ rei facultatem, *l. Officium 9. sup. De rei vindic.* Videatur Cujac. *ad d. l. Naturaliter 12. §. nihil.* Non obstat secundum; nam quod Pont. ibi tantum duarum specierum possessorii meminerit, non est, quod retinendæ possessorium velit exclusum, sed quod de eo consultus non fuerit. Quo facit, quod *d. c. 4. & 6. d. tit.* habeant indistinctè petitorium & possessorium posse cumulari. Nihil faciunt verba generalia in *d. c. 5. Aliis possessoriis judiciis in suo robore duraturis, quæ vindicationem sui natura præcedunt*; nam accipienda in casu, quo unus idemq; non suscipit utriusque probationem, tunc enim priùs semper constare debet de possessione, ut sciatur, quis reus.

11 Potest itaque petitorium cum possessorio etiam retinendæ possessionis cumulari: quamvis judex, si videatur, petitorium suspendere possit, *d. l. 9. sup. De rei vindic. & c. Ex conquestione 10.* ꝟ *De restit. spoliat.* Quo facto non fiet præjudicium causæ petitorii, quo minus ea postea peragitur: nisi tale sit possessorium, cui conjuncta causa proprietatis, ut in *l. 3. §. Quadam hoc tit.* *Quod 12 si simul utrumque judicium sit terminandum, prius de possessione pronuntiandum, *c. 6.* ꝟ *De causs. possess.* In executione tamen prævalebit proprietas alteri adjudicata, quod petitorii causa, licet posterior, sit tamen potior, & absorbeat causam possessionis, eamque injustam ponat: ut in dolo versari videatur, volens sibi restitui possessionem, quam mox adversario victori cedere cogatur, *d. c. 6.*

13 Dubitatum hic fuit, An inchoato judicio petitorio, si eius difficilis appareat probatio, possit actor recurrere ad possessorium? Ita responsum est in *d. c. 5.* quod non videatur renuntiasse possessioni, qui rem vindicat, *d. §. nihil*; & quod res facilè redeat ad naturam suam, ordinariè enim possessorium priùs movetur. Et hoc, antequam in causa fuerit conclusum, quia renuntiatur per conclusionem ulterioribus probationibus, & causa pænè est decisa. Nihil obstat *Auth. Qui semel Cod. Quomodo & quando judex sent. prof. deb.* nam tantum agit de eo, qui tergiversandi animo causam semel susceptam deserit, qui animus hic non est, cum dimittatur caussa suscepta; quod licet, cum nemo teneatur invitus agere, *Cod. ut nemo invitus. &c. & l. Postquam l. ti Cod. De pactis* ubi Bart. & Jas. Præterea hic animus est probandi possessorium, cum videatur agens commodè probare non posse petitorium, *l. Cum fundum 18. §. fin. inf. De vi & vi ar.* *Et hoc ita communiter admittunt in possessorio recuperandæ & adipiscendæ; negant verò aliqui

aliqui idem obtinere in possessorio retinendæ, per textum in *d. c. 5.* ii *De caus. poss. & propriet.* in quo nulla fit ejus mentio, Non malè tamen idē in eo sustinebitur, ex dicta ratione, quod intentans petitorium non possit videri renuntiasse possessioni, juxta *d. §. nihil.* in quo expressè & indistinctè dicitur, ei, qui cœpit rem vindicare, non denegari interdictum Uti possidetis, cùm agens vindicatione non magis quoad hoc possessorium à se abdicet possessionem, quàm quoad priora, si modo aliquam habeat aut habere se competerit. Non obstat, quod in *d. c. 5.* nulla fiat mentio retinendæ, nam hoc rectè ideo, de eo non consultus Pontifex. Videantur Interpp. ad *d. l. Naturaliter §. nihil & ibi* Cujac. *De acq. possess. & d. lib. 7. Obser. c. 36.*

TITULUS II.

Quorum bonorum.

SUMMARIUM.

1. *Interdictum hoc datur bonorum possessori.*
2. *Utile interdictum datur & haredi civili.*
3. *Datur contra possessorem pro harede, aut pro possessore.*
4. *Non datur contra debitores hareditarios.*
5. *Missio in possessionem* ex l. ult. C. de edicto D. Adr. tollendo *diversa ab hoc interdicto.*
6. *Missionem ejusmodi non impedit vitium praeteritionis aut injusta exharedationis.*
7. *Contradictore aliquo existente utrinsque causa ventilanda.*
8. *Haredi scripto licet occupare bona propria auctoritate.*

SUbjunguntur sequentibus Titulis Interdictorum species; & quidem hoc & sequenti Tit. agitur de interdicto adipiscendæ possessionis, quod datur ei, qui necdum possessionem nactus, cujus ordinis est interdictum *Quorum bonorum*, ita dictum ab ejus primis verbis. * Competit ei, cui à Prætore decreta est possessio bonorum, *l. 1. Cod. hoc tit.* quo decreto acquisitum quidem jus ad possessionem, non etiam possessio, cujus usus accedit per hoc interdictum, quòd est restitutorium, ad universitatem bonorum pertinens, non etiam ad res singulares.

2 Quæri possit, An competat hæredi civili? Directò non potest competere, cùm agat de bonorum possessoribus, quos Prætor vult juvare, ad quos non spectat hæres civilis. Utile tamen & huic competere est probabile, cum jus prætorium non tantum sit comparatum, ut emendet & suppleat, verùm ut adjuvet jus civile. Accurs. & alii *ad l. 1. Cod. hoc tit.* Ideo autem & huic commodum est interdictum, quia non indiget tam exactâ probatione, sed summariâ cognitione est contentum.

3 Datur contra possessorem pro hærede aut pro possessore, non etiam contra possidentem titulo singulari; hic enim cum sit in pari causa cum petitore, potior est ratione possessionis. Pro hærede possidet, qui putat se hæredem esse: pro possessore, qui sciens rem hæreditariam ad se non pertinere, nullo tamen jure possidet, *l. Pro harede 11. cū 2. seqq. sup. de har. pet.* V. ib. *dict. n. 16. & 17.*

4 Ubi etiam quæri possit, An detur contra debitores hæreditarios? Quod negandum est, cùm illo interdicto tantùm teneantur corporum possessores, *l. 2. h. t.* Cujus ratio patet ex insertis huic interdicto verbis, *si nihil usucaptum sit*: usucapio autem præterquam rerum corporalium nulla fuit, *l. 1. h. t. l. Servum §. 1 sup. De acquir. rer domin.* et cùm nihil rerum hæreditatis teneant debitores, sed tantum res suas, contra eos competere nequeat hoc interdictum.

5 Affine huic interdicto remedium est possessorium à Justiniano Imp. introductum *l. fin. C. De Edicto D. Hadr. tollen.* Differt tamen, quia in interdicto, Quorum bonorum opus est probatione, saltem summariâ, juris ad hæreditatem; in missione autem ex *d. l. fin.* satis est testamentum ostendi primâ figura non vitiosum. Accurs. *ad d. l. fin. V. legitimo.* Olim post apertas tabulas testamenti mitti hæres scriptus solet in possessionem ex Edicto D. Adriani, quod latum fuit ad legem Iuliam de vicesima sive vicesimariam, qua hæreditatis, legatorum, mortis causa donationum, quæ extraneis relinquebantur (nam legitimos hoc gravamen non tangebat) vicesima in fiscum inferri jubebatur, *d. l. fin. in. princ.* Hodie, cessante divi Adriani Edicto, & cessante exactione vicesimæ, mittitur in bonorum possessionem, quæ defunctus tempore mortis possidebat (nam alia hæreditatis, petitione vindicatione consequitur) hæres ex asse vel ex parte institutus, qui competenti judici obtulerit testamentum prima figura sine omni vituperatione aut sensibili vitio apparens. Nam si vitium aliquod appareat, missio tamquam ex causa falsa vitiosa erit. Sen-

Sensibile vitium hic vocatur vitium cancellationis, inductionis nominis hæredis, testium, sigillorum defectus, aut alterius, *d. l. fin. in princ.*

6 Quod si præteritionis vitium objiciatur, non obstabit, quò minùs missio fiat, *l. 2. Cod. d. tit.* Idem dicendum de injusta exhæredatione, cum hoc remedium sit possessorium & summatium, ut moram non ferat per alicujus objectionem, nisi objectum in continenti probari possit, *l. 3. §. ibidem sup. Ad exhib. & l. Ille 13. §. quid ergo Ad S. C. Trebellian.* quod ipsum relinquendum arbitrio udicis *arg. l. In fraudem §. fiscalibus versic. cujus rei inf. de jure fisci.*

7 Quòd si aliquis contradictor extiterit, utriusque causa ventilanda est, eique possessio concedenda, qui potiora jura ostenderit, *d. l. fin. §. fin autem.* Sic institutus est potior substituto, quia prius jus habet, *l. 1. C. de Edicto D. Adr. tollen.* Plane licebit scripto hæredi occupare bona etiam propria auctoritate, si contradictor non extiterit, aut non sit alius possessor; nam alias auctoritate judicis opus erit, ne quis sibi jus dicere videatur.

8 Quæritur an hac missione ita missio possessio, ut etiam contradictor possidens cedere debeat. Non fit tamen per eam præjudicium petitorio, cùm in ordinario judicio fiat plenior discussio de juribus partium. Cæterum durat petitio hujus missionis perpetuo, cum edictum D. Adriani tantum fuerit annuum. Patet ex testamento nuncupativo eam non dari, uti nec ab intestato, cum requirantur tabulæ non vitiosæ.

TITULUS III.

Quorum Legatorum.

SUMMARIUM.

1. *Interdictum hoc vicinum superiori.*
2. *Datur hæredi contra legatarios.*
3. *Contra donatarium mortis causa non datur.*

1 Est & restitutorium adipiscendæ possessionis interdictum, *Quod legatorum*, uti habet hic Rubrica, vel, uti in *Cod. Quorum legatorum.* Vicinum est superiori spectans ad partem hæreditatis, ut universitatem aliquam concernat.

2 Datur hæredi adversus legatarios, ad restituendas res hæreditatis, quas citra voluntatem hæredis occuparunt, *l. 1. §. 2. h. t. l. 1. C. eod.* Nec facit, quod legatarius sit rei legatæ dominus, & malè videatur hæres repetere res, quas restituere debet, *l. Doli inf. De doli except.* Nam interest hæredis habere res penes se, ut, quatenus ultra dodrantem est legatum, commodius Falcidiam sibi retineat: & licet pars sufficere posset, interest tamen ejus totam rem habere in finem prædictum.

3 Contra donatarium mortis causâ non competit, quod possideat voluntate defuncti, & Falcidia hæredi sit salva, *d. l. 1. §. si quod ex mortis.*

TITULUS IV.

Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit.

SUMMARIUM.

1. *Interdictum hoc est generale.*
2. *Datur prohibito.*
3. *Quid veniat in hoc interdictum.*
4. *Datur & prohibito actio in factum ad id quod interest.*

1 Datur ex generali edicto interdictum, Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est; quod partim est prohibitorium, ut colligere est ex verbis, *Ne vis fiat*, partim restitutorium, *l. §. 3. penult. h. t.* Est & hoc generale, *l. 1. §. 2. hoc. tit.* non tantum hæreditati & legato commune, verum & ad alias causas pertinens: quoscumque enim & quacumque ex causa Prætor in possessionem miserit, ut rei servandæ, aut legatorum, aut ventris nomine, his quo minus in possessione sint, vim fieri vetat, *d. l. 1. §. 2.* quia nisi eos tueretur, frustra in possessionem mitteret, *d. l. 1. §. 1.*

2 Datur ei, qui prohibitus. Suo, an alieno nomine prohibitus, nihil interest, *l. 2. hoc tit.* Contra eum, qui probibuit, sive suo sive alieno nomine vel venire in possessionem, vel etiam, cum venisset, expulit, *d. l. 1. §. hac actio.* Quatenus tamen dolus malus adest, secundum verba interdicti: unde eo cessante non erit illi locus, veluti si quis ideo possessione arcuerit, quia rem suam putabat, aut sibi nexam, *d. l. 1. §. si quis ideo.* Hinc & pupillus & furiosus non tenentur hoc interdicto, quia affectu carent, *d. l. 1. §. hoc edicto.*

3 Venit quanta ea res est, ob quam in possessionem quis missus, *d. l. 1. in princ. & §. hac verba.* Ut interdictum hoc contingat excedere id quod interest, atque ita sit pœnale, non competens in hæredem, *d. l. 1. §. 1.* Unde & annale est, *d. l. 1. §. hanc actionem.* ubi excipitur legatorum missio, ex ratione, quia in potestate successorum est evitare interdictum, oblatâ satisdatione.

Præter

4 Præter hoc interdictum est & actio in factum ad id quod interest, *l.3.§. Prætor hoc.tit.* non pœnalis, unde & in hæredem competit. Est & extraordinaria cognitio, *d. l.3.* qualis est, quando, non dato judice speciali, magistratus ipse notionem suam adhibet. Interdum & adhibetur manus militaris, *d.l.3.in princ.*

TITVLVS V.

De Tabulis exhibendis.

SVMMARIVM.

1. *Interdicto huic quando sit locus.*
2. *Exhibitio apud Prætorem facienda.*
3. *Interdictum hoc cui detur.*
4. *Et contra quem.*

1 Spectat & hoc interdictum ad causam universitatis, nempè hæreditatis, estque exhibitorium; agitur enim eo de exhibendis tabulis testamenti, aut alterius ultimæ voluntatis. Exhibere est materiæ ipsius apprehendendæ copiam facere, *l.3.§. Exhibere hoc tit.* Non aliàs autem huic interdicto locus est, quàm si is, qui tabulas reliquit, sit mortuus; reliquisse enim nullus dicitur, nisi qui mortuus est, *l. 1. §. pen. hoc tit.* Quo modo ipse testator non utitur hoc interdicto, sed actione ad exhibendum, cui locus est in petendis instrumentis aliarum actionum, de qua suprà, *Ad exhibendum.* 2 * Exhibitio facienda apud Prætorem, ut ex ejus auctoritate signatores veniant ad recognoscenda signa; qui si non compareant, coërceantur à Prætore, *d.l.3.§.exhibere.*

3 Competit ei, cui primis vel secundis tabulis debetur hæreditas, *l. unica Cod. hoc tit.* vel legatum, fideicommissum, testamento, codicillis, libello relictum, *l. 1. in princ. l.3.§. solent hoc tit.* etiam sub conditione, adeò ut non debeat legatarius talis cavere rest[illegible]ere quidquid consecutus fuerit, deficiente conditione, quòd sit pœna contumaciæ, *d. l.3. §. etsi.* * Datur contra possessorem, aut tabularum detentorem, si neget tabulas se exhibere 4 posse, vel debere, *d.l.1.& §.1.l.penult.h.tit.* Contra confitentem non competit, qui compellendus est exhibere, *d.§.1.* Si reus intra tempus præstitutum non exhibuerit, condemnatur in id quod interfuit actoris, *d.l.3.§.condemnatio.* Unde quia non est pœnale, datur etiam hæredi, cæterisque successoribus, etiam post annum, *d.l.3.§.fin.* Non aliàs autem in hæredem, nisi quatenùs detinet.

Ad sequentes titulos, ut minùs utiles, ab Auctore nihil prælectum fuit. Continent plerique interdicta prohibitoria, rem publicam concernentia, ut vel Rubricæ ipsæ indicant, seq; sufficienter explicant; quas propterea, ne quid hic desit, subjicere ordine placuit.

TIT. VI. Ne quid in loco sacro fiat.
TIT. VII. De locis & itineribus publicis.
TIT. VIII. Ne quid in loco publico vel itinere fiat.
TIT. IX. De loco publico fruendo.
TIT. X. De via publica, & si quid in ea factum esse dicatur.
TIT. XI. De via publica & itinere publico reficiendo.
TIT. XII. De fluminibus, ne quid in flumine publico, ripave ejus fiat, quo pejus navigetur.
TIT. XIII. Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore æstate fluxit.
TIT. XIV. Uti in flumine publico navigare liceat.
TIT. XV. De ripa munienda.

TITVLVS XVI.

De vi & vi armata.

SVMMARIVM.

1. *Interdictum hoc introductum in odium spoliantis.*
2. *Quando & quibus competat.*
3. *Datur & prædoni spoliato.*
4. *Item fructuario, emphyteutæ, vasallo.*
5. *Colono non datur.*
6. *Hæredi an & quando detur.*
7. *Non competit dejecto per vim compulsivam.*
8. *Datur in dejicientem, sive per se sive per alium.*
9. *An & in eum, qui clam ingressus est fundum alienum?*
10. *Datur in eum, qui vacuam alterius possessionem occupavit.*
11. *In tertium possessorem an detur?*
12. *In tertium bonæ fidei possessorem an detur jure Canonum?*
13. *Datur ad restitutionem rei ablatæ & damni dati.*

14. *Cessat interdictum in causa matrimoniali.*
15. *Item si spoliatus passus fuerit tractari causam proprietatis.*
16. *Si & ex restitutione damnum sequatur irreparabile.*
17. *An & si prædo notorius spoliatus fuerit à domino?*
18. *Sententia negans asseritur.*
19. *Respondetur ad opposita.*
20. *Prædonem notorium spoliatum an removeat exceptio dominij?*
21. *Probatur eum removendum esse.*
22. *Spoliatus beneficio Ecclesiastico ante omnia restituendus.*
23. *Intellectus* cap. Porrò ꝟ De divor.
24. *Exceptio spolij an removeat agentem per modum reconventionis.*
25. *Intellectus* cap. fin. ꝟ De ordine cognit.
26. *Pœna invadentis possessionem rei suæ vel alienæ ex* l. Si quis in tantâ 7. C. Unde vi.
27. *Non habet locum in conductore, commodatario, depositario.*
28. *Ne quidem rescripto Principis licet alienam possessionem invadere.*

HActenus de Interdictis, quæ publicam rem concernunt: subjunguntur ea, quæ ad rem privatam pertinent; & hoc quidem Tit. agitur de interdicto Unde vi, ita dicto à primis interdicti verbis. Est autem recuperandæ possessionis, quâ aliquis vi est dejectus. 1 † Videtur inductum potius in odium spoliantis, quàm favorem spoliati. Bart. *in l. Qui exceptionem sup. De condict. indeb.* Quod vel eo potissimùm argumento probari videtur, quòd si sui origine favorabile esset, ad casus non expressos extenderetur, quod non fieri constat ex *l. fin. Cod. Unde vi.* Habet autem hoc interdictum summam æquitatem, scilicet ne violentia unius alteri sit damnosa.

Habet locum in dejecto possessione rerum 2 corporalium, saltem directum. Pro quasi possessione rei incorporalis competere non potest nisi utile. Bart. *ad l. 3. , in id. 13. hoc tit.* Datur itaque dejecto possessione rerum corporalium immobilium (nam pro mobilibus est actio vi bonorum raptorum) qui eas possidebat suo non alieno nomine, *l. 1. §. quod servus hoc tit.* & quidem tempore dejectionis, sive civiliter sive naturaliter, *d. l. 1. §. dejicitur*, sive per se sive per alium, *d. l. 1. §. ait Prætor & §. quod servus*; sive juste sivè injustè, 3 † nam & prædoni spoliato hoc interdicto succurritur, *d. l. 1. §. qui à me & l. colonus 12. h. t.* Et hoc non tantùm si vi vel clam vel precario ab alio possideat, *d. §. qui à me 30. & c. Litteris* ꝟ *De restit. spoliat.* verùm etsi ab ipso dejiciente, *§. recuperandæ Instit. De interdict.* Ut excepto domini non audiatur, nec spoliationis, quatenus dejectus ex intervallo dejiciente possessione dejecit, quia hæc res magis sapit vindicationem, quàm justam rerum suarum defensionem. In continenti facta dejectio per dejectum extra vitium est, *l. 3. §. eum igitur h. t.* quòd ea spectet ad licitam rerum defensionem, *l. 1. C. unde vi.*

4 † Competit & fructuario, *d. l. 1. §. in id & §. penult.* quòd si fructuarius dicatur naturaliter possidere, *l. Naturaliter 12. in princ. sup. De acquir. possess.* ut non tam utile quàm directum ei competat, ut probat Menoch. *De recuper. possess. remed. 1. n. 4.* Quâ ratione & emphyteutæ & vasallo conceditur, cum & hi naturaliter possideant.

5 Non competere colono omninò dicendũ est, quod non sibi, sed alii possideat, *l. 1. § quod servus 22. hoc tit.* Movetur tamen difficultas ex *d. l. colonus & l. cum fundum 18 hoc tit.* ubi emptor fundi jussus à venditore fundum intrare, repulsus à colono, si vi adhibitâ colonum expulerit, dicitur eidem hoc interdicto teneri, cùm tamen non sit nisi colonus, qui non potest videri sibi possedisse, quia mutaret causam suæ possessionis, quod non licet. Verùm dicendum, in dictis locis colonum non manere in prioribus terminis, & non admittendo emptorem non ampliùs alteri possidere, sed sibi. Nihil obstante regulâ, quòd nemo sibi mutet causam possessionis; nam illa non obtinet, quando aliud aliquid accedit, per quod videtur mutari possessio; uti hoc in casu accedit violentia coloni repellentis emptorem, per quam videtur sibi possessionem arrogare, cùm & vi dejiciendo, etiam dominum, consequatur quis possessionem, ut notissimi juris est. Nec obstat, quòd ipsi teneatur interdicto Unde vi, quia nihilominus ei competit respectu alterius, à quo dejicitur.

6 Hæredi ante adeptam possessionem hæreditatis potest dici competere, in casu, quo ex statuto possessio defuncti in eum continuatur; nam cùm habeatur pro possessore ex vi statuti, debent ei jura competentia possessori concedi, qua de re latiùs Menoch. *d. loco nu. 397.*

7 Dejecto per vim compulsivam non videtur competere hoc interdictum, per *l. Si rerum 5. hoc tit.* Cujus ratio esse videtur, quòd qui compulsus possessionem tradit, intelligatur suâ voluntate dejectus, Innocent. in *cap. Sæpe nu. 2.* ꝟ *De causa*

causa possess. & propriet. Nec obstat quòd voluntas sit coacta, nam & illa est voluntas, secundùm ea, quæ traduntur in materia de metu. Non competit excommunicato, facit enim excommunicatio denegari actionem; agere autem videtur interdictum hoc proponens.

8 Datur contra eum, qui dejecit, sive per se sive per alium, jubendo, ratum habendo, *d. l. 1. §. dejecisse 12. & §. sed etsi quod alius 14.* quia ratihabitio in delictis mandato comparatur; quatenus tamen suo nomine factum spolium ab eodem ratum habetur, *Glossa ad d. §. sed etsi V. ratum habuero.* Familia si dejecerit, dominus noxæ dedendo liberabitur, nisi jusserit, *d. l. 1. §. quod igitur.*

9 † In eum, qui clam ingressus fundum alienum, non videtur competere, ut tenent plures citati ab Alex. ad *l. Naturaliter 12. §. nihil commune sup. De acquir. possess.* cùm nulla vis videri possit commissa in eum, cujus absentis possessio est occupata; nisi reversus possessor, dum conatur ingredi suam possessionem, vi impediatur ab invasore, qui tunc intelligetur vi possidere, *l. 6. §. fin. De acquir. poss.*

10 † Jure Codicis extenditur hoc interdictum & ad eum, qui vacnam alterius possessionem intravit, *leg. fin. Cod Unde vi*, cùm à prædone non differ invadens rem, quam scit non esse suam, quippe quam scire debuerit esse alienam; quo tamen casu criminalis actio, quæ aliàs competeret, *l. 4 Cod. d. tit.* non intentatur, propter cessantem vim.

11 In eum itaque tantùm datur, qui vi dejecit, non etiam in tertium possessorem, *l. 7. hoc tit.* non solùm si bonæ fidei fuerit, sed ne quidem si malâ fide possideat: est enim interdictum hoc personale, conceptum in eum, qui vim fecit, saltem inspecto jure civili. Qua in re jure Canonico quid emendatum, quo in possidentem scienter rem à spoliatore agi potest condictione ex *c. Cum ad sedem 15. ꝟ De restitut. spoliator.* ex ratione, quòd talis videatur succedere in vitium sui auctoris, & non multùm intersit, quoad animæ periculum, injustè vel scienter rem alienam detinere aut invadere.

12 Quæstio autē est, An & jure Canonico competat contra tertium bonæ fidei possessorem? Et communiùs videtur receptum, competere contra illum condictionem ex remedio *can. redintegranda 3. 1. quæst. 1.* propter generalitatem verborum dicti canonis, in quo habetur, quilibet spoliatus restituendus, frustrà temporis aut aliâ quacunq; conditione objectâ. Sed contrarium verius est, per *d. c. 15. & 18.* in quibus hoc remedium datur contra possessorem tertium, qui scienter alienam possessionem tenet, & est successor in vitium; ut aliter res se habere sit dicenda in eo, qui est bonæ fidei possessor, qui non successit in vitium alterius: ut, ratione, quâ nituntur ista duo capitula, non militante in bonæ fidei possessore, nec debeat obtinere eorum decisio. Deinde cùm capitula illa sint posteriora dicto *can. Redintegranda* omninò restringunt ejus generalitatem, ne aliàs malè in iis excipiatur malæ fidei possessor: neq; enim novum est, ut ait Jurisconsultus in *l. Non est novum 26. sup. De legib.* ut priores leges ad posteriores trahantur, id est ab iis desumant interpretationē, restringantur, & immutentur, *l. fin. sup. De constitut. Princip.* Posset & *d. canon. Redintegranda* accipi de aliis competentibus actionib', non etiā de interdicto Unde vi. Innoc. *ad d. c. 15.* Menoch. *De recup poss. remed 15. nu. 89.* Barbosa *ad l. Maritum 12. nu 46. & seqq. Sol matrimonio.*

13 Datur hoc interdictum ad restitutionem possessionis, & omnis damni per expulsionem dati, *l. 1 §. rectissimè 34 hoc tit.* ne qua injuria fiat dejecto, & ne ex suo maleficio aliquid dejicienti accrescat. Nec interest, res sint salvæ, an perierint, ad spoliatorem pervenerint nec ne, *d. §. rectissimè.* Datur intra annum utilem, *d. l. 1. in princ.* à die, quo dejectio facta, quia actio est personalis. Post annum tantum ad ea, quæ ad spoliatorem pervenerunt, ad quæ & tenetur hæres, & bonorum successor, *d. l. 1 in fine*; neque enim in lucro versari debet, *l. 3. in princ. h. t.*

14 Cæterùm quæ de restitutione dicta patiuntur exceptionem in causa matrimoniali, si objiciatur exceptio consanguinitatis, præcipuè in gradibus divina lege prohibitis, si probationes in continenti offerantur; & hoc ad evitandum peccatum, aliàs restitutio non est differenda, *c. Litteras 13 ꝟ d. tit.* maximè si matrimonium fuerit consummatum, *c. Ex conquæstione 10. ꝟ d. tit.*

15 Cessat etiam hoc interdictum, si spoliatus passus fuerit tractari causam dominii, *c. 1. ꝟ d. tit.* videtur enim tacitè renunciare juri spoliationis, qui patitur super petitorio agi.

16 † Videtur & cessare, quādo ex restitutione sequeretur damnum irreparabile, secundùm *d. c Litteras ꝟ d tit.* Quod tamen non probat generaliter, cùm tantum procedat favore animæ, ne quis cum

læsione conscientiæ cogatur ad restitutionem: Generalior ratio est, quod in damno & injuria irreparabili etiam liceat resistere judici, *l. Prohibitum Cod. De jure fisci lib.* 10. Covarr. 3. *Variar. Resol. cap. 2. nu.* 12.

17 Quæritur, An cesset hoc interdictum, si notorius prædo spoliatus fuerit ab ipso domino, de cujus dominio constat? Posset videri, non cessare, si jus civile inspicias, per varia juris loca, quibus spoliatus ante omnia dicitur restituendus. Quo primò facit, *l.* 7. *C. Ad L. Iuliam de vi*, ubi ante omnia examinanda violentiæ causa, & repulso possessionis jus reparandum, II. *l. penult. §. sed hac C. De præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* ubi violenter alicui ablata sine distinctione vindicari possunt. III. *l. Si coloni* 14. *C. De agricolis & cens. lib.* 11. ubi dicitur succurri debere spoliato celeri reformatione. IV. *l.* 7. *Cod. Vnde vi*, ubi dominus auferens rei possessionem tertio, ipsius rei dominio privatur; ut multo minùs dici possit non competere domino hoc interdictum V. *l.* 3. *§. eum igitur h. t.* ubi vim inferens confestim repelli potest, licet non ex intervallo, quòd ea res habeat speciem invasionis. VI. *l.* 4. *§. si domus sup. De usucapionib.* ubi ad dominum, qui dejecit possessorem, non dicitur possessio rediisse, ea de causa, quòd ex interdicto eam sit restituturus. Ex quibus & aliis locis collecta & recepta est regula, spoliatum ante omnia esse restituendum. Gomez. *Ad. L.* 45. *Tauri nu.* 182. Fachin. 6. *Contr. c.* 10.

18 Quibus non obstantibus, posset non malè dici, dictam regulam non procedere in domino, qui notorium prædonem spoliavit. In cujus probationem affertur à quibusdam *l.* 1. *§. qui à me* 30. *l. Colonus* 12. *& l. Cùm fundum* 18. *hoc tit.* qui textus admittunt hoc interdictum dari prædoni in tertium spoliantem; quasi argumento ducto à contrario sensu aliter se res habeet in vero domino spoliante eum, à quo antea spoliatus erat. Verùm minus rectè, cùm ejusmodi argumenti genus parum urgeat, & non procedat in casu, quo aliter jure dispositum, quod passim videtur indistinctè mandare restitutionem spoliati ante omnia, juxta loca suprà adducta. Probabilior tamen dicenda posterior opinio, cùm licet textus indistinctè loquantur, ratio tamen subsit aliud juris postulans in domino, quàm non domino, scilicet quòd, quando constat de jure proprietatis, non sit attendenda causa possessionis, quòd hæc illi cedat, *c. Cum dilectis* 6. *¶. De causa poss.* Constat autem hoc in casu de jure proprietatis, ex præsupposito, ut non debeat habere locum regula, quæ indistinctè vult restitutionem ante omnia faciendam esse, cùm non foret sine vitio, siquidem ad possessionem nihil juris sit spoliato, eò quòd constet jus proprietatis esse penes spoliantem: ut succedat regula, spoliatum dolo agere, dum petit possessionem, quam mox est restitututus. Facit eò, quod habet *l. Bona* 31. *sup. Depositi*, quæ vult depositum quidem reddendum esse deponenti, nisi aliud exigat justior causa, uti domini concurrentis cum deponente.

19 Nihil obstant textus oppositi in contrarium: nam tres priores rectè accipiuntur in casu, quo dominus non spoliavit notorium prædonem. Quo modo & respondendum ad quartum; nam in ista lege agitur quidem de casu, quo dominus spoliavit possessorem, non tam notorium prædonem, quàm justum possessorem; uti patet ex eo, quod dominus ibi privetur rei suæ dominio, quod spoliato addicitur, cùm non sit verosimile, Imperatorem voluisse afficere præmio prædonem notorium, qui potiùs pœnâ dignus. Deinde non est legis, favore alicujus malitiam, sed unicuique suum tribuere: tribueret autem, si in casu, quo notorius prædo est spoliatus per dominum, vellet à domino restitui prædoni rem, quâ antea spoliasset dominum. Non obstat quinto loco oppositum; nam in textu ibi allegato non quæritur de facienda restitutione, sed de vi illata, quam dominus etiam infert contra legem. Et licet ex aliis locis colligi possit, eum, qui vim intulit, debere rem restituere, non tamen quando certum est, dominum esse eum, qui spoliavit; spoliatum autem esse notorium prædonem, & eadem possessione eundem dominum antè dejecisse. Non obstat *d. l.* 4. *§. dominus*; quia textus iste non agit de notorio prædone, cùm faciat mentionem possessoris, qui in dubio potius accipiendus justus, quàm injustus. Non facit, quòd dejectus, si ex intervallo dejiciat invasorem, habeatur tamquam violentus, per varia juris loca: nam ideò violentia pœnam meretur, non etiam possessionis privationem, quæ nullo jure addiceretur alteri, qui antea violentiam commiserat, secundùm dicta. Hæc ita de jure civili.

20 Alia quæstio est, An secundùm Canones exceptio dominii notorium prædonem spoliatum removeat? Negativa & hic primâ facie videri posset probabilior. Pro qua facit, quòd spoliatus etiam prædo ante omnia sit restituendus de rigo-

rigore juris, c. 5. ꝟ De restitut. spoliat non factâ distinctione, an contra dominum, an contra tertium spoliantem. II. Quòd restitutionis petitio ex causa spoliationis ita sit favorabilis & privilegiata, ut actor non cogatur respondere spoliatori ante restitutionem, c. 3. ꝟ De ordine cognit. Ex quibus & aliis est collecta regula, & eo Jure recepta, spoliatum ante omnia esse restituendum. III. Videtur facere textus in c. Porro ꝟ De divort ubi etiam positâ publicâ & notoriâ parentelâ, dicitur tamen vir non posse expellere uxorem absque judicio Ecclesiæ, jubeturque temerè expulsam recipere.

Verius tamen, his non obstantibus, removendum esse prædonem agentem interdicto Unde vi contra dominum. Quam sententiam aliqui probare nituntur c. Litteras 10. ꝟ De restit. spoliat. ubi oblatâ in continenti probatione causæ, propter quam alterum conjugem quis spoliavit, non datur plena restitutio. Verùm iste textus parum facit, cùm loquatur in casu speciali, quo agitur de vitando peccato incestus, à quo conscium impedimenti non salvaret mandatum judicis, ut patet ex ipso textu; ut, cùm decisio ista sit singularis, non veniat extendenda. Rectiùs aliqui in probationē posterioris opinionis adducunt cap. fin. De restit. spoliat. in 6. ubi spoliatus ab eo, pro quo est jus commune, nequaquam dicitur restituendus; non aliâ ratione, quàm quòd clatum sit, eum injustè possidere, spoliatorem 22 verò esse dominum. * Nec est, quòd quis dicat ibi agi de causâ beneficiali, in qua, si de jure spoliantis pateat, ideò denegatur restitutio, ne detur vitiosus ingressus; cùm & in beneficiis prædicta regula, de restituendo ante omnia spoliato obtineat, si non constet de jure spoliantis, uti expresśè constat ex d. c. 5. & probat Covarr. De sponsalib. p. 2. cap. 7. §. 5. nu. 12 & 13. Facit pro ista parte ratio, quòd, cùm constet de jure proprietatis, non sit attendenda causa possessionis; frustraneum enim foret concedere restitutionem prædoni contra dominum, cui mox eam restituere cogeretur, cap. 6. ꝟ De caus. possess. & propriet.

Nihil obstat regula suprà allata primo & secundo loco, quia rectè accipitur in casu, quo non concurrit dominus cum notorio prædone.

Non obstat tertium; nam aliqui respondent 23 in isto cap. idcirco juberi restitutionem, quòd dimissio conjugis sit facta contra Ecclesiæ prohibitionem; sed minùs accommodè, cùm & sit contra juris prohibitionem, per vim rem, licet suam, alteri auferre, & in odium spoliationis lex videatur mandasse restitutionem. Unde dicendum, in isto textu agi de dissolvendo matrimonii vinculo, ad quod nullum notorium sufficit, ne quid temerè fiat, sed exspectandum est judicium Ecclesiæ, ut rectè ibi temerè dimissam conjugem teneatur recipere maritus, & superinductam dimittere. Et hoc tantum quoad habitationem, & similia, quæ peccati nihil involvunt, non etiam quoad opus carnis, quia peccatum poneret et eius restitutio in sciente impedimentum, quem neutiquam excusaret jussus judicis, d. c. 13.

24 Quæritur etiam hac in materia, An exceptio spolii removeat agentem per modum reconventionis? Inspecto jure civili non videtur removendus, uti patet ex l. 7. C. Ad L. Juliam de vi, quòd ultimum vitium sit primò purgandum, & quòd peccaverit secundus spoliator, contra prohibitionem juris sibi propria auctoritate jus dicendo, in cujus odium & pœnam indistinctè audientia denegatur. Jure tamen Canonico ejusmodi exceptio videtur obstare spoliato agenti, quòd non continuò & ante omnia restituatur, sed audiatur reus objiciens spolii exceptionem, per expressum textum in c. fin. ꝟ De ordine cognit. ubi dicitur reus super quæstione spoliationis audiendus. * Quod aliqui accipiunt, quando 25 spoliatio est facta hinc inde circa res diversas, non etiam si circa eamdem. Qui intellectus non videtur posse subsistere, cùm d. c. fin. indistinctè loquatur, & spoliatio circa res diversas non debeat posse excludere una aliam, aut impedire restitutionem per compensationem, quæ non habet locum nisi in quantitatibus. Unde veriùs accipitur d. c. fin. de spoliatione circa unam & eamdem rem, ut primus spoliator agens contra secundum sit indignus privilegio restitutionis, juxta vulgate dictum, qui paratus est in alium dicere, ipse omni vitio careat.

Competit autem hoc interdictum, quando 26 dolo res invaditur; quâ ratione ignorantia juris excusare videtur. Verùm ne hac fraude detur licentia malignandi, inductum est l. 7. C. Unde vi, ut qui possessori per vim rem suam aufert, non obstante errore, quo hoc sibi licere putavit, eam perdat; si verò alienam eam reddat, cùm superaddita ejus æstimatione. Loquitur autem d. l. 7. 27 de possessore, cui res ablata; * unde non videtur habere locum in conductore, commodatario, depositario, quibus res aufertur per locatorem, commodantem, deponentem, quia non sunt tam

possessores, quàm detentores, neque legis pœnalis, cujusmodi est d. l. 7. verba sunt extendenda.

23 Dicta de restitutione facienda procedunt etiam in casu, quo quis nixus rescripto vel sententia judicis, propriâ auctoritate invasit possessionem, qualis privatur negotio controverso, ne inde nascatur injuriarum actio, unde jura nascuntur, *l. 6. C. Unde vi.*

TITULUS XVII.

Uti possidetis.

SUMMARIUM.

1. *Interdictum hoc in quibus locum habeat.*
2. *Competit possidenti non vi, clam, precario.*
3. *Non competit colonis & creditoribus.*
4. *Neque etiam datur sequestro.*
5. *Datur misso in possessionem ex secundo decreto.*
6. *Item ei, cujus absentis possessio ab alio occupata est.*
7. *An competat reverso à possessore repulso?*
8. *An competat cessionario?*
9. *Datur turbato in possessione recipiendi decimas, & similes præstationes.*
10. *Adversus quod detur.*
11. *Duplex est hoc interdictum.*
12. *Duo in solidum unam rem possidere nequeunt.*
13. *Contrario huic interdicto.*
14. *Exceptio dominii an ei opponi possit.*

1 AD interdictum retinendæ possessionis spectat hic Tit. continens speciem interdicti prohibitorii.† Locum habet in rebus soli, *l. 1. C. hoc tit.* etiam in incorporalibus, *l. fin. hoc tit, l. 8. §. Aristo in fine sup. Si servitus vindic.* Huic vicinum est interdictum Utrubi, de quo infrà Tit. XXXI. quod locum habet in rebus mobilibus. Inter quæ duo interdicta differentia olim fuit, ut patet ex *Inst. De interdictis §. retinendæ.* Hujus interdicti forma est, † *ut has ædes, de quibus agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto, l. 1. h. t.*

2 † In eo interdicto, uti & interdicto Utrubi, is hodie potior est, qui litis contestatæ tempore possidet, non vi, non clam, non precario, ab adversario suo, *d. §. retinendæ.* Dico ab adversario suo; nam si ab alio per vitium possessum detineat, hoc non faciet adversarii conditionem meliorē, *l. Si duo 3. in princ. h. tit.* Vi possidet, qui expulso possessore rem occupat, *l. 1. § vi possidere sup. de vi & vi arm.* Clam, qui furtivè possessionem ingressus, domino ignorante, à quo controversiam metuebat, *l. clam 6 sup. De acquir. possess.* Precario, qui precibus ab alio impetravit, ut possidere aut uti sibi liceret, *l. 2 in fine inf. De precario.*

3 Unde colonis, servis, interdictum hoc non competit, cùm alieno nomine possessionem teneant. Idem juris est in creditoribus, *l. 3. §. creditores 8. h. tit.* & iis, qui non possident suo nomine. De fructuario aliud responsum est in *l. fin ubi Gl. & Bart. nu 3. h. tit. & Glos. fin. in l. 1. Cod. eod.* cui & competere interdictum Unde vi dictum est Tit. superiori, quod habeatur pro possessore, quam diu durat ususfructus.

4 Sequestro non dari rectiùs dixeris, cùm non possideat, sive sequestratio sit necessaria, quæ fit ex jussu judicis, communiter prohibita, sive voluntaria, quæ fit ex consensu partium, in quarum neutra transit possessio in sequestrum, quòd titulus desit, cùm censeatur potiùs facta custodiæ causâ, *l. Propriè 6. sup. Depositi.* Ut sequestratio titulum sufficientem ponere nequeat, cùm non sit verosimile, possessorem commodum possessionis velle amittere; ut & hæc interdictum sequestro competere nequeat nisi specialiter actum sit, ut possessio sit penes ipsum, *l. Interesse 39. sup. De acquir. possess.* Secundum cujus distinctionem accipienda, *l. Licet 17. in fine sup. Depositi,* quæ simpliciter asserit sequestrum possidere.

5 † Missio in possessionem ex secundo decreto rectè accommodatur hoc interdictum, quòd apud talem sit vera possessio, uti dictum suprà, *ad tit. De reb. auctor jud. possid.* Aliud dicendum in misso tantùm ex primo decreto, quia non possideat, *l. Si duo §. creditores 8. hoc tit.*

6 Competit illi quoque, quo absente possessio ejus ab alio est occupata, quòd absens retinere dicatur possessionem, *l. Clam 6. in fine sup. De acquir. possess.* Neque enim ex eo, quòd alius sit clam fundum ingressus, absenti sua possessio abcedit, qui nihilominus dicitur possidere, cùm non sufficiat corpore quis absit à re sua, modò adsit animus retinendi possessionem, *l. 3. §. sed etsi sup. d. t.* etiamsi absens sciverit possessionem ab alio occupatam, donec reversus repellatur à possessore, aut timore conterritus repetere eam non audeat, *l. Si id quod 25. in fine l. Quamvis 46 sup eod.*

7 † Quo casu dubium est, An competat hoc interdictum? Quod videtur velle Menoch. *De retin. possess. remed. 3. nu. 35.* propter civilem possessionem, quam retineri vult à dejecto, & hunc in ea turbari. Cujus contrarium posset dici, scilicet nō com-

competere hoc interdictum, ex eo, quòd non possit dici possidere dejectus, ne quidem animo. Non obstante *l. Si quis 17. sup. De acquir. possess.* in qua licet dejectus dicatur quasi possidere, non tamen ad vigorem hujus interdicti, sed interdicti Unde vi, quod dejecto competit. Donel *ad l. unic. nu. 12. Cod hoc tit.*

8 Quæsitum fuit, An competat hoc interdictum cessionario? Quod videtur eatenus, quatenus cessio facit transire quasi possessionem in cessionarium. Uti contingit in corporalibus, in quibus sine alia apprehensione dicitur cessionarius consecutus jus quasi possessionis, cùm in corporalibus opus sit traditione ad possessionem. Quo modo in iis non competet cessionario agenti nomine suo ante traditionem, licet agens nomine cedentis utatur hoc interdicto. Menoch. *d. loco nu. 286* †

9 Competit etiam hoc interdictum ei, qui turbatur in possessione recipiendi decimas, præstationes personales, & similia jura, ut latè tradit Menoch. *d. loco nu. 125. & seqq.*

10 Datur adversus quovis modo turbantes aut impedientes possessionis usum, *l. 3. §. cum inquilinus h. t.* sive per se, sive per alium, ad hoc, ut turbare desinant, & cautionem de non ampliùs turbando præstent, unà cum interesse. Continet enim hæc actio quanti ea res est, id est quanti uniuscujusque interest, non esse turbatam possessionem, *l. 2. §. fin h. t.*

11 Duplex est hoc interdictum, cùm uterque & actoris & rei personam sustineat, quia contendit uterque litigantium se possidere, adversarii autem non possidere. Quantum ad ordinationem judicii, actoris loco habetur primò provocans, *l. Qui appellat 29. sup. De judiciis.*

12 An ergò possint duo unam rem in solidum possidere? R. Non posse, *l. 3. §. ex contrario 5. sup. De acquir possess.* ubi dicitur, non magis duos eamdem rem in solidum possidere posse, quàm ut ibi unus stet aut sedeat, ubi alter stat vel sedet. Eodem facit *l. 5. §. fin. sup. Commodati.* Non obstat *l. Si quis 17. sup. De acquir. possess.* ubi dejectus dicitur perinde haberi, ac si possideret; nam hoc verum est quoad interdictum recuperandæ, in quo est superior eo, qui ab ipso possidet per vitium. Non obstat etiam *l. 3. hoc tit.* nam in ea refertur sententia Trebatii reprehensa in *d. §. ex contrario.* Videatur Cujac. *9. Obser cap. 12.* Non obstat deniq; formula interdicti Uti possidetis, quia per eam non fatetur Prætor possessionem apud utrumque esse, sed quia dubium, quo jure litigantes possideant, jubet eos manere in suo jure, donec res cognoscatur, & vetat injuriam alteri ab altero fieri.

13 Contraria sunt huic interdicto, I. Exceptio annalis; permittit enim Prætor tantùm intra annum, quo primùm experiundi potestas fuit, agere, *d. l. 1. in princ. hoc tit.* Unde anno elapso non competet, quia intra tempus concessa post tempus censentur denegata. II. Si probetur agens vi, clam, precario ab altero possidere, secundum verba interdicti, nam taliter possidentem nulla æquitas defendit, *d. l. 1. in fine.* †

14 III. Dominii exceptio, quæ non minùs hic opponenda videtur, quàm in interdicto Unde vi, uti probavimus Tit. superiori, tam secundùm leges quàm Canones. Et ita Alex in *l. Naturaliter §. nihil commune nu. 17. sup. De acquir. possess.* retinendæ interdicto exceptionem dominii opponi posse admittit, & eâ repelli agentem, quatenus notoriè constiterit de dominio, veluti per sententiam, cùm quod est permissum in eo, qui gravius deliquit, uti spoliator, non debeat denegari ei, qui minùs deliquit, uti turbator. Quâ ratione istam Alexandri sententiam defendit Menoch. *De retin. possess. remed. 3. num. 685* contra Jasonem eam impugnantem *d. §. nihil nu 49.* Vid. Fachin *8. Contr c. 17.*

TITULUS XVIII. De Superficiebus.

SUMMARIUM.

1. *Interdictum hoc ad quid competat.*
2. *Pertinet ad superficiarium tantùm, aliàs simile interdicto Uti possidetis.*
3. *Superficiarius quid juris habeat.*

Rubrica hæc habet *De superficiebus*, Cujacio placet *De superficiis*, cùm & dicatur *superficium* in *l. Si ex lapidicinis 32. sup. De jure dot & l. Si area 39. De legat. 2.*

1 † Est & hoc interdictum de retinenda possessione superficii, quo appellatur quidquid supra faciem terræ ac supra solum existit. Estq; prohibitorium, quo Prætor superficiario possidenti, nisi vi, clam, precario ab adversario possideat, quo minùs ita possideat, vim fieri vetat.

2 † Simile est superiori, illud tamen proprium habet, quòd ad superficiarium tantùm pertineat, quem Prætor tuetur: non obstante, quòd soli dominus sit, & dominus superficiei, quæ solo cedit jure civili & jure naturali, *l. fin. h. t.* Tuetur enim Prætor superficiarium secundùm legem locationis sive conductionis, *l 3. §. sed si tit. praeced.* & licet dominus non sit, sed quasi inquilinus, cùm in alieno habitet, *l. 3. §. pen. sup. De novi oper. nunt.* habet

habet tamen eum Prætor loco domini, & utilibus etiam in rem actionibus tuetur *l. In speciali 73. cum seqq. sup. De rei vindicat.* * Dixi quasi inquilinus; quia plus juris habet, quàm inquilinus, cùm jus habeat in re, quod superficiarium dicitur. Est enim superficiarius, qui ædificavit in solo alieno eâ lege conducto, vel, in perpetuum, vel in plures annos, ut ibi ædificatum habere liceat sub annuo solario, *l. Id est 74. sup. De rei vindic.* Præter interdictum hoc & utilis est actio in rem superficiario, si non ad modicum tempus conduxerit superficiem, *l. 1. §. quod ait hoc tit.*

TITULUS XIX.

De Itinere actuque privato.

SUMMARIUM.

1. *Interdictum hoc ad quid detur.*
2. *Usus continuus non requiritur.*
3. *Interdictum ne vis fiat reficienti iter.*

AD Tit. Uti possidetis spectant sequentes aliquot Tituli, quibus agitur de quasi possessione servitutum rusticarum, in qua Prætor tuetur possessorem, ne vis ei fiat. * Et hoc quidem Tit. agitur de itinere actuque privato, & via, secundùm verba interdicti; quod est prohibitorium, ne ei, qui hoc anno (cui computatur retrorsum ab initio interdicti, *l. 1. §. annum h. t.*) usus itinere, actu, viâ, sive per se sive per alium, non vitiosè, ab adversario saltem vis fiat, *d. l. 1. §. 2.* * Ubi non est necesse, omnibus anni partibus quis sit usus, cùm satis sit modico tempore ejus anni, id est triginta diebus usum esse, *d. §. 2.* quia in servitutibus discontinuis, ut vocant, id est, quæ non habent usum continuum, interpolatio non impedit. Quòd si actus talis sit, qui rarò evenit, putat Bart. in *l. 1. §. hoc interdictum n. 5. h. t.* sufficere docere à quinquennio, decennio usum se esse. Agitur autem ex causa hujus interdicti in id quod interest servitute suâ uti non prohiberi, *l. 3. §. in hoc h. t.*

Est & alterum interdictum, quo prohibet Prætor reficienti iter actumve vim fieri, *d. l. 3. §. ait Prætor.* Ubi tria requiruntur, I. Usus sit servitute actor hoc anno non vitiosè. II. Habeat jus reficiendi; fieri enim potest, ut alicui sit quidem jus servitutis, non tamen reficiendi, *d. l. 3. §. hoc autem cum seq.* III. Reficere volens caveat adversario de damno infecto, *d. §. ait Prætor.* Reficere et im est ad pristinam formam iter actumvè reducere, non dilatare, producere, deprimere aut exaggerare in alicujus damnum, *d. l. 3. §. reficere.*

TITULUS XX.

De aqua quotidiana & æstiva.

SUMMARIUM.

1. *Summa hujus interdicti.*
2. *Aqua alia quotidiana, alia æstiva.*
3. *Aqua quomodo ducenda.*
4. *Interdictum hoc contra quem & quibus detur.*
5. *Interdictum de aqua ducenda ex castello.*

SUperiori simile est interdictum prohibitorium de possessione aquæ ducendæ, in cujus ductu vim fieri Prætor vetat, quò minùs ita ducatur, ut hoc anno ducta est. Ubi sufficiet vel unâ nocte vel die ductam esse, *l. 1. §. quod autem 4. h. t.* * Duplex est aqua, alia quotidiana, quæ duci assiduè solet, vel æstivo vel hiberno tempore; alia æstiva, quâ æstate sola uti expedit: ut ista duo genera usu, non jure differant, *d. l. 1. §. duo 3.* Sit autem aqua perennis, quæ duci potest, *d. l. 1. §. sequitur 5.* sive intra sive extra urbem, sive calida, sive frigida, & quæ ducatur à capite, unde aqua nascitur, ut si ex fonte nascatur ipse fons, si ex flumine vel lacu: incilia vel principia fossarum, quibus quæ ex flumine vel lacu in primum rivum communem pelli solent, *d. l. 1. §. caput 8.* Incile dictum, quòd incidatur lapis, vel terra, unde primùm aqua ex flumine eogi potest, *l. 1. §. incile tit. seq.* * Ducenda autem aqua eo quo ducta modo hoc anno. Ubi non sufficiet, quòd ducta cùm sit priori anno, isto autem sponte suâ influxit, videatur quasi ducta, *d. l. 1. §. quæsitum 21.* * Competit interdum contra eum, qui aquam duci prohibet, sive is sit dominus fundi, sive non, *d. l. 1. §. competit.* Datur etiam pluribus, quibus aquam ducere licitum: inter quos si non conveniat, utile communi dividundo judicium reddi non est iniquum, *l. 4. h. t.* Si inter plures tempore & mensuris aqua sit divisa, is modus est servandus, *l. 5. h. t.*

Est & sub hoc Tit. interdictum, quo prohibetur

betur vis fieri ducenti aquam ex castello, id est receptaculo quod aquam publicam suscipit. *d. l. 1. §. hoc interdictum*, quatenus id concessum per Principem, cujus est disponere super locis publicis. Quæ permissio est personalis, ut cùm persona extinguatur, nec alii cedatur, modò ista concessio non sit facta prædio, *d. l. 1. §. & datur 43.*

TITVLVS XXI.

De Rivis.

SVMMARIVM.

1. *Ad quid competat.*
2. *Rivus, Specus, Septa quid?*
3. *Interdictum hoc cui detur.*

1 VEtat & vim fieri Prætor, quo minus liceat rivos, specus, septa reficere, purgare, aquæ ducendæ causâ, dum ne ducatur aqua aliter quàm priori æstate fluxit. Reficere est, quod corruptum in pristinum statum restituere. * 2 Rivus à Græco verbo ῥεῖν, quod designat fluere, est dictus. Distinguitur à flumine, non specie, sed quantitate. Specus est locus undique apertus, & in profunditatem demersus, per quam aqua ducitur, à Dispiciendo dictus, secundùm Ulp. *l. 1. §. specus h. t.* Septa sunt excogitata, sive lignea sive lapidea, ad derivandam, compellendam aquam ex flumine.

3 * Datur hoc interdictum etiam ei, qui jus aquæ ducendæ etsi non habeat, priori tamen æstate aut eodem anno aquam duxerit non vitiosè, cùm sufficiat non vi, non clam, non precariò fluxisse. *l. 1. §. hoc interdictum.*

TITVLVS XXII.

De Fonte.

INterdicit & Prætor vim fieri, quo minùs quis utatur aquâ fontanâ, sive hauriendo, sive ad eam pecus appellendo, qui usus non vi, non clam, non precariò. Idem obtinet in lacu, puteo, piscina, modò vivam aquam habeant; quo modo cessat interdictum in cisterna. *l. unica h. t.*

TITVLVS XXIII.

De Cloacis.

SVMMARIVM.

1. *Cloaca quid.*
2. *Interdictum de purgandis cloacis.*

1 CLoaca à Colluendo dicta (unde Cloacare, id est, inquinare) est locus, per quem colluvies defluit. * 2 Ille quò minùs purgetur & reficiatur, vim fieri Prætor vetat, dum tamen damni infecti, quod operis vitio factum erit, caveatur. Uti & vetat, ne quid fiat, im mittatur, quo usus ejus fiat deterior. In publico non licet novam cloacam facere, nisi ejus consensu, cui publicarum viarum est cura, *l. 2. h. t.*

TITVLVS XXIV.

Quod vi aut clam.

SVMMARIVM.

1. *Generale hoc interdictum ad quid detur.*
2. *Opus novum quis facere dicatur.*
3. *Interdictum hoc cui detur, & contra quem.*
4. *Ad quid detur.*
5. *Quando cesset.*

1 GEneratim quod vi aut clam factum est restitui in pristinum statum jubet Prætor, tueturque possessores, ad occurrendum eorum calliditati, qui vi aut clam quid moliuntur, opus novum faciendo in detrimentum vicini. * 2 Opus novum facit, non tantùm qui aliquid novi facit, uti ædificium, fossam, verùm & qui destruit, *l. 7. §. bellissimè & seqq. h. t.* Nec refert, an in privato, an publico, sacro, religioso, *l. Vi facit 20. §. fin. h. t.* Sit tamen res soli; nam in re mobili cessat hoc interdictum, *d. l. 20. §. pen.* Vi facit, qui prohibitus facit; *l. 1. §. quid sit vi. h. t.* Vbi sufficit ab initio vim factam esse, *l. 3. §. 1. h. t.* Clam facit, qui celavit adversario, cùm existimaret, aut existimare deberet, eum prohibiturum, *d. l. 3. §. penult.* Vbi resupina existimatio non excusabit *l. 4. h. t.*

3 Competit illi, cujus interest opus non esse factum, etiamsi is, qui fecit, putaverit locum alterius esse, *l. 5. §. si quis h. t.* Contra eum, qui opus fecit, ut fieri jussit, *d. l. 5. § fin.* Item cujus servus fecit, domini aut suo nomine, *d. l. 5. §. si quid servus.* Tenentur autem qui fecit, sive jus faciendi habuerit, sive non, quia ex eo, quod vi aut clam fecit, injuriam in alium comminiscitur, *d. l. 1. §. 2.*

4 Ad hoc competit, ut actori, quod eam ob causam amisit, restituatur, & quod ejus interest, *l. Semper 15. §. hoc interdictum, & l. Si opus 21. in fin. h. t.* Præterea is, qui fecit, si possideat, patientiam & impensam tollendi operis; si non possidet, impensam debet, *l. competit 16. §. in summa h. t.* Quo inscio aut invito opus factum, hic tantùm patientiam debet, *l. 7. in princ. h. t.* Cujus familia fecit, hic aut suâ impensâ opus restituit, aut patientiam præstat, servo noxæ dedito, *d. l. 7. §. 1.* Hæres aut alius successor tenetur in id,

quod ad eum pervenit, *d. §. hoc interdicto*. Non tenetur autem omnis qui jussit opus fieri, sed is tantùm, qui suo nomine; ut nec tenetur, qui jussus opus fecit, *d. l. 5. §. similiter*. Concurrere hoc interdictum cum aliis actionibus patet ex *l. 7. 13. 15. hoc tit.*

5 Cessat, si causa subsit, veluti agri colendi, arcendi incendii, *d. l. 7. §. planè & §. est & alia* Si denuntiatum fuerit actori; si ipse posteà consenserit, quia cessat vis; si satis oblatum fuerit, aut damni infecti cavere reus sit paratus; & denique si opus vi destructum fuerit ab actore, quia jus sibi dixit. Vbi videndum Judici, an justa fuerit causa per vim destruendi, *d. l. 7. §. bellissimè*.

TITVLVS XXV.
De Remissionibus.

REmissio hic est abolitio nûntiationis novi operis. Hanc missam facit Prætor, si jure non tenet, ut propter eam nequeat quis ampliùs dici vi aut clam facere, *l. 1. h. t.*

TITVLVS XXVI.
De Precario.
SVMMARIVM.

1. *Interdictum de precario.*
2. *Precarium quid sit.*
3. *A contractu commodati & conductionis in quibus differat.*
4. *In precario venit dolus & lata culpa.*
5. *Interdictum de precario cui & contra quem detur.*
6. *Quid ex hoc interdicto restituendum veniat.*

1 EST & vitiosa possessio, quæ precario obtenta, cui rei etiam provisum interdicto Prætoris, cujus verba sunt: *quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut habere desineres, id illi restituas.* Interdictum hoc ideò est inductum, quòd nulla eo nomine actio civilis ab initio esset, cùm magis ad beneficii causam, quàm negotii contracti spectet precarii conditio, *l. Interdictum 14. h. t.* Datur tamen & incerti condictio, id est, præscriptis verbis. *l. 2. §. 1. l. Duo 19. §. fin hoc tit.* ex æquitate magis & tacito negotio, quàm gesto.

2 Dictum Precarium, quòd ideo quis adeptus sit possessionem, quia preces adhibuerit, & impetraverit, ut sibi possidere aut uti liceat, *l. 2. h. t.* Vt definiri possit concessio usus alicujus ad preces petentis tamdiu, quamdiu petitur concedens, *l. 1. h. t.*

Vicinum contractui cōmodati & conductionis, atq; inter contractus ponitur, *l. Contractus 23. inf. De R. I.* Distinguitur tamen ab illis duobus, quòd illi contineant concessionem usus, certo fine & tempore præscripti, ante quod revocari nequit: precarium verò detur sine certo usu aut tempore, ad lubitum concedentis revocabile *d. l. 1. §. 2.* quod sit liberalitatis genus, & naturâ æquum, tamdiu aliquē liberalitate meâ uti, quamdiu velim *l. 2. §. 2. h. t.* Quod usq; adeò verum est, ut contrarium pactum, quo id non liceat concedenti, non teneat, tamquam repugnans substantiæ precarii, *l. Cum precario 12. h. t.* †Distinguitur & ab istis contractibus in eo, quòd in istis præstetur etiam levis culpa, ut suis locis traditum, in hoc autem tantùm dolus & lata culpa, non etiam levis. *l. Quæsitum 8. §. eum h. t.* Ratio differentiæ videtur consistere in liberalitate dantis precariò. Duo autem isti contractus sunt necessitatis, cùm in eo gravetur concedens, quòd ante tempus præscriptum revocare nequeat, atq; ideò sublevandus in eo, quod etiam ad levem culpam agat. Et hoc ita ante interdictum; nam post illud si quis moram faciat, in precario venit etiam culpa levis & omnis causa, ne mora obsit concedenti, *d. l. 8. §. & generaliter*.

5 Datur ei, qui precariò dedit, sive per se sive per procuratorem, *l. Certè 6. §. 1. h. t.* etiamsi non sit dominus. Datur & ejus hæredi, aut alteri successori, nam & ab eo censetur haberi precariò, quod ab auctore ejus habitum, *d. l. 8. §. 1 & 2.* Contra eum, qui precariò accepit, si penes se rem habeat, aut dolo habere desierit, *d. l. 8. §. eum qui*; etiam dominum in casu, quo pignus rei suæ apud creditorem constitutum precariò usui accepit, *d. l. 6 in fine h. t.* Datur & contra hæredem, ad quem licet possessio non transeat, quæ ei non concessa, ne nimis extendatur beneficium, hoc tamen interdicto ille convenitur, sive tem habeat, sive dolo fecit, quò minùs haberet, *d. l. 8. in fine*, ubi ex dolo defuncti hactenus tenetur dicitur, quatenus ad eum pervenit.

6 Venit ex hoc interdicto restituenda res concessa: veniunt & fructus post interdictum editum percepti; debet enim in pristinam causam restitui actor. Quod si non fuerit factum, condemnatio in tantum fiet, quanti interfuit actoris ei rē restitui, ex eo tempore, quo interdictum editum *d. l. 8. § ex hoc*. Quod non est annale, sed perpetuum, *d. l. 8. § penult.* quia rei persecutorium. Non est illi locus, quando quis per stipulationem sibi cavit de re restituenda, quia isto modo videtur renuntiasse auxilio prætorio, & civile elegisse, *l. Et habet 15. §. cum quis h. t.*

TI-

TITVLVS XXVII.
De Arboribus cædendis.

SVMMARIVM.

1. *Interdictum de urbano prædio & urbanis arboribus.*
2. *Interdictum de arboribus rusticis.*

INterdictum hoc prohibitorium est, & duplex. 1 Prius spectans ad arbores vicini cædendas, per quas prædium urbanum vicini impeditur, per quod datur licentia vicino, sive ædium domino, sive fructuario, *l. 1. h. t.* cædendi arborum impedimentum ædibus suis, eisque officientem: etjam ex stirpe excindendi & ligna tollendi, in casu, quo fiat per dominum, quo minùs adimantur. Vbi arboris appellatione etiam vites continentur, *d. l. 1. §. arbores.*

Alterum est de prædio rustico, ne vicini præ-2 dio noceatur per vicini arboris umbram. Quo casu nisi dominus arboris eam coërceat, quindecim pedibus à terra ramos amputando, licet vicino amputare, & ligna sibi habere, *d. l. 1.* Quod si arbor vicini in fundum alterius vento inclinetur, ex Lege XII. Tabb. rectè agitur non esse vicino jus arborem ita habere, *l. 2. h. t.*

TITVLVS XXVIII.
De glande legenda.

SVMMARIVM.

1. *Glandis nomine quid veniat.*
2. *Legere glandes suas in alieno fundo tertio die licuit.*

GLandis appellatio generalis est, omnem fru-1 ctum comprehendens, *l. 1 h. t. & l. 136. §. glandis inf. De V. S.* * Eam legere, auferre, si ex 2 tua arbore in alienum fundum ceciderit, olim licuit tertio quoque die, quod quò minùs liceat vim fieri Prætor vetat: post eum diem, quòd facilè putrescant fructus, pro derelictis habebantur, *l. un. h. t.* Hodie usus aliud obtinet, concedens glandem sive fructum caducum ei, in cujus fundum propendet.

TITVLVS XXIX.
De homine libero exhibendo.

SVMMARIVM.

1. *Interdictum hoc cur detur.*
2. *Quibus detur.*
3. *Adversus quos.*

INterdictum, de quo hoc Tit. est exhibito-1 rium, agitur enim de exhibendo libero homine, id est extra secretum proferendo, *l. 3. §. ait Prætor hoc tit.* ut fit de re, quæ non est in commercio, quia liber homo in nullis est bonis. Inductum est causa libertatis tuendæ, ne liberi homines detineantur à quoquam, *l. 4. h. t.* sine recedendi facultate, quæ res à specie servientium parum distat, *l. 2. h. t.* Vbi non refert pubes sit, an impubes, masculus an fœmina, sui juris an alieni, hoc enim tantùm spectatur an sit liber, *d. l. 3. §. 1.*

Competit hoc interdictum omnibus, ita exi-2 gente favore libertatis, quam ab omnibus defendi par est, *d. l. 3. §. hoc interdictum.* Vt etiam mulieri & pupillis detur, si pro cognato, parente, affine suo sint solliciti, quasi exequentibus suam suorumvé injuriam. Ex pluribus hoc interdicto agere volentibus Prætoris est, eum eligere, ad quem res maximè pertinet, vel qui magis idoneus, ex fide & dignitate, *d. l. 3. §. sed si plures.* Suspectus removetur, quod per eum potius periclitetur libertas.

Datur adversus eum, qui dolo hominem libe-3 rum detinet invitum, *l. 1. Cod. hoc. tit.* Vnde non tenetur, qui habet in potestate, quia cessat dolus, *d. l. 3. §. 1.* Quod & dicendum in parente, si non habeat in potestate, propter genuinam pietatem, quæ facit dolum cessare, *d. l. 3. §. si quis.* Non tenetur etiam, qui captum redemptum retinet, *d. l. 3. § 3.* Quod potiùs in causam pignoris constitutus, quàm in conditionem servilem detrusus esse videatur, *l 2 C. De postlim. reversf* Nisi tamen vel offeratur pretium, vel sit remissum. Est & extra dolum, qui volentem detinet ex probabili causa, uti qui detinet liberum, quem bonâ fide ut servum emit, *l. 4. hoc tit.* quòd talis non sit pro certo liber, quo casu cessat hoc interdictum; uti

Bbbbbb 2

uti & si quis nescivit apud se liberum hominem esse. Datur & in absentem, qui si non defendatur, in bona ejus eundum, *d. l. 2. in fine.* Quod si non exhibeatur homo liber, litis æstimationem præstat reus, *d. l. 3. §. penult.* Est autem perpetuum hoc interdictum *d. l. 3. §. fin.* quia libertati non præscribitur. Potest & reus criminaliter conveniri ex lege Fabia de plagiariis, *d. l. 3. in princ.* adeo ut qui istâ lege egerit, non impediatur uti hoc interdicto.

TITULUS XXX.

De Liberis exhibendis, item ducendis.

SUMMARIUM.

1. *Interdictum hoc est & exhibitorium, & prohibitorium.*
2. *Cui & adversus quem detur, vel non.*
3. *Non excusat causa in hoc interdicto, quod limitatur tribus modis.*
4. *Interdictum de exhibenda & ducenda uxore.*

1 Est & hoc interdictum exhibitorium, ut liberi in nostra potestate nobis exhibeantur. Est simul & prohibitorium, cùm edicat etiam Præsul, ne vis fiat ducenti liberos suos, *l. 3. h. t.* Continet causam quasi proprietatis, quam ponit jus 2 patriæ potestatis, *l. 1. §. 1. sup. De rei vind.* * Competit patri habenti in potestate, *l. 1. § 1. h. t.* qua in re notio est Prætoris, *l. 3. §. hoc autem h. t.* Ut matri non competat, cùm non habeat in potestate, cui superius interdictum accommodatur, *l. 2. C. h. tit.* Datur adversus eum, penes quem est, qui exhiberi desideratur. Ut non detur contra ipsum filium, quem quis ducere vult, *d. l. 3. §. hoc autem;* uti nec contra eum, apud quem filius suâ sponte manet, *l. fin. hoc tit.* ubi datur ratio, quòd filius magis sit penes se, quàm penes alium, qui eùm non impediat, quò minus filius alienus abeat, non est ratio, cur in eum interdicatur.

3 Non excusabit causa in hoc interdicto, cùm Prætor omnimodò velit restitui eum, qui exhiberi petitur, *d. l. 1. §. 2.* A qua re est exceptio triplex. I. Si mater filium retineat, *d. l. 1. §. si verò,* quòd apud eam potius filium morari justissima faciat causa, *l. 1. C. Divortio facto apud quem lib. mor. deb.* II. Si judicatum sit, non esse eum in potestate actoris, licet per injuriam, obstat enim nihilominus exceptio rei judicatæ. *d. l. 1. pari modo.* III. Si pater agat contra generum ad exhibendam filiam ei nuptam, præfertur enim maritus, *l. 3. §. fin. hoc tit.* ubi subjungitur ratio, ne benè concordantia matrimonia jure patriæ potestatis turbentur. Ubi notandum, per nuptias filiæ minimæ eam eximi à patria potestate; nam aliàs malè daretur exceptio hac in parte, & dicendum foret hoc interdictum frustra intentari à non habente in potestate.

4 Datur & marito interdictum de exhibenda & ducenda uxore, etiam contra socerum, penes quem est, *l. 2. h. t. l. Si invita C. de nuptiis,* tum quòd aliquatenùs sub potestate viri sit mulier, tum quòd præstet à patre separari filiam, quàm concordantes nuptias dissolvi.

TITULUS XXXI.

De Utribi.

SUMMARIUM.

1. *Competit pro possessione rerum mobilium retinenda.*
2. *In eo potior possidens tempore redditi interdicti.*

1 Est hoc interdictum retinendæ possessionis, prohibens, ne vis fiat ei, penes quem res mobilis non vitiosè ab adversario possessa existit, qui hoc interdicto superior erat olim, si majori ejus anni parte possedisset, *l. 1. h. t.* * Hodie in eo is 2 obtinet, qui interdicti redditi tempore est in possessione, *Instit. De interd. §. retinenda.*

TITULUS XXXII.

De Migrando.

SUMMARIUM.

1. *Cui & quando detur hoc interdictum.*
2. *Utile cui detur.*

1 Prohibitorium est hoc interdictum, ne vis fiat inquilino (qualis est, qui conductum habet

habet prædium urbanum) migranti quò minùs abducere liceat importata aut ibi nata, quæ ei non sunt domino ædium pignorata, aut quia sunt extra pignoris causam, aut quia pensio domino est soluta, aut quia per eum stat, quò minùs solvatur, *l. 1. in princ. h. tit.* * Utile datur ei, qui habet gratuitam habitationem, *d. l. 1. §. si tamen.* Perpetuum est hoc interdictum, in successores & successoribus competens, *d. l. 1. in fin.*

TITVLVS XXXIII.

De Salviano interdicto.

SVMMARIVM.

1. *Interdicti hujus auctor. Cui & ad quid detur.*
2. *Directum datur contra colonum, utile contra extraneum.*
3. *Quid juris, re duobus obligatâ in solidum, aut pro partibus tantùm.*
4. *Interdictum Salvianum expeditius Servianâ actione.*

Restitutorium est hoc interdictū adipiscendæ possessionis, inventum à Salvio Juliano, Edicti perpetui auctore, ut vult Cujac. *hic in parat.* Hoc utitur dominus fundi de rebus in fundum inductis, quas is pro mercede pignori futuras pepigit: ut expressâ conventione ad effectum hujus interdicti sit opus, uti patet ex *l. 1. h. t.* in qua fit sæpè mentio rei pignoris nomine inductæ. Idipsum expressè probatur, *l. 4. sup. In quib. caus. pig. tacitè contrah.* ubi ea de re la ius. * Directum contra colonum tantùm datur, ad possessionem rerum pignori obligatarum adipiscendam, *l. 1. C. De precario.* Utile tamen & contra quemlibet extraneum, in quem pignus est translatum, competit, secundùm *l. 1. §. hoc tit.* quæ cùm *l. 1. C. de precario,* ita est conciliancla, quòd dicta *l. 1.* agat de directo interdicto, dictus autem §. 1. de utili tantùm. * Quod si pluribus fuerit res obligata pignoris nomine, in solidum Salviano agetur, etiam contra extraneum; & in casu, quo inter duos locatores disputatur, potior erit possessor, *d. l. 1. §. 1.* Si verò pro partibus tantùm obligata sit, non erit locus Salviano, sed Servianæ actioni, per *d. §. 1. in fine,* in quo mentio utilis actionis videtur referenda ad Servianam, *l. Si Debitor 10. sup. De pignorib.* Ratio est, quòd Salviano agatur de solida possessione, Servianâ autem de jure partium, quod singulis pro rata competere potest. Cujac. *5. Observ. c. 24.* Fachin. 2. *Contr. cap. 92.* Menoch. *De adipisc. possess. remed. 3. n. 23.*

Est autem Salvianum interdictum expeditius, cùm in eo sufficiat probare possessionem debitoris tempore obligationis, non admissâ exceptione dominii; Serviana autem sit petitorium, pignus persequens etiam contra tertium, quod probandum in bonis debitoris fuisse tempore contractûs, *l. & quæ 15. sup. De pignorib.*

FINIS LIBRI XLIII.

HENRICI ZOESII I.C.
IN LIBRVM. XLIV.
DIGESTORUM
COMMENTARIUS.

TITVLVS I.
De Exceptionibus, Præscriptionibus, & Præjudiciis.

SVMMARIVM.

1. *Possessiones exceptionibus defenduntur.*
2. *Præscriptio hic idem quod exceptio.*
3. *Exceptionis nomine quid veniat.*
4. *Exceptionum divisio varia. Exceptio aliqua facti an sit & qualis.*
5. *Exceptiones peremptoriæ & dilatoriæ quæ.*
6. *Exceptio competentiæ est dilatoria.*
7. *Exceptiones de querela inofficiosi, & non numeratæ pecuniæ, sunt peremptoriæ.*
8. *Dilatoriæ exceptiones quando opponendæ.*
9. *Excommunicationis exceptio an dilatoria?*
10. *Excommunicatus parte petente repellendus.*
11. *Exceptio excommunicationis post sententiam opponi potest.*
12. *Actores excommunicati à judicibus sæcularibus admittuntur.*
13. *Dilatoriæ exceptiones probandæ ante judicium inchoatum*
14. *Peremptoriæ proponendæ & probandæ eo inchoato.*
15. *Non etiam post sententiam.*
16. *Exceptio competentiæ post sententiam opponi potest.*
17. *Vt & compensationis & confecti inventarii.*
18. *Nisi antè à judice fuerint rejecta.*
19. *Exceptionum aliæ reales, aliæ personales*
20. *Realis competit hæredibus & fidejussoribus.*
21. *Personalis non competit.*
22. *Competit defensori, & ratio diversitatis.*
23. *Prodest & fidejussori, si defendatur ab ipso principali.*
24. *Modò fidejussori sit regressus contra principalem.*
25. *Induciæ solvendi seu rescripta moratoria à quo & qualiter concedi solita.*
26. *Intellectus* l. 5. C. De precib. Imp. offeren.
27. *An exceptio ratione ejusmodi induciarum prosit fidejussori? Argumenta sententiæ negantis.*
28. *Affirmans sententia probatur.*
29. *Exceptio hac non est merè personalis.*
30. *Reo permissum pluribus uti exceptionibus, etiam contrariis.*
31. *Qualiter illa proponendæ.*
32. *Idq; & in prima & secunda instantia.*
33. *Cur actori non liceat plures actiones proponere.*
34. *Actori pluribus replicationibus uti licet.*
35. *Sicut exceptio eliditur replicatione, ita hæc duplicatione, & sic deinceps.*

POssessiones non tantùm per actiones & interdicta petuntur ac retinentur, verùm & [1] exceptionibus defenduntur, cùm possessionis com[m]odum sit, agendi & probandi onus in adversarium transferre, uti dictum in superioribus, possessore interim retinente possessionem, donec adversarius quod intendit probaverit; in pari enim causa possessor est potior, *l. Militis 36. §. penult. sup. De testam. militum.* [2] Rubricæ hujus videntur tres partes esse, scilicet de Exceptionibus, Præscriptionibus, & Præjudiciis, verè tamen tantùm sunt duæ: nam præscriptiones hac in materia denotant idem, quod Exceptiones, cùm Præscribere significet excipere, aut exceptionem opponere, vel exceptione oppositâ aliquem removere, *l. 3. §. 1. infra De prævaricat.* ut sive dixeris exceptionem rei judicatæ, doli mali, metus, aut præscriptionem, nihil interest, *l. Si debitor 91. inf. De solut. l. Iudicata inf tit seq.*

Ex-

Exceptionis nomine largiùs sumpto venit quævis defensio; strictiùs verò exclusio actio ni opponi solita, ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemvé est deductum, *l.1.& l.Exceptio 2.h.t.l.4.& 9.C.eod.* Juris gentium eam esse veriùs est, tum quia ad defensionem pertinet, quæ est juris gentium, tum quia exclusiva actionis, *d.l.2.* quæ origine est juris gentium, Abbas *ad Rubr.* ꝟ *eod.* Alciat. *Parer. cap.21.* Cujus autem est juris actus, ejusdem & est distiactus.

Variè dividitur. In genere aliam faciunt juris, aliam facti; quæ divisio non omninò subsistit, cùm exceptio facti propriè non sit exceptio. Excipere enim est excludere actionem, quod non facit exceptio facti, per quam negatur actio esse, quâ cessante exceptio esse non potest; est enim instar privationis, quæ habitũ præsupponit. Quamobrẽ h c & alibi exempla exceptionum proposita spectant ad eam, quæ juris est, & intentionem sive actionem excludit, quæ verè quidem competebat, sed iniquum erat ex ea damnari reum, aut damnatum excuti, cujusmodi est jurisjurandi, pacti de non petendo, rei judicatæ, & similes, *Instit h.t.* Interdum tamen hoc nomen generaliùs sumitur, & impropriè ad exceptionem facti refertur. A causa efficiente alia est civilis, à jure civili inducta, alia prætoria, quam Prætor concedit. A forma alia est justa, alia injusta. A fine & effectu alia est dilatoria, alia peremptoria. † Hæc perpetuò actionis vires excludit, cujus ordinis est pacti de non petendo, S. C. Vellejani, Macedoniani, jurisjurandi, quæ datur ei, qui juravit se non debere, rei judicatæ, de qua Tit. sequenti, doli mali, metus, de quibus infià *Tit. 4.* Illa ad tempus tantum differt, concernitque vel personam judicis, qui est incompetens, aut suspectus; vel litigantis, quia contumax est actor, reus impeditus, aut vocari nequit; vel intervenientium, uti procuratoris, quia non est habilis propter ætatem, aut sexum, aut sacramentum, *Instit eod. in fine*, aut mandato caret, aut datus esse causæ quæ procuratorem non admittit; vel denique respicit actionem, uti si plus petatur, si ordo non servetur in excutiendo priùs fidejussorem ante principalem, *Auth. Sed hodiè Cod. De oblig.*

Vbi quæri posset, An exceptio competentiæ sit perpetua, an dilatoria? Potiùs est ut dilatoria dicatur, quod causam non perimat, sed potius exactionem differat, donec ad meliorem fortunam devenerit debitor, ita postulante reverentia quibusdam personis debitâ, *Inst. De action. in fine,* qua de re actum sup. de re judicata. Idem judicium est de cessione bonorum, ex eadem ratione, de qua & superius actum.

Dubitatur & de querela inofficiosi, & de non numeratæ pecuniæ exceptione. Videtur esse temporales, quòd intra tempus sint proponendæ, illa scilicet intra quinquennium, *l. 8. in fine sup. De inoffic testam.* ista intra biennium, *l. In contractibus 4. in princ. C. De non numer pec* Quia tamen vis earum oppositarum perpetua est, rectiùs peremptoriis annumerantur, cùm excludant ipsum actorem.

Inter has duas exceptionum species ea est differentia, quòd dilatoriæ pleræque ante litis contestationem sint opponendæ, ejusq; ingressum impediant, *l ult. Cod hoc tit.* quia respiciunt ea, quæ judicium potissimè constituunt, personas scilicet, locum, & tempus, ut constituto jam judicio præposterè proponerentur, cùm pars iis renuntiasse videatur tacendo, nisi postea ex nova causa emerserint, aut justa ignorantia obfuerit, aut de iis posteà proponendis sit protestatus reus, *cap 4.* ꝟ *eod.* aut judicium reddatur retrò nullum: quo modo falsi procuratoris exceptio etiam lite currente opponitur: neque enim sententia, talis dominum ligaret, cùm res inter alios acta aliis non præjudicet.

Excommunicationis exceptio in quacunque parte litis objici potest, majoris scilicet, *c.1.eod. in 6.* Vt ista exceptio aliquibus videatur anomala, cùm nec sit peremptoria, quia non perimat negotium principale, ne videatur dicenda dilatoria, cùm quacunq; in litis parte opponi possit. Quo tamen non obstante, dicenda est spectare magis ad dilatoriam, quòd opposita sistat litis progressum, donec absolvatur actor. Nec facit, quòd post litem opponi possit, quia non omnes dilatoriæ necessariò ante litem sunt proponendæ, ut mox dicetur. † Imò parte actorem excommunicatum repellere differente, judicis est repellere excommunicatũ. *c Except &c. Decernimus* ꝟ *h.t.* Cujus ratio est, ne quis cogatur cũ detrimento animæ suæ communicare cũ excommunicato, nã ea res faceret incurri excommunicationẽ minorẽ, *c.2.* ꝟ *h t* † Imò & post sententiã opponi eam posse vult Baldus *in d.c. Exceptionem n.1.* non ad hoc, ut sententia annulletur, aut nulla dicatur (valent enim omnia acta ante eam oppositam) sed ut executio impediatur ex causa superiùs dicta, *cap 1. eod. in 6.* Est hæc exceptio inducta in odium excommunicati ut cõtumaciæ ejus vitium reprimatur & rubore suffusus ad humilitatis gratiam & reconciliationis affectum faciliùs inclinetur, *d.c.1.* Quod

12 Quod ita procedere vult Covarr. 1. *Variar. Resol. cap. 18. num. 5.* ut ne quidem per legem sæcularem contrarium statui possit: quamvis à sæcularibus judicibus in Hispania actores, non obstante excommunicationis exceptione, admitti scribat. In Gallia quoque forensi stilo inductum, ut hujus exceptionis ratione nemo ab agendo repellatur, teste Fabro, *§. fin. instit. De curat.* & Imberto *Forens. instit. l. 1. c. 35.* quod ipsum à veteribus Gallorum institutis idem maximè alienum censet. Et mirum est à religiosissimè Christum colentibus negligi eam exceptionem, quam olim Deos gentiles venerantes strictè observarunt, ut videre est ex Julio Cæsare *de bello Gallico l. 6.* cujus hæc sunt verba: *Quibus ita interdictum est, ii numero impiorum ac sceleratorum habentur, ab iis omnes decedunt, aditum sermonemque defugiunt, ne quid ex contagione incommodi accipiant, neque iis petentibus redditur, neque ullus honos communicatur.* Hodie exceptionis hujus rarior est usus, propter Extravagantem, *Ad evitanda*, Martini V. per quam tantùm sunt evitandi excommunicati, denunciati publicè, & notorii Clericorum percussores; ut alii non sint evitandi nec extra nec in judicio.

13 Est & alia differentia inter dictas proximè exceptiones, quòd dilatoriæ sint probandæ ante judicium inchoatum, ne respondendo in judicem consentire, agentiumve personas approbare videatur reus, *Gloss. & Doct. in l. Exceptionem 19. Cod. de probationib.* qui tamen textus videtur esse contrarius, cùm habeat, dilatoriam post litem contestatam probandam esse: ubi Donellus, *Comment. 22. cap. 9. in fine*, mendosè asserit legi *dilatoriam* & vult legendum esse *peremptoriam*. Verùm, retentâ constanti lectione, dicendum, legem istam loqui de illa dilatoria, quæ causam potiùs concernit, quàm judicii constitutionem; talis enim & post litem contestatam probari potest, cùm non videatur reus in ullo sibi præjudicare; 14 * non magis, quàm peremptorias non objiciendo in principio, quæ rectè post illud inchoatum proponuntur, cùm concernant judicium constiturum, non etiam constituendum, *l. Peremptorias 8. Cod. Sententiam rescindi non posse*, Cujac. 9. *Obser. c. 23.* Gudelin 4. *De jure noviss. cap. 7. in princ.* Quædam tamen & peremptoriarum in principio litis propositæ ingressum ejus impediunt, & dicuntur litis finitæ; cujusmodi est rei judicatæ, transactionis, jurisjurandi, *cap. 1. De litis contestat. in 6.* quia præter rem principalem etiam instantiam concernunt.

15 Post sententiam ne quidem peremptoriæ opponuntur, quia post sententiam nemo pulsatur. Excipitur exceptio S. C. Macedoniani filiofam. competentis ratione accepti mutui & Vellejani competentis mulieri, quæ pro alio intercessit, *l. Tamen 11. sup. Ad S. C. Macedon.* hæc favore mulierum, illa odio fœneratorum. Ratio est, quia non tam causam impugnant, quàm executionem. Militi quoque post sententiam excipere est permissum, *l. 1. C. de juris & facti ignor.* uti & donatori, *l. Nesennius 41. §. fin. sup. De re judicata.*

16 An etiam patri, patrono, marito, socio, liceat competentiæ beneficium post sententiam opponere, dubitatum fuit. Causa dubitandi est, quòd in *d. § final & in l. Quid. 33. sup. de donationib.* tantùm agatur de donatore, ut proinde in aliis videatur sequendum jus commune, quod vult peremptoriam exceptionem opponendam esse ante sententiam, *d. l. 2.* Dicendum tamen nec istis hanc exceptionem denegandam esse post sententiam, quia eadem subsit ratio, quod scilicet non tam sententiæ injustitiam arguant (qua in specie accipienda *d. l. 2.*) quod jus non permittit, *l. Post rem 56. sup De re jud.* quàm executionem impugnent.

17 Quod & obtinet in exceptione compensationis, *l. 2. Cod. De compensat.* Sic & ex confectione inventarii exceptio hæredi competens, ne damnetur ultra vires hæreditatis, rectè ab eo objicitur post sententiam. Ias. *ad l. 1. n. 37. C. De juris & facti ignor.* Faber *in §. extraneis nu. 7. Instit. de hæred. qualit. & differ.* Capella Tholos. *quæst. 321.* Clericus quoque post sententiam excipiens auditur, *c. 3. ✠. De solut.* 18 * Quæ ita procedunt, nisi exceptio ante opposita, fuerit à judice rejecta, tunc enim ejus oppositio tamquam injusta non impedict, quo minùs transeat in rem judicatam sententia, cessante appellatione, *c. Suberia 21. in fine ✠. De re judicata.*

19 Est & alia exceptionum divisio, quòd aliæ sint reales, quæ rei sive causæ cohærent, cujus ordinis sunt rei judicatæ, doli mali, pacti conventi de non petendo, jurisjurandi, S. C. Vellejani, Macedoniani, & similes, *d. l. 7. §. 1.* Aliæ personales, quæ intuitu personæ sunt concessæ, respiciuntque personam, cujus conditio illis locum facit. Ejus ordinis est exceptio cessionis, minoris ætatis, competentiæ, quam habet parens, patronus, maritus, donator, socius, *d. l. 7. in pr. l. Sunt qui 16. cum seqq. sup. De re judic. ubi ea de re actum.*

20 Inter quas duas species ea differentia est, quòd realis

realis competat & hæredibus, & iis, qui in rem successerunt, quos jus auctoris circa rem sequitur, imò & fidejussoribus, *d. l. 7. §. 1.* Cujus ratio est, quòd rem ipsam minuant, & quasi auferant principale debitum, sine quo fidejussio, ut accessorium stare nequit, uti tradetur infrà de fidejussoribus. Præterea contingeret aliàs non prodesse reo suam exceptionem, contra quem excusso fidejussori est regressus. Ab ipso enim fidejussore, à reo petitum videtur, qui mandati judicio redditurus est fidejussori, quod pro eo solvit, *Instit. De replicat. §.*

21 *fin.** Personalis non competit hæredibus, multò minùs fidejussoribus, quòd sit concessa intuitu conditionis ipsam personam concernentis, uti reverentiæ, pietatis, indulgentiæ, quæ non est eadem in hærede aut fidejussore, cui ideò non competit, *l. 1 sup. De constit. Princip.* cessante enim causâ inductivâ exceptionis, cessabit & ipsa exceptio, *d. l. 7. in princ.*

Nec obstat, quòd defensor etiam per personalem

22 exceptionem competentem principali objectam se salvet, *l. Alia 14. sup. Soluto matrim.* nam alia est causa defensoris, alia fidejussoris: etenim ille subit eamdem vicem, quam reus subiret; convenitur etiam eadem actione, quâ reus absens esset conveniendus, *l. Minor. 51. §. 1 sup. De procurat.* & quasi ejus loco surrogatur, eodem modo condemnandus, fidejussor autem ex propria stipulatione, *l. Blanditus 12. C. De fidejuss.* Nec rectè quis replicet, etiam hæredem conveniri eadem actione, quâ maritus conveniendus, cùm conveniatur eo tempore, quo maritus mortuus est, & sic eo tempore, quo cessat privilegium, quæ est causa, quod diversimodè condemnetur.

Non obstabit secundò, quòd, si privilegium personale non sit fidejussor, inutile possit reddi

23 iis quibus competit, uti marito, donatori, parenti, & similibus; cùm fidejussor id, quod solvit, ab iis repetere possit actione mandati, *l. Papinianus 28. sup. Mandati.* Nam fidejussori convento integrum est denuntiare principali; qui veniens ex propria persona poterit suscepto judicio exceptionem hanc opponere, & probando sua interesse, ne condemnetur fidejussor, faciet exceptionem istam eidem prodesse, ne aliàs reddatur principali inutilis, *l. Idemq; 10. §. pen. dicit. Mandati.* Cur non rectè opponitur cum Duareno, in *d. l. Alia 14. Soluto matrim.* quòd passim in legibus generaliter dicatur exceptio personalis non prodesse fidejussori: nam id accipiendum, ut fidejussor eâ utatur in persona propria; nō etiā negant juta, ipsū principalē suscepto judicio vel suo vel procuratorio nomine, ex sua persona illā opponēdo posse prodesse fidejussori.

Non aliàs tamen ista cautela habebit locum, quàm quatenus fidejussori est regressus contra principalem, uti in materia competentiæ,

24 Castrensis in *l. Maritum num. 10. sup. Soluto matrim.* non etiam in causa cessionis, aut ætatis minoris quòd fidejussor sit acceptus in eū finem, quo principali nō existens solvendo cedit bonis, *§. ult. Instit. De replic.* aut minor ratione ætatis læsus restituitur, ut tunc provisū sit creditori per fidejussorem, quam provisionem elidi per exceptionem personalē iniquum est. *l. 1. C. De fidejussor. min.* quod imputet suæ facilitati fidejussor. Dico, ratione suæ ætatis læsus; nam si dolo adversarii circumventus fuerit minor, prodest & ea res fidejussori, quia ponit exceptionem realem. *d. l. 7 §.* Vide Barbosā *ad d. l. Maritum n. 48 & seq.*

Controversū est, An exceptio ratione induciarū solvendi principali concessarum prosit fidejusso-

25 ri? Ubi prænotandum, * has solere concedi à Principe, & dici moratoria rescripta, aut litteras dilatorias quibus egenis debitoribus datur dilatio solvendi, ad annum, biennium, quinquennium,

26 *de quibus agitur *l. 2. C. De precib. Imp. offeren.* juxta primam interpretationem Accursii frequentius receptā, minùs tamen respondentem verbis illius textus, qui non tam agit de impetranda per debitorem solutionis dilatione, quàm potiùs de remittendi, id est relaxanda temporali dilatione solutionis debitori per creditorem concessa, ut rectè tradit Cujac. 2. *Obser. 2. c. 10.* Ant. Faber De *errorib. Prag. decade 52. c. 3.* Magis convenit iste casus *legi 4 C. d t.* in qua agitur de concedendis debitoribus hujusmodi induciis, quæ non solent concedi petenti, nisi præstitâ idoneâ cautione. *d. l. 4.* Nec concernunt aliud debitum, quàm præsens, non etiam postea contractum, *arg. l. Aurelius. 28. §. Titius sup De liberat. leg* Debitum sit ex contractu an ex delicto nō refert, *l. fin. § in pecuniar. C. De custod. reor.* ubi condemnato datur bonis cedere, quidni etiam impetrare dilationem? *l. fin. Cod. Qui bon. ced. poss.* Exceptis causis privilegiatis, veluti depositi, *l. penult. C. Depositi.* Impetrantur istæ dilationes à Principe. Moribus nostris non nisi in supremis Curiis, cum idonea fidejussione, secundùm *d. l. 4.*

Quibus præmissis, Respondeo ad quæstionem propositam, plerosque negativam ejus partem

27 tenere quos citat & sequitur Brunus *in tract. De cessione bonor. qu. 8.* 1. Quòd rescripta sint strictè

Cccccc intel-

intelligenda, eapræcipuè, quæ privilegium continent intuitu personæ concessum, uti hoc in casu nomine indigentiæ, quæ non est eadem in fidejussore. II. Quòd non prosit hæredi pactum de non petendo à debitore, quamdiu vivit, *l.8.§. tale & l. Aurelio 20. De liberat. leg.* Quod & in fidejussore videtur obtinere, cum æquipararetur hæredi, quia uterque surrogatur in locum principalis. III. Quòd cessionis beneficium non prosit fidejussori, *§.fin Instit. De replicat.* cui respondent hæ induciæ, quæ ideo videntur impetratæ, quòd non sit solvendo impetrans. IV. Non competit fidejussori beneficium competentiæ, *l. Etsi 24. sup. De re judicata.*

Contrariam tamen partem judicio & æquitati magis respondere, & veriorem esse. I. Quod aliàs contingeret non prodesse hanc impetrationem ipsi debitori, cùm excussus fidejussor haberet contra eum regressum, *§. fin. Instit. De replicat. & arg. l.1. in fine C. De fidejussorib. minor.* ubi restitutio minoris contra creditores non impedit, quo minùs fidejussor excussus habeat regressum contra minorem. II. Quòd rescriptum aliàs nihil operaretur. cùm creditores contra quos impetratum, nihilominus suum consequerentur citra dilationem, ex cusso fidejussore; contra quos tamen impetratum esse patet ex eo, quòd non concedatur, nisi iis vocatis. Quod frustrà foret, si contra fidejussorem continuò regressum haberent; ita enim nullum eorum ageretur præjudicium, atque ita frustrà essent vocati, nisi in casu, quo non sunt fidejussores Contra fidejussorem etiam impetratum istud beneficium dici nequit, quòd ceditor non sit, antequam solverit, nec enim illi actio nata ante solutionem, *l. 1. C. De fidejuss. minor.* Ubi quis non rectè dixerit, fidejussorem se obligasse in eum casum, quo impetrabit dilationem debitor, cùm non possit videri se obligasse in casum insolitum, qualis hic noster est, sed tantùm in eum, quo solvere posse desiit debitor: hic autem non desiit, cùm istæ induciæ cōcedi sint solitæ illi, qui solvendo quidem est, sed cui excussio in præsenti foret damnosa, qualis non futura, si ad tempus differatur. III. Si fidejussor excuti posset, id fieret ratione moræ vel principalis, vel suæ. neutrum dici potest: non illud, quia non potest dici in mora esse, qui utitur auctoritate Principali: non hoc, quia non potest excuti ante principalem excussum, ut dicetur infrà de fidejussoribus; quod beneficium non potest ipsi Princeps eripere, quia aliàs privilegium foret nocivum, IV. Facit textus in *l. fin. Cod. De usuris rei judic.* ubi quadrimestres induciæ post sententiam reo datæ per legem etjam prosunt fidejussori; ex ratione, quòd causæ magis cohæreant, quàm personæ, *l. Temp. 29. sup. De re judic.* Ut & hæ dicendæ sint causæ cohærere, quia diminuunt debitum per dilationem. V. Quòd in concedenda hac dilatione vocentur tantum creditores, quia eorum intersit, non etjam fidejussor vocetur, ut dicendum sit ejus non interesse. Atq; ideo non debet eidē dilatio obesse sed prodesse, ne frustrà videantur citati creditores, si illis licitum sit excutere fidejussorē non vocatum, cùm eorum non versaretur præjudicium, quippe quibus jus suum salvum foret contra fidejussorem, quem continuò excutere non prohiberentur. Deniq; facit, quòd accessorium sequatur naturam principalis; quā ratione ut principalis non tenetur, vel ante tempus non tenetur, ita nec fidejussor, *l. 5. §. 1. inf. Quib. mod. pig. contrah.* ne detur accessorium sine subjecto, dum in ampliùs obligatur, quàm principalis, ut patet ex *l. Græce 8. inf. De fidejussorib.*

Ut non obster primum argumentum; quia hic non est quid merè personale, sed ex personæ conditione causata exceptio rem concernens; hoc enim agitur, ne intra tempus petatur, atque ita debitum minuatur. Nam tardè solvere est minus solvere, ut citiùs solvere est plus solvere, cùm plus dicatur petere, qui ante tempus petit. Ut ita induciæ fidejussori debeant competere, *l. Etsi 24. in fine sup. De pactis*; cujus aliàs conditio foret durior, contra *d. l. 8. §. illud in*[illegible]*ne*; tenetur enim pro eo purè, qui in diem tantùm obligatus est, ratione concessæ dilationis. Non obstat secundum; nam licet uterque surrogetur in locū principalis, hæres tamen tantùm post mortem defuncti, ut ab eo rectè petatur, quòd à defuncto ex causa peti non poterat, quæ jam cessat: fidejussor verò in locum vivi, ut ab ipso pretium à vivo peti videatur. Non obstat denique tertium: quia agitur ibi de beneficio merè personali, & tali casu, in quem fidejussor acceptus. *§. fin. Instit. De replicat.* ut non habeat quod conqueratur, [illegible] a debitore recipere nequeat. Sic etjam in casu beneficii competentiæ imputet sibi fidejussor, quod minus circumspectè pro talibus personis intervenerit, quas scivit, vel scire debuit non posse conveniri ultrà, quàm facere possunt. Inducias antem has prætertū reum præscire non potuit, cùm dependeant à voluntate Principis. Videatur Hippolytus de Mars il. *De fidejussorib. n. 267 & 284, & seqq.* Fab. in *§. quodcunq. n. 3. & 4. Instit.*

Instit. De jure natur. gent. & civili, Cynus *ad d.l. Quoties Cod De precib. Imper. offeren.*

Sunt autem opponendæ exceptiones; neque 30 enim judex eas supplet omissas, Castren. *ad l 1. nu. 4, Cod. Ut quæ desunt advocatis part.* Nec unâ tantùm, verùm & pluribus uti reo permissum, *l 5. hoc tit.* ubi post exceptionem jurisjurandi ad aliam recurrere reo non prohibitum, ut pacti de non petendo, judicati, aut similem, quod & repetitur *l. Nemo 43. De reg. juris & cap. Nullus 20. De R. l. in 6.* Quod permissum, si fuerint diversæ exceptiones, *l. Nemo 8. hoc tit.* Imò & contrarias allegare eum posse volunt: v. g. qui negavit se hominem occidisse, convictus rectè allegabit, in sui defensionem, servatâ tutelâ inculpatâ, se occidisse. Cagnol. *in d. l. 43. num. 2.* Non obstante regulâ, quæ habet, contraria allegantem non esse audiendum; nam illa locum habet in actore, *l 1. Cod. De furt.* non etiam in reo, cui favore liberationis à lege indultum, ut quovis modo & quibusvis exceptionibus, etiam contrariis, se defendat. † Nec unam tan- 31 tùm post aliam proponere potest, sed & simul; non tamen contrarias copulativè rectè proponet, sed alternative aut conditionaliter, v. g. *Nego me pecuniam cepisse, aut, si accepi, dico me solvisse.* Zasius *in d. l. 43.* In dubio censentur propositæ alternativè. Cagnol. *d. loco num 4.*

32 Nec tantum in prima instantia possunt plures proponi, sed & in secunda, quia si in prima instantia proposita reo non profuerit, potest in secunda instantia aliam proponere, etiam malitiosè antè subticitam. Quo casu si victor evadat, in expensas nihilominus damnandus venit, propter malitiam. Menoch. 2. *Præsumpt. cap. 42. nu. 4.* Hæc ita tamen, nisi lex impediat plures opponi, ut habet *d. l. 43. in fine.* Exemplum est in *Nov. 18. §. studium.* Sic & neganti se socium non subvenitur exceptione competentiæ, *l. Sed hoc 22. sup. De re judic.* idque in pœnam mendacii.

Non obstat dictis, quòd æqualitas in judiciis 33 sit servanda, neo debeat licere reo, quod actori est denegatum, cui, pluribus actionibus concurrentibus, una tantùm est experiundum, *d. l. 43. in fine.* Sic legatorum nomine variæ licet actiones competant, *l. 1. C. Commun. de leg.* non tamen nisi unam actor proponit, *l. Cùm filius 76. §. pen. De leg. 2.* Nam ut sit servanda æqualitas inter actorem & reum, sunt tamen rei partes favorabiliores, cùm de damno vitando agat, quòd pulsetur & invitus trahatur ad judicium. Atque hac in parte cur reo sit datum, quod actori denegatū, ratio magna est, quia in actoris est arbitrio, litem intendat vel non, uti & quando intendat; ut non nisi præparatus ad judicium, uti miles ad prælium, venire debeat, & statuere, quâ potissimùm actione utatur; quam si minùs commodam elegerit, id sibi imputet. Reus è contrà ad causam dicendam trahitur inopinus imparatusque, nesciens quando in jus sit vocandus, & quid sibi proponendum ab actore; cujus ideò conditio foret misera, si tantùm uno modo se posset defendere, cùm natura ostendat irruentem hostem quovis telo & modo repelli posse. † Ex qua ratione & dici posset actori uti licere 34 pluribus replicationibus, quæ sunt exceptiones actoris, *l. 2. §. 1. h. tit.* quòd actor de exceptionibus rei non instructus ab initio cogitare non poterit, quid sibi esset replicandum, D. Peckius *ad d. c. Nullius num. 4.*

Post exceptionem à reo oppositam, si fortè 35 ea minùs justè appareat, integrum est actori per replicationem ejus vires elidere, *d. l. 2. §. 2. h. tit.* ita dictam, quòd per eam replicetur, id est resolvatur jus exceptionis, cujus exemplum traditur *Instit. De replicationib.* Hujus excludendæ causa si reo injustè obsit, nova illi exceptio est constituta, quæ dicitur duplicatio, *Instit. d. tit.* ex eo quòd exceptione bis utendo, eam duplicet reus; contra quam provisum est actori triplicatione, ita dictâ ab ordine, quo hæ defensiones proponuntur. Quòd si & hæc iniquè nocere videatur reo, est ei concessa alia exceptio ad excludendam actoris triplicationem, quæ habitâ ordinis ratione quadruplicatio dicta, cui opponitur quintuplicatio; & sic deinceps multiplicabuntur nomina, donec aut actor habet, quod objiciat, aut reus, quo objectum diluat & elidat, *d. l. 2. §. sed & contra.* Est tamen Judicis, modum præfigere, ne in infinitum res abeat, in grave partium detrimentum.

TITVLVS II.

De Exceptione rei judicatæ.

SVMMARIVM.

1 *Exceptio rei judicatæ cur inducta.*
2 *Res judicata non temerè rescindenda.*
3 *Reus absolutus, quia nō possidebat, factus possessor conveniri potest.*
4 *Exceptio hac cui competat.*
5 *Contra quem competat.*
6 *Requisita ad hanc exceptionem I. ut idem sit corpus, eadem quantitas, idem jus.*
7 *Exceptio rei judicatæ non obstat petenti cæmenta vel tigna, domo dissolutâ.*
8 *Quid juris in tabulis navis.*
9 *Conciliatur* §. si ancillam cum §. de fructibus in l. 7. h. t.
10 II. *Vt eadem sit causa petendi.*
11 *Causa hæc semper adjicitur actionibus personalibus, non etiam realibus.*
12 III. *Vt sint eadem persona litigantes.*
13 *Nisi causam habeant ab iis, cum quibus actum.*
14 *Sententia absolutoria actionem ipso jure non tollit.*
15 *Intellectus* l. fin. C. De usuris rei judicatæ.

1 Proposito Tit. generali, species aliquot exceptionum subiiciuntur. Et primò rei judicatæ, quæ ideò inducta, quòd uni liti unum judicati finem sufficere oportuit; alioquin modus litium multiplicatus summam & inextricabilem faciet difficultatem, maximè si diversa pronuntientur, *l. 6. h. t.* quo nihil magis alienum à communi utilitate, nihil Reip. perniciosius cuius status rebus judicatis maximè continetur. 2 * Ut non temerè sint rescindendæ, aut infirmandæ, sed iis parendum; neque enim res apud judicem semel acta iterum agenda, retractanda, nec quærendum iterum de eo, quòd judicatum, sed tantùm an judicatum, etiamsi per injuriam judicatum sit. *l. 1. §. pari modo sup. De liber. exhib & l. 3 §. fin. sup. De pignorib.* Vnde & obstabit matri, si agens ex causa, quam putabat subesse, victa fuerit, etiamsi postea appareat causam, ex qua victa fuit, non subesse, *l. Si mater 11. in princ. h. tit.* Hinc exceptio rei judicatæ concessa est reo, cui aliàs judicatum non prodesset, & quidem ei, pro quo judicatum, nam iniquissimum est proficere ei reo hanc exceptionem, contra quē est judicatum, *l. Evidens 16 h. t.* cùm eadē res non debeat operari contrarios effect⁹. 3 * Quòd si reus tantùm sit absolut⁹ ex eo, quòd nō possidebat, nō proderit illi exceptio, si postea, ubi rē possidere cœperit, iterū conveniatur, *l. Si à te 9. l. Si rē 17. h. t.* quia non fuit antè judicatum. Ita autē proderit exceptio hæc, si sententia transierit in rem judicatam, quia donec per appellationem retractari sententia potest, judicatum dici nequit, secundùm d. d. supra de re judicata.

4 Competit principaliter debitori, pro quo judicatum est, sive ipso causam agente, sive aliis ejus nomine, qui rē in judicium deducere potuerunt, *d. l. 11. §. ex hoc jure*; sive ex mandato sive absque mandato, cùm & per defensorem suscepto judicio sententia obtenta causet hanc exceptionem reo. Nihil obstante, quòd mandatum deficiat; nā ratihabitio, quæ mandato comparatur, facit retiò rem in judicium deductam videri, *l. Licet 50. sup. De judic.* Datur & patri, pro cujus filio judicatum fuit, si ex ejus persona conveniatur, *d. l. 11. §. si quis.* Pertinet & ad successorem, non tantùm universalem, verùm & singularem. nam quæ venditori prodesse cœperat exceptio de fundo, quem possidebat, competet etiam emptori, ex persona auctoris, *d. l. 9. §. fin.* etiamsi contrà retiò ab emptore ad auctorem non transeat. Prodest ei quoq; , cui res super qua judicatum, pignori est data, *d. l. 11. §. fin.* ut & fidejussori, *l. Si cùm argentum 21. § fin. h. t.* quia est in rem.

5 Competit contra eum, qui agens victus fuit, sive ipso agente res judicata fuerit, sive aliis agentibus quibus licet rem in judicium deducere, *l. 4. h. t.* cujus ordinis est tutor, curator, procurator, actor municipum, *d. l. 11. §. hoc jure.* Contra eum quoque, qui in dominium ejus, qui judicio expertus est, successit, *l. Exceptio 28 h. t.* cùm id quod auctori ejus obstabat, & illi obstet, nec plus habere possit, quàm auctor ejus habebat, *l. 3. § fin. sup. De pignorib.*

6 Ut huic exceptioni locus sit, oportet tria concurrant I. Idem sit corpus, sive quantitas eadem, idemvè jus, quòd ante petitum, veluti ususfructus, aliudvè quid *l. Cùm quæritur 12. cum 2. seqq. h. t.* Idem corpus in hac exceptione Paulus J. C. in *l. Et an eadem 14. in princip. h. t.* monet accipi debere, quod est substantiâ eâdem, quæ fuit, cùm ab initio petitum est, non utique omni qualitate aut quantitate pristinâ servatâ. Nam si de ea quid decesserit, aut

aut accesserit, non faciet, quo minùs exceptio obstet petenti, v.g. si grex petitus postea augeatur, aut diminuatur numero, *l. Si cum 21. §. 1. h. t.* Sic & qui totum petiit, victus postea partem ejus petendo submovebitur, *l. 7. in princ. h. t.* cùm pars sit in toto. Idem si quis duo corpora petierit, postea alterum petat, quia semel in utroque victus, ut idem petat *d. l. 7. in princ.* Idem est, si in corporis petitione victus, postea petat aliquid eorum, quæ inde nata sunt, sive adhuc cohæreant, sive separata sint, uti fructus fundi, partus ancillæ, cùm fuerint pars rei petitæ, vel ex illa provenerint; unde cùm sequantur jus rei, videtur antè de iis

7 quæsitum, *d. l. 7. §. si ancilla.* * Aliud juris est in cæmentis & tignis; nam qui ædes petiit, victus non prohibetur ea postea separata petere, quòd de iis non sit quæsitum. Cujus ratio redditur ab Ulpiano in *d. l. 7. §. sed in cæmentis*, quòd non sint, cujus est insula; & licet solo cedant, ædificio manente, separata tamen à pristino domino vindicari possunt, non jure soli, sed jure dominii, quod revixit per separationem.

Quod & posset videri dicendum de tabulis na-

8 vis, in qua petenda licet victus fuerit actor, quòd tabulæ sequantur carinæ jus, *l. Minutius 16 sup. de rei vindic.* quo minùs tamen separatæ tabulæ petantur ab earum domino jure dominii, non obstabit hæc exceptio, licet contrarium insinuet *l. Si quis 7. in fine princ. hoc tit.* Iam accipienda in ca-

9 su, quo actor secundò utitur eâdem actione. * Eodem modo concilianda in *d. l. 7* duo loca, quæ aliàs contraria videntur, scilicet *§. si ancillam*, qui habet, petenti ancillam victo obstare hanc exceptionem, si postea partum petat, & *§. De fructibus*, qui negat in simili casu obstare exceptionem. Respondent aliqui, priorem §. agere de ancilla prægnante petita, posteriorem verò de non prægnante petita, quæ postea partum edidit. Minùs rectè cùm ea res nihil mutet, siquidem nihilominus partus ex illa sit ancilla, quæ antè petita. Ut dicendum sit, alia ex causa partum petenti non obstaturam exceptionem, secundùm *d. §. de fructibus*; nisi cum aliquibus quis malit ibi demere negativam.

II. Sit eadem causa petendi, *d. l. 41. in princ.* nam

10 si alia fuerit, licet idem corpus petatur, non obstabit hæc exceptio, quòd non possit dici judicatum de ea re. Alia causa an sit, ex origine petitionis æstimandum, *l. Mater 11. §. eamdem h. t.* id est, ex ea petitione, quæ fuit prioris judicii in lite contestanda. Hinc qui egit interdicto de possessione, postea in rem agens non repellitur, *d. l. 14 §. fin.* & qui commodati egit, victus non impeditur vindicare. Alia exempla passim videre est hoc Tit.

11 Est autem hic notanda differentia inter actiones in personam & in rem, quòd illis semper causa adjiciatur, cùm singulas obligationes singulæ causæ sequantur, id est nulla sit obligatio, & actio, nisi ex certa & definita causa, scilicet depositi, commodati, ex empto, ex vendito, aut simili. In his verò etsi causam adjicere sit liberum vindicanti, quia scilicet emit, aut res legata, donata, potest tamen causam omittere; & ut plurimùm nulla adjicitur, cùm sufficiat rem vindicanti ad rectam intentionem simpliciter ita agere, ut dicat fundum suum esse, quem Titius possidet, ideòque petere, ut restituat. Ratio differentiæ ex eo pendet, quòd eadem res possit nobis deberi ex pluribus causis, id est, contractibus, *L. Non est novum sup. De action. empti & vend.* non potest autem nisi una ex causa nostra esse, *l. 3. §. ex plurimis 4. sup. De acquir. possess.* Hinc in personam agens, unâ causa propositâ rejectâ aliam proponere non prohibetur, quòd ex illa causa non possit videri egisse. E contrà si in rem agens nullâ causâ adjectâ victus fuerit, iteratò agens removebitur hac exceptione, sive simpliciter iterum vindicet, ut priùs, sive nominatim adjectâ causâ, ex ratione, quòd cùm, uti jam dictum, non nisi ex una causa res ejus esse possit, omnes causas censeatur in judicium deduxisse; apprehenduntur enim, ut ait Paulus *d. l. 14. §. actiones h. t.* omnes causæ unâ petitione. Quod si causam expresserit vindicans, ut legati, donati, empti, victus ex ea causa non prohibetur ex nova eandem rem petere, quia ista in judicio non est deducta. Exempla passim hoc Tit. occurrunt.

12 III. Sint eædem personæ, inter quas revocatur quæstio, *l. 3 l. 7 § pen. l. 14 in pr. l. Cum de hoc 27. h. t.* Aliæ personæ si fuerint sive reus sive alius actor, cessabit exceptio. Exemplum est in *l. Si cū uno 22. h. t.* ubi si actum fuerit depositi cum uno hærede, non obstat exceptio, quò minùs cū aliis hæredibus rectè agatur: nam licet eadem vertatur quæstio in omnib' judiciis, mutatio tamē personarū, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atq; aliam rem facit. Deinde actio & causæ defensio, quæ singulorum propria est in re sua, singulorum diligentiæ, æstimationi & arbi-

arbitrio est permittenda, præsertim cùm, quò minùs quisq; in re sua agat, non sit impediendus. Quibus respondet regula juris, res inter alios actas aliis non præjudicare, neque nocere, neque prodesse, *l. Sæpè sup. De re judic. toto tit. C. Res inter alios acta vel judic. aliis non noc.*

Excipiuntur illæ personæ, quæ ab iis, cùm 13 quibus actum est, causam habent, quia habentur quoad causam & rem istam eadem cum illis persona, uti dictum suprà, & habet *l. Exceptio 28. h. tit.* Videtur obstare *l. Si quis separatim §. fin. inf. De appellationib.* ubi habetur, quòd in communi causa pluribus condemnatis si alter appellet, etiam non appellanti victoria ejus, qui appellavit, proficiat: quod & confirmat *l. 1. & 2. C. Si unus ex plurib. appellaverit.* Verùm dicendum, litem ibi communem fuisse, & omnes unâ sententiâ priori in judicio fuisse damnatos, posteriori autem judicio, vel uno exercente appellationem, in totum corrigi condemnationem, ut etiam tacenti prodesse debeat: in specie verò, de qua agimus, separatam cujusq; hæredis litem sive causam fuisse, singulos suo nomine conventos pro parte hæreditaria; ut mirum non sit, absolutionem unius alteri non prodesse.

Ex dictis patet resolutio quæstionis, An sen-14 tentia absolutoria tollat actionem ipso jure? Quod secundùm dicta superiùs omninò videtur negandum, cùm sententia pro reo dicta det illi exceptionem rei judicatæ, quâ actorem denuò agentem repellat, quæ dari non posset, nisi actori esset salva actio, ut expressè habet textus in §. *item si in judicio Instit. De exceptionib.* Idem & habet *l. Iulianus 60. sup. De condict. indeb.* ubi verus debitor absolutus manet nihilominùs naturâ debitor, adeò ut, si solverit quod debet, condicere nequeat. Facit etiam, quod sententiæ nullibi sit attributa vis extinguendi obligationem, cùm ratio non patitur naturaliter contractam obligationem aliter quàm naturaliter dissolvi. Nec facit, quòd ex re judicata detur actio, *l. 6. §. fin. sup. De re judic.* nam hoc ideò, quia aliàs sententia foret actori inutilis, nisi vi illius posset cogere reum ad solvendum. Non est autem inutilis reo, licet non extinguat obligationem, propterea quòd ei sit salva exceptio, quâ agentem denuò rejicit, etiamsi per injuriam sit judicatum, quia tantùm quæritur, an sit judicatum, non etiam, an benè.

15 Non obstat etiam *l. fin. C. De usuris rei judic.* ubi judicati actione novari priorem contractum disertè tradit Imp. & usurarũ e'us nomine debitarum cursum inhiberi, ut possit videri sublata prior actio, quia est effectus novationis. Nam ista lex finalis loquitur in casu, quo actor sententiam pro se obtinuit, quo casu videtur contingere aliqua novatio, translatâ priori actione in eam, quæ ex judicato competit, ut quod anteà ex contractu debebatur, id nunc ex judicato petatur. Quo modo *d. l. fin.* non tangit casum, quo reus est absolutus, qui nihilominùs manet obligatus, ut antè, & per sententiam non aliud est consecutus, quàm exceptionem hanc, per quam repellat actorem denuò agentem.

TITVLVS III.

De diversis temporalibus præscriptionibus, & de accessionibus possessionum.

SVMMARIVM.

1. *Exceptiones sive præscriptiones temporales quæ, & cur sic dictæ.*
2. *Tempus utile quibus casibus computandum.*
3. *Intellectus & emendatio l. 1. in fine h. t.*
4. *Tempus prodest, quo & auctor possedit.*
5. *Vltimum diem attigisse sufficit quoad usucapionem.*
6. *Conciliatio l. pen. h. t. & l. In omnibus 6. De obligat. & actionib.*

PRoponuntur hoc Tit. Exceptiones sive præscriptiones temporales, actori opponi solitæ, 1 quibus ab agendo repellatur, ex eo, quod debito tempore non egerit. Interdum hoc tempus est sex mensium, ut si quis agat redhibitoriâ; aut anni, si quanti minoris, *sup. De aedil. edicto.* Actio de dolo biennio est conclusa; metus anno utili. Restitutio minoris petenda intra quadriennium; inofficiosi querela proponenda intra quinquennium; fiscus excluditur quadriennio à bonis vacantibus; de quibus agitur in superioribus. Injuriarum actio anno finitur, adulterii quinquennio; de quibus & aliis inferiùs suis locis agetur. Rerum mobilium vindicationi obstat trienniũ, immobilium decennium aut vicennium. Personales actiones tollit tempus triginta annorum, qua de re latè actum suprà de usucapionibus.

Cæte-

Cæterùm sunt varii casus, quibus non continuum, sed utile tempus computandum venit: quale est, quo fuit experiundi copia, ut quia judex præsentiam sui fecit, nam illo impedito non curret tempus, uti nec curret impedito agere, ut quia apud hostes est, aut absens Reipubl. causâ, aut in vinculis, aut tempestate in loco aliquo vel regione detentus, ut neq; experiri per se neq; mādare possit, *l. 1 h t.* Idē est, si quis impediatur valetudine experiri aut mandare. † Neq, obstat *l. 1. in fin.* in qua affirmativè legitur, *eum qui, valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa esse, ut experiundi habeat potestatem*; nam malè ita legitur, cùm ratio velit negativè legendum esse experiundi scilicet potestatem non habere, cùm lex ista antè habeat, experiundi potestatem non habere eum, qui impeditus nec ipse experiri potest, nec alii mandare. At valetudine impeditus, si neutrum commodè possit, non est dicendum tempus illi currere, ut rectè sentit Ant. Faber 5. *Conject. c 18.*

Non tantùm autem prodest alicui tempus, quo ipse possedit, sed & quo auctor ejus. Sic prodest defuncti possessio hæredi, venditoris emptori, debitoris creditori, & aliis in alterius locum succedentibus, sive ex contractu, sive ex ultima voluntate, *l. De accessionib. 14. h t.* De vitio auctoris, an & quatenus noceat successori, diximus satis amplè suprà, *ad tit. De usucap.*

Sufficit autem usucapionis ultimum diem attigisse, ad excludendum actorem, nec exigitur totus dies sit exactus, ad explendum constitutum tempus, *l. penult. in prin. hoc tit.* quod & habetur *l. 6. & 7. sup. De usucap.* Verùm his contradicit *l. In omnibus 6. inf. De obligat & actionib.* quæ habet, in temporalibus actionibus, nisi novissimus dies totus compleatur, non finiri obligationem. † Ad conciliationem diecendum, *d. l. penult.* cum similibus loqui de actionibus in rē, quæ domino competunt, quas receptum est statim perimi, atq; bonæ fidei possessor attigit postremum diem temporis constituti ad complendam usucapionem: dictam verò *l. In omnibus* agere de actione in personam, creditori ex obligatione competente, quæ non perimitur statim, atq; dies postremus venit, sed tum demùm, cùm præteriit. Ratio differentiæ est; quod in perimenda actione personali interveniat solum tempus, cùm debitor nullâ re, nullove jure interim utatur, dum non compellitur solvere, in perimēda verò reali concurrat & usus possessoris bonæ fidei, qui ideò magis favorabilis: ut non tam exactè in perimenda actione servetur tempus, in personali verò exactiùs & subtiliùs spectetur tēpus demùm à momento in momentum. Hinc etiam est quod in reali perimenda sufficiat tempus longum, in personali verò requiratur longissimū.

TITVLVS IV.

De doli mali & metûs exceptione.

SVMMARIVM.

1. *Exceptionis doli mali causa.*
2. *Petere per occasionē juris civilis quis dicatur.*
3. *Oportet constet de dolo ex facti qualitate.*
4. *Exceptio hæc competit ex pacto de non petēdo.*
5. *Modo purè conceptū fuerit, non sub conditione.*
6. *Conciliatio* l. Pure; 5. in princ. hoc tit, & l. Pecuniam 36. De rebus creditis.
7. *Exceptio hæc in quibus locum habeat.*
8. *Quatenus in rem sit, & in personam.*
9. *Quibus competat, & adversus quos.*
10. *Liberis aut libertis non datur adversus parentes & patronos.*
11. *Successoribus quatenus obstet.*
12. *Item patri vel domino ex dolo filiifam. vel servi.*
13. *Exceptio hæc est peremptoria & perpetua.*
14. *Contra eam datur replicatio doli.*
15. *Exceptio metus cui & contra quem detur.*

DUæ exceptiones hoc Tit. proponuntur. Prior est doli mali. Causam hujus exceptionis proponit Paul⁹ in *l. 1. § 1. h tit.* ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem prosit. Quæ etiam causa est actionis de dolo, ut habet *l. 2. in princ. hoc tit.* A qua tamen distinguitur hæc exceptio quòd non sit subsidiaria ut illa, sed concurrat cum omnib⁹ exceptionibus, & actionem de dolo excludat; nam qui sua per exceptionē doli servare potest, de dolo non agit, *l. fin. sup. De dolo.* † Petere quis per occasionē juris civilis dicitur, qui actionem habet ipso jure civili comparatam, cujus occasione & auctoritate utitur in petendo; petere tamen contra naturalem æquitatem ideò dicitur, quòd non obstante summo jure sive subtilitate juris, æquum naturâ non sit, ut reus eo nomine teneatur.

Cui

Cui respondet, quod ait Justinianus, *Instit. De exceptionib. in pr.* tunc exceptioni huic locum esse, cùm justa est, id est jure comparata persecutio, sed iniqua adversus eum, cum quo agitur; ut actor nō possit non dici in dolo esse, qui per speciem juris conatur extorquere reo, quod non debet, cùm species ista juris longè ab æquitate dissideat: ut secundùm vetus proverbium, jus summum summa sit injuria, & è contrà nitatur summa æquitate defensionis ista exceptio, *l. Qui æquitate 12. h. t.*

Ut rectè opponatur hæc exceptio, oportet dolus pateat, qui ex facto intelligitur, ut habet *l. 1. §. pen. h. t.* id est ex facti qualitate sive ab initio adsit, ut quia dolo quis inductus promisit aut etiam ex postfacto; v. g.* Si quis stipulatus sibi dari centum posteà pactus fuerit, ne peteret centum, aut etiam ducenta, *l. Si unus 27. § si cum 10. sup. De pact is.* Per quod pactum cùm non tollatur omnis obligatio prior, superest actio de jure, *d. l. 27. § pactus ne peteret*, sed quia pactum istud nititur æquitate conventionis, agens repellitur exceptione doli, quem committit, contra æquitatem quid exigens. Obstare videtur *l. Si Stichum 95. § naturalis infr. De solution.* Ubi dicitur pactum ipso jure tolli, ut non sit opus exceptione; qua de re infrà, ad *tit. De oblig. & actionib.*

Quod dictum, ex pacto ne petatur competere hanc exceptionem reo, procedit, si purè fuerit conceptum; nam si sub conditione, aliud juris esse videtur, secundum *l. Purè 75. in princ. h. t.* quæ dicit actorem petentem non submovendum exceptione doli, eâ ratione; quòd conditio possit deficere: cui contraria videtur d. *l. Pecuniam 36. sup. De reb. cred.* quæ habet, primum stipulatorem interim, id est pendente conditione, petentem exceptione submovendum esse.* Conciliatio est facilis, quia *d. l. 5.* loquitur de legatario, qui conditionalis non potest dici creditor pendente conditione, propterea quòd ante ejus eventum non cesserit legati dies, uti dictum suprà, *tit. Quando dies legat. ced.* At verò *d. l. Pecuniam* agit de creditore conditionali, qui etiam interim pendente conditione est creditor, *l. Is cui 42. inf. De oblig. & act.* nam in contractibus conditio ponit spem, quæ & ad hæredes transit; *§. ex conditionali Instit. De V. O.*

Habet ista exceptio locum & in contractibus, & in testamentis, & in legibus, *l. 1 §. fin. hoc tit.* nā & legi fraus fit, *l. Contra 9. l. Fraus 30 sup. De legib.* Varia hoc Tit. proponuntur exempla, quibus dolo quis petere dicitur, quorum aliqua paucis perstringemus. Ejusmodi est si æger centum uxoris consobrino spopondisset, volens eam pecuniam ad uxorem pervenire, deinde convaluit, conventus hâc exceptione utetur, *l. 4. §. 1. hoc tit.* quia mortis causâ ejusmodi facta promissio non est valida ante mortem. Sic & promissio facta quasi creditori qui creditor non est, facit prodesse exceptionem hanc promissori ignoranti, *l. Iulianus 7. in fine hoc tit.* quia in dolo est, qui petit id, quod est redditurus, *l. Dolo 8. hoc tit.*

Est autem hæc in rem exceptio, ex parte ejus, qui eam objicit, cùm non quæratur, adversus quem sit commissus dolus, sed an in ea re dolo malo actoris factum sit, *l. 2. §. planè hoc tit.* ut hæc exceptio rei cohærens etiam fidejussori competat, *l. 7. §. 1. sup. De exceptionib.* Ex parte ejus, cui opponitur, est in personam, non in rem concepta; ut non sufficiat ostendere dolum esse in re, sed opus sit ostendere, actorem ipsum, cui exceptio opponitur, dolum commisisse, *d. l. 2. §. 1.*

Competit hæc exceptio ei, qui summo quidem jure est obligatus, æquitatis tamen causâ non patitur, ut cum effectu excutiatur. Nec ei tantum, verùm & hæredibus ejus, & successoribus, cùm exceptio sit ei cohærens, quam & hæredibus prodesse, uti & fidejussoribus, patet ex *d. l. 7. sup. De exceptionib.* Adversus omnes, qui summo jure freti contra naturalem æquitatem quid exigunt: ut non excipiatur pupillus, furiosus, prodigus, si fortè pecuniam sine tutoris aut curatoris auctoritate acceptam, ex qua locupletiores facti, iteratò exigant. *l. 4. §. si quis pupillo l. pen. h. tit.* Nam etsi ab initio dolo caruerint, malitiosa tamen petitio, quæ tendit ad iniquum compendium, non est extra dolum. * Excipiuntur parentes & patroni, quibus à liberis aut libertis hæc exceptio objici nequit, eò quòd famam fugillet, *l. 4. §. adversus h. t.* famæ autem talium sit parcendum. Unde si facto parentis aut patroni liberi aut liberti læsi fuerint, utuntur exceptione, in factum comparatâ, omissâ doli exceptione, ne iis sui defensio denegetur. Quo modo & temperanda actio liberorum aut libertorum contra tales personas, *l. Non debet 11. sup. De dolo.* Eâdem & in factum moderatâ exceptione utendum liberis & libertis in hæredem parentis aut patroni, cùm reverentia non tantùm vivo, sed & mortuo sit exhibenda, *d. § adversus.* Hæres liberti contra patronum agentem de dolo excipere non prohibetur, cùm non debeat illi reverentiam, *d. §. adversus.* Videtur & hæc exceptio in factum temperanda, si plebejus

jus eam opponat viro consulari, aut vilis, homini emendatioris vitæ, *arg. d. l. Non debet.*

11 Obstat & hæc exceptio successoribus: non tamen omnibus, quia distinctio est adhibenda, an in rem successerint ex causa lucrativa, uti donationis, legati, an ex causa onerosa, uti emptionis, permutationis: illo enim casu rectè exceptio objicitur, non etiam hoc *d. l. 4. §. De auctoris & §. si quis autem.* Differentiæ ratio est, quòd exceptio oriatur ex delicto personæ, quod successori nocere nequit, cùm pœna debeat suos tenere auctores, nec longiùs progredi, quàm delictum est, *l. Sancimus Cod. De pœnis.* Sentiret autem pœnam emptor, qui ea de causa pretium, quod dedit, amitteret, non & donatarius, legatarius, & similes, quia pretium non dederunt, quamvis exceptio metûs cuicumque possessori objiciatur, uti mox dicetur, ita autem obtinent dicta de successore ex causa onerosa, si non utatur accessione sui auctoris, *d. §. De auctoris*: nam cùm utitur ejus adminiculo, æquissimum est eidem & vitium obstet actoris.

12 Dolus filiifamilias aut servi in re peculiari facit domino aut patri exceptionem hinc objici posse. Extra rem peculiarem, nisi in ipso negotio sit commissus, patri aut domino non obstabit, *d. l. 4. §. in hac exceptione,* cùm æquum non sit, servi dolum ampliùs domino nocere, quàm quatenùs operâ ejus usus est. Dolus item procuratoris in rem suam dati ipsi procuratori obstabit, quem solum res tangit. Si non sit datus in rem suam, eatenùs nocebit domino, quatenùs in ipso negotio commissus, nisi sit administrator omnium bonorum, tunc enim quandocumque commissus nocebit domino, ne iniquè locupletetur, *d. l. 4. §. quæsitum.*

13 Exceptio hæc peremptoria est, cùm opposita perimat omninò actionem, *Institut. De exceptionib. §. perpetua.* Perpetua est, nec ullo tempore finitur, licet actioni de dolo biennium sit præscriptum, ut traditur suprà, *tit. De dolo malo.* Ratio diversitatis est, quod actor in sua potestate habeat, quando jure suo utatur; is autem, cum quo agitur, non habeat eamdem facultatem, neque sciat, quando convenietur, *l. 5. §. fin. h. t.*

14 Datur etiam contra hujusmodi exceptionem replicatio doli, uti contra exceptionem Senatusconsulti à patre vel filio oppositam potest creditor replicare, si exceptio sit injusta, *d. l. 4 §. contra*; veluti si mutuum sit acceptum ex consensu patris, si filiusfamilias patremfam. se finxerit; ut aliàs deceperit creditorem, *l. 1. 2. h. t. & tit. C. Ad S. C. Maced.* nam istis & similibus casibus, cùm nihil mali imputari possit creditori exceptio S. C. non est æqua. Contra doli exceptionem replicatio doli non admittitur, *d. l. 4. §. Marcellus,* quòd iniquum sit, communem malitiam petitori quidem præmio esse, ei verò, cum quo agetur, pœnæ esse, cùm longè æquius sit ex eo, quod perfidè gestum, actorem nihil consequi.

15 Altera exceptio est metûs causâ. quæ etiam perpetua est, ex ratione jam dicta, & peremptoria, actionem perimens. Datur metum passo, non tantùm contra eum, qui metum intulit, sed & contra successorem, quisquis is est. Est enim in rem concepta ista exceptio, ut non respiciamus, an is agat, qui metum intulit, sed omninò an metûs causâ factum sit à quocumque; licet res aliter se habeat in dolo, *d. l. 4. §. penult.* Ratio diversitatis ponitur in delicti atrocitate, quam in se vis & metus habent. Parenti non objicitur hæc exceptio ab eo, qui metum passus tum temporis, rùm in potestate esset, quia licet patri causam filiorum facere deteriorem. *d. l. 4. §. fin.*

TITVLVS V.

Quarum rerum actio non datur.

SVMMARIVM.

1. *Exceptio jurisjurandi cui & ad quid detur.*
2. *Similis exceptioni rei judicatæ.*
3. *Et tunc locus est, quando de eadem re iterum agitur.*
4. *Competit & ei, qui juravit, & ad quem res pertinet,*
5. *Oportet ei, qui detulit, sit libera rerum suarum administratio.*
6. *Exceptio de eo, quod onerandæ libertatis causa factum.*
7. *Exceptio hæc obstat etiam in bonæ fidei contractibus.*
8. *Exceptio de eo, quod in alea gestum.*

Tres aliæ hìc exceptionum species proponuntur, non obstante, quòd Rubrica habeat, *quarum rerum actio non datur*: nam intelligenda de actione non efficaci, propter oppositam exceptionem.

1 Prima est jurisjurandi, competens reo, qui adversario deferente, sive in judicio sive extra, juravit se non debere, aut rem actoris non esse, *l. 1. §. 2. h. t.* Dico, deferente; nam nullo deferente præstitum nullius est momenti, *l. 3. in princ. sup. De jurejur.* quia alioquin facillimè quisque ad jusjurandum decurrens, nemine sibi 2 deferente, oneribus actionum se liberaret. † Similis est exceptioni rei judicatæ, cùm taliter præstitum jus utandum habeat vim rei judicatæ, *l. 1. in pr. hoc tit.* quia ut post rem judicatam non quæritur, an debeatur, sed an judicatum sit, *l. Post rem 56. sup. De re judic.* ita post jusjurandum taliter præstitum tantum quæritur, an juratum sit, *l. 5. §. datum sup. De jurejur.* quo probato absolvitur reus, *l. Iusjurandum 34. in fine d. t.* Ratio posita est in conventione litigantium, quibus placuit remitti actionem in casu juramenti. Idem obtinebit, si jusjurandum ab actore remissum fuerit, quia habetur ac si præstitum esset, *l. 9. §. 1. sup. De jurejur.*

3 Exceptioni autem huic ita demùm locus est, si de eadem re iterum agatur. Eamdem rem hic accipimus, non rem, cujus nomine actum, non etiam actionem, quâ actum, sed quæstionem, quæ vocatur in judicium, jurejurando ante decisam, id est quando ex eadem causa agitur, ex qua antè actum. V. G. qui mandati nomine de re agebat, detulit juramentum, juravitque reus, se rem ex ea causa dare non oportere; frustrà eadem de re postea agetur condictione certi, quia etsi alia sit actio, ex eadem tamen causa competit, ut exceptio obstat, *l. In duobus 28. §. exceptio sup. De jurejur.* ubi aliud exemplum datur in §. *colonus.* Quòd si diversa fuerit agendi causa, exceptio non oberit. Si marito, quo deferente uxor juravit, se res non amovisse, non obstabit exceptio agenti in rem, *d. l. 28. §. qua juravit.*

4 Competit hæc exceptio & ei, qui juravit, & ad quem res pertinet: qualis intelligendus est is, qui actione istâ potuisset conveniri, nisi juratum fuisset, ut hæres, qui utitur eodem jure quo defunctus, *l. 1. & 2. C. De hered. actionib.* & successor in rem, qui quovis alio quàm hæreditario titulo rem accepit; concernit enim hæc exceptio ipsam rem, eamque sequitur, *l. 7. sup. tit. 1.* Qua de causa & fidejussori ista exceptio est salva, *d l. 7.* uti & è contrà à fidejussore exactum prodest reo, *d. l. 28. §. 1.* Nisi de sua tantùm persona juraverit, quasi non fidejussisset, quia hujusmodi juramentum cùm sit personale, jurantis personam non egreditur, *l. 1. §. si fidejussor. h. t.* Competit & patri, cujus filius juravit se non debere, *l. 2. h. t.* uti & si pater juraverit, filium non debere, filio competet, *l. Qui jurasse 26. § 1. sup. De jurejur.* Procuraroris quoque & defensoris juramentum prodest Domino, *d. l. 9. §. pen.*

5 Hæc ita, modò ei, qui detulit, rerum suarum administratio sit libera: unde à pupillo sine auctore tutore delatum non proderit ad exceptionem, quæ oppositâ replicatione elidetur, *l. 1. §. 1. h. t.* Quod & in minore juramentum deferente sine curatore dicendum, si tamen ex Prætoris cognitione pateat eum captum esse, *d. l. 9. §. si minor,* quia non ex eo, quòd minor sit, circumscriptus dici potest; quamvis è contrà minori aut pupillo delatum juramentum vim suam habeat extra exceptionem, *d. l 29. in pr.* cùm imputare sibi debeat deferens tali juramentum. Delatum in fraudem creditorum est etiam ejus ordinis, ut adversus exceptionem jurisjurandi detur creditoribus replicatio fraudis, *d l. 9. §. sed etsi.*

6 Secunda exceptio est de eo, quod onerandæ sive comprimendæ libertatis causâ factum. Cui locus est, si servo ultrò manumisso dominus ab eo pecuniam stipuletur, non tam, ut eam exigat, quàm ut libertum sibi devinctum & obnoxium habeat, quo plus patronum revereatur ac timeat, quove magis ei obtemperet, cùm libertus nihil non sit acturus, ne offendat patronum, metuens, ne committatur stipulatio per offensam. Nam talis conventio licet stricto jure teneat, non tantùm in actionibus strictis, verùm & bonæ fidei, cùm metus non impediat obligationis ortum, secundùm tradita superiùs ad *tit. Quod metus causa gest. erit,* quòd voluntas coacta sit voluntas, concessa tamen exceptio, quâ patronus agens ex ista conventione repellatur, *l. 1. §. quæ oneranda hoc tit.* non tantùm competens ipsi liberto, sed & hæredi ejus fidejussori, procuratori, defensori, *d. l. 1. §. exceptionem & §. fin.* propterea quòd alias non cessaret, onus libertatis: quo modo non tantùm patrono, verùm & eius hæredi opponitur, *d. §. fin.* & cuilibet alteri, cui voluntate patroni promissum est, ex eadem ratione.

7 Quod dictum est, conventionem istam etiam stricto jure valere in contractibus bonæ fidei, patitur difficultatem per *d. l. 1. §. si libertatis,* ubi dicitur, in casu societatis inter patronum & liber-

libertum, onerandæ libertatis causâ, libertum ipso jure esse tutum; quod & habet. *l. Labeo sup. De operis libertor.* & sustinet omninò Wesenb. *hic in Paratitlis in fine.* Non recedendum tamen ab eo, quod dictum, etiam in contractibus bonæ fidei obstare exceptionem, non autem actum ipso jure nullum esse. Nihil obstantibus dictis locis, quæ cùm dicunt ipso jure tutum esse libertum, sunt intelligenda, non quòd ipso jure sit tutus, sed quòd ipso jure insit exceptio in bonæ fidei contractibus, ut ejus omissio nihil officiat liberto, in strictis autem necessariò sit opponenda. Ita rectè tradit Cujac. 26. *Obser. cap.* 8. ut illo casu videatur ipso jure tutus esse, secundum dictas leges. Cessabit hæc exceptio, si servus pro suo capite, ut liber fiat, pecuniam promiserit, cùm talis promissio non possit dici onerare libertatem, *l. 2 in fine h.t.*

8 Tertia exceptio est de eo, quòd in alea gestum, *l. 2. § 1. h.t.* veluti si quis in alea rem vendiderit, ut luderet; quæ si evincatur, emptori agenti evictionis nomine obstabit exceptio hæc, quòd in alea sit gestum. Quod imputare sibi debet, qui in aleæ lusu legibus vetito rem emerit à lusore, qui pecuniam mox aleæ permissurus erat, atque ita perditurus. Quo acquisito rectè dicetur & in alea creditæ pecuniæ efficacem petitionem non esse; præcipuè si minor sit, cui perdituro credens non repetit creditum, *l. Quod si 24 §. restitutio sup. De minorib.* Aleæ nomine venit omnis lusus, qui magis fortunâ aut casu, quàm arte dirigitur, qualis est tesserarum, alearum, chartarum. Causa prohibitionis est, quòd ex isto lusu procedant in Deum blasphemiæ, lites, & pugnæ interludentes, substantiæ evacuatio, quæ facit perdentes sæpè converti ad lattocinia, furta, & alia crimina, *l. fin. C. De aleatorib.* Unde Plato artem illam vocat perniciosam, & à dæmone inventam; Aristoteles comparans furibus & latronibus aleatores, dicit eos esse illiberales, quòd in turpi lucro versentur. Justinianus *Cod. d. tit.* denegat actionem victori in victum, cautionem datam reddit irritam, soluti concedit condictionem victo, ejusque hæredi, quo negligente ea est concessa fisco, cui non præscribitur nisi quinquaginta annis. Illi, qui domos suas præbent ad ludendum aleâ, eam pœnam patiuntur, quod verberati, aliamve injuriam, damnumve passi, conquerentes non audiantur, *l. 1. sup. De alea lusu & aleatoribus.*

TITVLVS VI.

De Litigiosis.

SVMMARIVM.

1. *Litigiosa res quæ dicatur.*
2. *Denuntiatione impedienda venditionis rem non fieri litigiosam.*
3. *Exceptio litigiosi in quibus locum habeat.*
4. *Effectus hujus exceptionis.*
5. *Litigiosam rem ementis quæ pœna.*
6. *Re litigiosa sacris dedicata, duplum ejus præstat dedicans.*
7. *Exceptio litigiosi non habet locum in alienatione, quæ fit ex causa divisionis rerum hæreditariarum &c.*

SUnt & innumeræ aliæ exceptiones superioribus libris explicatæ. Hoc tit. specialis una subjungitur, quæ causatur ex eo, quod res litigiosa alienata est. † Vitio litigiosi res afficitur, 1 super qua lis inter aliquos pendet, sive mobilis sit, sive immobilis; sive corporalis sive incorporalis, ut & nomen debitoris super quo lis est, sive, ut habet *l. 3. Cod. hoc tit.* chirographum ambiguum, hic comprehendatur. † Lis olim 2 pendere dicta, re in judicium deducta per litis contestationem, *l. 1. §. 1. hoc tit. l. 2. Cod. eod.* Denuntiatio simplex impediendæ venditionis rem neutiquam facit litigiosam, *d. l 1. in princ.* uti nec debitoris interdictio, ne venditio pignoris perficiatur per creditorem, *l. 1. Cod. hoc tit.* cùm talis denuntiatio non ponat rem controversam, atque ita per litem. Hodie in realibus actionibus, ad afficiendam rem vitio litigiosi, sufficere videtur precum oblatio Principi facta, & judici insinuata, per eumque futuro reo cognita, *Authent. Litigiosa Cod. hoc. tit.* quæ cùm tantum meminerit realium, non etiam personalium, videtur in his requiri litis contestatio, ad effectum rei litigiosæ, secundùm jura priora, quæ non mutata non sunt prohibenda stare. Covar *c. 11. Pract. qu. n. 6.*

Habet locum hæc exceptio, sive alienatio 3 contingat ex causa lucrativa, sive ex onerosa, *l. 2. Cod. hoc tit.* Quo modo obiicitur emptori, donatori, creditori, si rem ab eo acceperint, qui litem cum alio sustinet; nam si ab alio, cui nulla

mota controversia, res habeatur, illi locus non erit, cùm in necem tertii non tendat lis inter alios habita, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Nisi à procuratore aut tutore judicium sit acceptum; tunc enim quia quasi cum ipso domino litigatur, consequens est ad eum pertinere exceptionem, *d.* §. 1.

4 Effectus hujus exceptionis est, quòd lis cœpta nihilominùs peragatur, ac si nihil factum esset, ut habet *l.* 2. *C. h. t.* Ex quibus verbis non rectè inferas, alienationem esse *ipso* jure irritam; sed potiùs irritandam, ut habet *l. fin.* §. 1. *C. eod.* Cujac. *hic in Parat.* & *Recitat.*

5 Rem litigiosam ementis scientes pœna est, quòd rem restituat, pretium amittat: quod non cedit lucro venditoris, qui alterum tantum fisco inferre jubetur, *d. l. fin.* Ratio est in præsumptione improbæ versationis adversarii. Ignorantia emptoris ponit ipsum extra pœnam, datque licentiam repetendi pretii, cujus tertia pars eidem à venditore superadditur, reliquis duabus in fiscum illatis, *d. l. fin.* §. 1. Et hoc si alienatio sit facta titulo oneroso; quòd si lucrativo, vera æstimatio pretii fiet, ad supradictam mulctam inferendam, *d. l. fin. in fine.* Quam pœnam non aliàs subibit dominus ignorans, cujus servus rem litigiosam comparavit; quàm si sine mandato ejus comparaverit; nam si ex mandato, scientia servi non nocebit domino ignoranti, *l.* 2. *h. t.* Ratio est, quod illo casu solum ipsius servi factum (cujus ideò sola scientia inspicitur ad pœnam litigiosi) hoc verò versetur factum domini, cui ignoranti non debet obesse improbitas servi.

6 * Si res litigiosa sacris dedicetur, duplum ejus præstat dedicans, propter contumeliam in Deum, quem falsa religionis specie colit, in detrimentum adversarii, cui duplum cedit, *l.* 3. *h. t.* Non rescinditur tamen dedicatio in favorem religionis, uti nec revocatur libertas servo litigioso data, *l.* 3. §. 1. *sup. De alienat. indic. mutandi causa facta.*

7 * Excipitur alienatio, quæ fit ex causa divisionis rerum hæreditariarum inter cohæredes, quòd res litigiosa jure hæreditario ad eos perveniat, *l. fin. in fine C. h. t.* Ubi verba, *transactionis aut divisionis*, pro uno eodemque negotio accipienda, eò quòd vix unquam inter cohæredes fiat divisio sine transactione. Dotis quoque nomine & donationis propter nuptias alienatum extra vitium esse facit causa necessaria, dùm fortè non suppetit res aliqua, quæ in dotem detur, ut cesset præsumptio cupiditatis divexandi adversarii. Quæ & cessat in delicti testamento & codicillis, quorum alienationem causat mors testatoris; quo casu litis eventus debetur ex jure novissimo, quia non aliàs tenetur hæres rem præstare, quàm si in lite fuerit superior, *Nov. De litigiosis* 12. *c.* 1. per quam abrogatur *l.* 3. *C. h. t.* quæ litis æstimationem vult deberi tali legatario.

TITULUS VII.

De Obligationibus & Actionibus.

SUMMARIUM.

1. *Obligatio quid?*
2. *Obligatio duplex naturalis & civilis.*
3. *Exempla naturalis obligationis.*
4. *Civilis obligatio quæ dicatur.*
5. *Civilis obligatio alia nuda, id est sine re, alia conjuncta naturali, id est cum re.*
6. *Debitor condemnatus tenetur ei, cui condemnatus, civiliter.*
7. *Sententia absolutoria veri debitoris non tollit obligationem naturalem.*
8. *Ex litterarum contractu ante biennium an oriatur obligatio.*
9. *Civilem obligationem nudam non dari probatur.*
10. *Civilis obligatio est qualitas naturali inhærens.*
11. *Intellectus* l. 36. §. 1. D. De constituta pecunia.
12. *Intellectus* l. 7. §. 2. De pactis.
13. *Intellectus* §. præterea Inst. De except.
14. *Exceptio reddit actionem minus efficacem.*
15. *Condemnatus, licet non debitor, obligatur & naturaliter.*
16. *Litterarum obligatio etiam naturaliter tenet.*
17. *Intellectus* can. Turbatur l. qu. 4.
18. *Obligatio civilis alia proprietalis, alia prætoria.*
19. *Obligationis substantia, forma, materia.*
20. *Contractus quid & quotuplex.*
21. *Initur re, verbis, consensu.*
22. *Litterarum obligatio quando inducta, & quo modo contrahatur.*
23. *Exceptio non numeratæ pecuniæ quando proponenda.*
24. *Querela non numeratæ pecuniæ.*
25. *Exceptio ista locum habet in mutuo.*

26. Item

Superioribus libris passim pleraque tradita sunt, ad obligationes & actiones pertinentia, quibus tit. hic generalis subjicitur, quo generales sive communes obligationum & actionum regulæ continentur. Duplex Rubricæ est pars; prior de Obligationibus, altera de actionibus. Rectè, quia obligatio est actionis mater, atque illa hanc parere dicitur in *l. Licet. 42. §. ea obligatio sup. De procurat.*

Obligatio, ab Obligando sive vinciendo dicta[1] definitur à Justiniano *Inst. h. t.* esse juris vinculum, quo necessitate astringimur alicujus rei solvendæ, secundùm nostræ civitatis jura. Ut tota substantia obligationis in eo consistat, ut alium nobis obstringat ad dandum, aut faciendum, aut præstandum, nòn etiam ut nostrum quid fiat, *l. 3. in princ. h. t.* cùm non obligationibus, sed traditionibus dominium quæratur. Consistit itaque effectus obligationis in necessitate præstandi id, quod in eam deductum, sine quo frustranea foret obligatio, imò ferè nulla, cùm pro non dicto sit, quod dare, nisi verbis, cogi non possis, *l. 8. hoc tit.* Qui effectus non competit omni obligationi, sed prout genus & conditio cujusq; obligationis fert.

Sunt autem duo genera obligationis, naturalis[2] scilicet & civilis. Naturalem vocant æquitatis

tatis & naturæ, sive juris vinculum, quo adstringimur quidem aliquam rem solvere, nullâ tamen eo nomine concessâ actione civili. Vinculum esse patet ex Paulo in *l. Cùm amplius 84. §. 1. inf. De R. I.* & Papiniano *in l. Stichum 95. §. naturalis inf. De solut.* ubi vocat æquitatis vinculum. † Ejus ordinis est pactum, quod dicunt nudum, ex quo actionem jura civilia denegarunt, ex eo ne nimis constringeretur oris libertas. Leviter enim cùm non rarò ineatur, & sine debita attentione, maluerunt leges ejus implementum paciscentium arbitrio relinquere, quàm vinculo juris alligando lites augere. Ejus ordinis & est obligatio inter patrem & filium, qui cum habeantur jure civili pro una & eadem persona, actio isto jure inter eos consistere non potest. *l. 4. sup. De judic.* cùm requirat duarum personarum interventum. Servus quoque tantùm naturaliter obligatur, quòd non sit capax juris civilis. Etsi autem ex naturali obligatione actio non sit efficax, est tamen exceptio, quâ rejicitur is, qui pacto contravenire nititur *Instit. De except.* Valet etiam ad retentionem soluti, cùm faciat condictionem indebiti cessare naturaliter tantum debitum, ut tradi solet ad Tit. *De condict. indeb.* Potest & debitum naturale tantùm compensari, ut traditur in materia compensationum. Non spectat ad hoc obligationis genus illa obligatio, quæ vocatur antidoralis, quæ constringit eum, qui ab aliquo beneficium accepit, verùm non tam ex aliqua æquitate naturali, quàm quâdam honestate civili, cui ne quidem adest vis impediendæ conditionis soluti.

4 Civilis obligatio dicitur, quæ vel à legibus inventa & constituta, ut stipulatio, quæ est juris civilis inventum, de qua Tit. sequenti, & aliæ similes; vel per leges comprobata, cujusmodi sunt pacta juris gentium à jure civili confirmata, ut fiunt valida ad actionem, *l. 6. sup. De pactis*; cujusmodi est emptio-venditio, locatio-conductio &c.

5 Civilem obligationem veteres subdividunt, aliam statuentes civilem nudam, quæ non est conjuncta naturali, aliam, quæ est naturali conjuncta. Hanc vocant civilem cum re, cujus ordinis sunt omnes obligationes juris gentium approbatæ per jus civile; illam civilem sine re, ita dictam, quòd non nixa naturali obligatione sine re videatur esse; & licet actionem det, talem tamen, quæ per exceptionem infirmetur. Quam sententiam veterum amplectitur Cujac. in *l. Pupillus 127. in fine De V.O.* Donell. 12 *Comment. c. 2.* estque communiter recepta. Quam & probabilem faciunt aliquot juris loca, quæ videntur ponere civilem obligationem absque naturali. Primò adfertur *l. 3. §. 1. sup. De constituta pecunia*, ubi quod civiliter debetur, non etiam jure prætorio, non potest deduci in constitutum; quod est signum defectus naturalis obligationis, in qua fundatur æquitas constituti. *l. 1. sup. d. t.* Secundò, *l. Si fidejussor. 59. sup. De condict. indeb.* ubi dicitur nec naturale vinculum, nec civile dissolvi: & *l. Fidejussor. 16. §. fidejussor inf. De fidejussor.* ubi fidejussor potest accipi quoties est obligatio aliqua civilis vel naturalis, cui applicetur. Ex quibus textibus volunt colligere, civilem tantùm dari. Quo facit & *l. 1. inf. De novationib.* ubi novatio dicitur esse prioris debiti transfusio in aliam obligationem, dummodò sequens teneat, aut naturaliter, aut civiliter. III *l. 7. §. 2 sup. De pact.* ubi dicitur dari civilis actio ut videatur naturalis non dari, ex ratione, quod inclusio unius sit exclusio alterius, *c. Omne ii de præsumpt* IV. *§. præterea Inst. De exceptionib* ubi pactum de non petendo non omninò dissolvit obligationem, hoc est, ut volunt, tantùm quoad naturalem, non etiam quoad civilem. Quo facit *l. Stichum 95 §. 4. inf. De solut.* ubi dicitur naturalis soluta, ut civilis dicenda sit remanere, atque ita detur civilis tantùm. V. † Non debitor condemnatus tenetur civiliter actori, cui condemnatus est, cùm illi sit actio ratione sententiæ, ut dictum suprà, *ad tit. De re judicata*, cui alias sententia non prodesset, cùm postea non quæratur, jure an injuriâ sit judicatum, sed tantùm an judicatum, *l. 1. §. pari modo inf. De liberis exhib.* Ut non possit negari civilis orta esse, uti omnes concedunt: naturalis orta non videtur, propter defectum consensus; redditur enim judicium in invitum, *l. Inter 81. §. 1. De V O.* † Facit & ratio, quia, ut absolutoria sententia veri debitoris non tollit naturalem obligationem, *l. Iulianus sup. De condict. indeb.* ita multò minùs poterit eam inducere sententia condemnatoria, cùm jura multò sint proniora ad absolvendum, quàm condemnandum, *l. Arrianus 47. h. t.* VI. Ex litterarum contractu licet dubitetur, ante biennium an oriatur obligatio, & multi putent, nullam oriri, non desunt tamen alii, qui continuò obligationem ponunt. Quorum opinio verior est, &

est, & probatur hoc solo argumento, quòd debitori sit salva exceptio, quæ non solet competere, nisi in casu, quo est actio. Facit textus *Inst. §. idem juris De except*, qui certum esse statuit, pecuniam peti posse, quòd dare eam oporteat. Facit etiam, quod tens hoc casu condicere possit liberationem, hoc est agere, ut liberetur, *l. Si quasi C. de non num. pecun.* ut necessariò sit præsupponenda obligatio, cùm privatio præsupponat habitum. Nec obstat, quod scriptura tantùm sit modus probationis, *l. Publica §. fin sup. Depositi:* nam hoc verum est in iis contractibus, quorum substantia est vel in consensu nudo, vel in verbis, non etiam in hoc, qui formam non nisi in litteris constitutam à lege habet. Non etiam obstat; quod dicitur scripturâ tum demùm obligari scribentem, cùm quæri non potest; quæri autem non potest, lapso demùm biennio, *instit. De litter oblig.* Nam inde tantùm sequitur, antè non obligari quidem cum effectu, non etiam omninò non obligari. Quomodo & in diem obligatus, antè quidem obligatus est, §. *omnis Instit. De V. O.* ante diem tamen frustrà petitur. Quo facit, quod ait J.C in *l 137. §. cum ita inf. t. seq.* qui promisit Ephesi dare, continuò ut Ephesum pervenit obligatus est, scilicet cum effectu, cùm tamen & ante obligatus esset. Hanc tamen obligationem nonnisi civilem esse plerique contendunt, à lege inductam, respectu chirographi, non etiam naturalem, ex eo, quòd naturalis oriatur vel ex consensu, vel ex æquitate. Neutrum hîc adest; non consensus, quia datum chirographum sub spe numerationis non subsecutæ; non æquitas, quia iniquum, aliquem obligari causâ numeratæ pecuniæ cui nulla numerata. Facit, quod si naturalis poneretur, cessaret condictio post solutionem, *l. Si quod dominus 64. De condict. indeb.* non cessat autem hoc in casu, ut videri est ex *l. 3. Cod. De postulando.* Est denique textus in *can. Turbatur in fine l. q. 4.* qui dicit ex chirographo oriri civilem, & solutum repeti posse. Ita tenet Gloss. Bart. Castrensis, Alex. Jason & alii *ad l. 1. sup. De condict. indebiti.*

9 Quæ argumenta & rationes faciunt quidem probabilem eorum opinionem, qui volunt dari civilem nudam, separatam à naturali, sunt tamen pro contraria opinione, scilicet non dari civilem nudam, sed semper conjunctam naturali, & proinde non nisi duas species obligationis esse, naturalem scilicet solam, & civilem naturali conjunctam, argumenta & rationes, quæ eam faciunt magis probabilem. Pro qua primò facit, quod in Jure passim fiat mentio obligationis naturalis & civilis, non nudæ, sed quæ naturali est conjuncta, numquam autem civilis nudæ, non obstantibus locis jam allegatis, ut mox videbitur; cùm civilis obligatio nihil aliud sit, quàm naturalis obligationis à jure civili facta approbatio, sive effectus ex illa approbatione resultans, agendi scilicet, quem consequitur à jure civili, Bart. *in l. Si unus §. pactus n. 10. sup. De pactis*; naturalis autem nomine veniat ea, quæ non est approbata à jure civili. II. Quòd pleraque Juris loca distinguendo inter civilem & naturalem, huic addant particulam *tantùm*, non etiam illi; quod signum est illam solam & nudam non dari. III. Quòd, si daretur civilis sola, omnes leges, facientes mentionem solius obligationis civilis & naturalis, essent judicandæ imperfectæ, ut tantùm ponentes bimembrem distinctionem, cùm foret ponenda trimembris, vel alterum membrũ subdividendum. IV. Quòd omnes ferè contractus & obligationes à jure gentium fuerint introductæ, atque ex iis aliquæ à jure civili approbatæ, ad effectum actionis, aliis in nudis terminis Juris gentium relictis; aliquæ verò à jure civili inventæ, ut stipulatio, largitas sponsalitia, & similes, quæ tamen habent & adjunctam naturalem, ut patet ex consensu, qui illis adest, & probat Coñanus *1 Com. c. 6. n. 11. & seq.*

10 † Ex quibus sequitur, civilem obligationem esse quamdam qualitatem naturali tamquam subjecto inhærentem, sine qua subsistere nõ potest, ut non debeat mirum videri, si naturalis sola detur, uti subjectum non qualificatum per civilem, non etiam sola & nuda civilis sine naturali, cùm qualitas sine subjecto non subsistat.

11 Non obstant in contrarium opposita. Nam quantum ad *d. l. 3.* primo loco productam, non fit in ea mentio juris civilis, ad differentiam naturalis, sed juris prætorii; quod si permittat exceptione elidi aliquam obligationem, non ponit ea materiam constitui, cùm constitutum requirat debitum prius: est autem quasi non debitum, quod exceptione aliquâ eliditur. Unde non rectè infertur, dari civilem sine naturali, cùm exceptio non faciat deesse naturalem, ut patet in contractibus metu aut dolo initis, qui cùm habeant consensum, nõ potest dici abesse naturalis obligatio. Similiter & in S. C. Macedoniani, Velleiani, & aliis exceptionibus, quibus etiam adest naturalis, ut constat ex variis locis.

Non

Non obstant textus secundo loco adducti, quia in illis naturalis obligatio accipitur de sola naturali, uti exempla ibi subjecta ostendunt; civilis autem de naturali approbata, cujus exempla in dictis locis nulla subjiciuntur, quia res, de qua ibi, extra dubium erat quoad ista.

12 Nihil movere debet *d. l 7.* cum ibi agatur de civili qualificante naturalem; agitur enim de contractibus juris gentium, ex quibus competere naturalem certum est; uti & actionem civilem, si approbati fuerint per jus civile, ut sunt contractus, qui in proprium nomen transiverunt. Dubium tantùm erat de innominatis, eo quòd non transierint in proprium nomen contractus: quo tamen non obstante, cùm & causa iis subsit, responsum ibi, etiam ex illis nasci civilem obligationem efficacem ad actionem, quæ ex sola naturali non qualificata per civilem non competiisset; ut frivolum sit, ibi civilem interpretati, cum exclusione naturalis.

13 Non obstat quartum, nam in *d. §. præterea* naturalis non dicitur ipso jure sublata, sed tantùm ope exceptionis venit elidenda, ut, donec elidatur, ibi maneat & naturalis & civilis. Nec facit *d. §. naturalis*, qui habet naturalem dissolvi; cùm ex textu isto constet ibi tantùm naturalem subesse obligationem, id enim clarè volunt verba, propterea quòd vinculum æquitatis, quo solo continebatur, conventionis æquitate dissolvatur: & facit subjunctum exemplum ejus, qui fidejussit pro pupillo, quem naturaliter tantùm teneri constat, ut eo per pactum liberato dicendus sit & liberatus fidejussor, & nequeat dici remanere

14 sola civilis. * Nihil movet, quòd æquitas exceptionis non patiatur actionem efficacem esse; nam non repugnat strictè naturaliter & civiliter aliquem teneri, & æquitate exceptionis defendi, cùm obligationes, quæ infirmantur per dolum, metum, S. C. Macedonianum, Velleianum, & aliàs similes exceptiones, & naturaliter & civiliter teneant. *Gl. Instit. De exceptionib. in pr. V. efficax.* Sic pupillus dicitur jure naturali & naturâ non debere, variis locis, de quibus infrà hoc Tit. & tamen naturaliter eum obligari paret ex *l. 1. inf. De novationib,* nam naturâ, aut jure naturali non debere, non est ita debere, ut cogi possis non etiam naturaliter non debere, qua de re infrà.

15 Non obstat quintum objectum, cùm condemnatus, licet non debitor, non obligetur non tantùm civiliter, verùm & naturaliter, ut multis probat, Bart. *ad l. Julianus n. 23.* & Jason. *ibid. nu. 16. sup. De condict. indeb.* ex ratione, quòd in judiciis quasi contrahatur, *l. 3. §. idem scribit sup. De peculio.* Ut non possit negari adesse consensum, cum consentiamus, in id, quod judex judicaturus, & præcipuè si latæ sententiæ acquiescat reus. Ut non obstet, quòd judicium reddatur in invitum; nam licet invitus quis ad judicium trahatur, tamen dum vocatus comparet, & litem contestatur, quasi contrahit. Ubi etiam non obstabit, quòd sententia absolutoria non tollat naturalem, quâ tenetur verus debitor absolutus, quia ad effectum sententiæ absolutoriæ satis est, non esse actori actionem contra absolutum, quem consequitur, sublatâ civili, remanente naturali, quæ non causat actionem. Non sufficit autem sola civilis ad inducendam actionem, cum nulla civilis sola absque naturali inveniatur uspiam in jure expressa, ex eo, quòd uti dictum, civilis sit tantum quædam qualitas ipsius naturalis; non est autem qualitas sine subjecto.* Deinde non sequitur, sententia non tollit obligationem naturalem, ergò nec inducit; quia priori casu subest vera naturalis, quæ non potest tolli per civilem, cùm unumquodque eo modo tollatur, quo est colligatum, & naturalia sint potiora civilibus. In posteriori autem nullum est obstaculum ad inducendam naturalem, & adsunt requisita, scilicet consensus; quem ponit etiam quasi contractus, ex quo licet consensus causatus sufficiat ad inducendam obligationem, non tamen ad tollendam naturalem priorem, ex vero contractu aut aliàs ortam, quia hoc non agitur.

16 Non obstat denique sextum; cùm litterarum obligatio non tantùm civilem, verùm & naturalem pariat, & ratione consensus expressi per ipsum chirographum, quo scribens & fatetur sibi numeratam pecuniam, & eam se restiturum promittit; & ratione æquitatis, quæ promissioni spontaneæ non resistit. Atque ita tenet Cujac. *ad l. 5. in fine sup. De just. & jure,* Faber *Inst. De litter. oblig. q. 6.* Facit quòd paria sint, quoad translationem dominii, pecuniam accipere, aut fidem sequi, *§. vendita Instit. De rer. divis.* & ex contractibus dolo & metu celebratis oriatur etiam naturalis obligatio, *Inst. De except.* ut multò magis idem sit dicendum in nostro casu, in quo est pura & spontanea promissio de restituendo. Non obstat, quòd sit facta spe numerationis, quia ista spes non est posita loco conditionis, ut non impediat præsentem poni obligationem respondentem promissioni. Ubi quis non rectè objecerit errorem, cùm ille non sit in promissione, sed tantùm in numeratione, quæ est posterior, & cessans facit locum exceptioni. Nihil

17 Nihil movere debet id, quod continetur *d. can. Turbatur*, quia est Gratiani, ut non habeat auctoritatem majorem, quàm ipse auctor, qui nullam in jure condendo auctoritatem habuit. Et licet verum sit; etiam solutum repeti posse, hoc ideo, quia etiamsi æquum sit, simpliciter promittentem obligari; non tamen & æquum, pecuniam exigi non numeratam; ut per exceptionem rectè removeatur petens, quia natura non fert, exigi solutionem ejus, quod non est numeratum. Non obstat *l. 3. C. De postul.* ubi dicitur non teneri, qui temporis spatio non accomodavit negotio gesto consensum; quia accipienda de effectu obligationis quî non impeditur post biennium. Quibus attentis probabilior dicenda sententia eorum, qui duas tantùm obligationis species ponunt, naturalem scilicet solam & civilem, quæ naturalem qualificat, neutiquam etiam civilem solam dari; quam opinionem tenet Connanus, *1. comment. c. 6. n. 14.* quam & tenere videtur Duaren. *hic c. 2.* tantùm ponens duas species, naturalem scilicet & civilem, & pluribus defendit Hector Richerius in *Tract. De verbor. obligationib.*

Cæterum ex dictis patet, datâ superiùs definitione nō contineri obligationem naturalem tantum, sed civilem, efficacem ad agendum; id enim convincunt ultima verba, *secundùm nostræ civitatis jura*, quæ pertinent ad civilem, cujus passim

18 meminerunt jura. † Quæ iterum alia propriè civilis, per leges constituta, ut aliquo jure comprobata, ut emptio, venditio, stipulatio, alia Prætoria, quam Prætor ex sua jurisdictione invenit, cujus ordinis est obligatio ex constituto, juramento, & aliis de quibus *Inst. De actionib.*

19 Substantia itaque obligationis in eo consistit, ut alius nobis obstringatur dare, facere, præstare. Forma est in consensu debitè expresso, & animo obligandi: nam joco aut exempli causa dicta non obligant, *l. 3. in fine h. tit.* Materiam ponunt res quælibet, quarum est commercium, uti & facta, præstationes. Causa efficiens remota est ipsum jus; proxima contractus & maleficium, *l. 1. in pr. h. t.*

20 Contractus est conventio sive consensus plurium in idem placitum, habens in se causam, id est civile negotium dandi, vel faciendi, *l. Solent sup. De præscriptis verb.* Excluditur pactum nudum, quia causam non habet, unde & ad actionem non proficit, *l. 7. sup De pact.* ex ratione jam dictâ. Contractus alius est utrimque obligatorius, qui utrumque contrahentium obligat ad quid præstandum, ut emptio-venditio, locatio-conductio; alius ab una tantùm parte alterum tantùm contrahentium obligans ad quid præstandum, uti mutuum, stipulatio: alius item expresso consensu initus, alius tacito, qui dicitur quasi contractus. Est & alius certus, nomen legitimum, definitumque habens, alius incertus, cui legitimum & proprium quidem nomen deest, causa tamen non deest, quam ponit datio vel factum. Ex illo certa nominataque actio jure est prodita, & dicitur contractus nominatus, cujus ordinis sunt emptio, locatio, mandatum, commodatum, stipulatio, & similes; ex hoc certa actio non est, sed incerta, quæ in factum civilis dicitur, & præscriptis verbis, unde & contractus dicitur innominatus: plura enim sunt negotia, quàm rerum vocabula *l. 4 sup. De præsc. verb.* Dicitur actio in factum; quia in factum concipitur, quodque certo & peculiari nomine non potest exprimi negotium, id rei gestæ enarratione explicatur. Præscriptis verbis dicitur, quòd ex præscripto conventionis detur, vel perinde uti convenerit, si conventio scripta non fuit; cujus ordinis sunt Do ut des, Do ut facias, de quibus *l. 7. sup. De pactis & t. De præscriptis verbis.*

21 Initi contractus dicuntur, *l. 1, h. tit.* tribus modis, re, verbis, consensu. Re initur contractus, non in quo res intervenit; nam sic omnes contractus dicendi essent re initi, cùm omnes rem desiderent: sed qui non antè perfectus, quàm ubi res tradita ad obligationem accedens initium ei præbuerit; cujus ordinis est mutuum, indebitum, commodatum, depositum, pignus, in quibus demùm re traditâ oritur obligatio, ut patet ex iis, quæ suis locis traduntur. Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, cùm quid dari fieri ve stipulamur, qua de re latiùs infra Tit. sequenti. Tertia species est eorum, qui consensu solo & nudo ineuntur, qui dat illis esse, tametsi nec res, nec verba, nec scripta intervenerint. Quo distinguuntur ab aliis, qui licet sine consensu non perficiantur, non tamen in eo ponunt suum esse, sed vel in rei interventu, vel verbis, unde formam suam sortiuntur; isti verò contractus in solo consensu fundantur, qui solus dat illis suum esse. *l. 2 h. t.* Cujus generis est emptio-venditio, locatio-conductio, mandatum, societas.

22 Tres istas species ponit Cujacius *in l. 1. h. t.* cùm tamen *Institutionum suarum lib. 2. tit 9.* quatuor specierum meminerit, & tribus istis

quartam addiderit, scilicet quæ litteris contrahitur, quam speciem Tribonianus omisisse videtur, quod in desuetudinem abiisset litterarum obligatio. Justinianus secutus Cajum quartam illam speciem agnoscit, cùm & jure Codicis agnita fuerit, & *lib. 3. suarum Instit.* agit de litterarum obligatione, de qua cum nec antè dictum sit, nec pòst agatur in his libris, non abs re erit hic obiter quid subjicere. Dicebatur olim istud obligationis genus nominibus contrahi, *Inst. d. tit.* quæ *l. fin. C. De pactis conven.* interpretatur fœneratitias cautiones. Vox inde nata videtur, quòd eorum, quibus credebantur pecuniæ, nomina solerent præscribi in Calendariis, quo nomine venit codex, quo fœnebris pecunia continebatur. Ita autem dicitur à Calendis, quæ sunt primus cujusque mensis dies; ex ratione, quòd iis pecunia ponebatur à creditoribus, & incrementum usurarum adferebatur. Abiit autem in desuetudinem illa quæ nominibus fieri dicebatur obligatio, immutatâ vetere mercaturæ & fœnoris ratione, in ejusque locum successit litterarum obligatio sub Imperatoribus: ut mirum non sit, ejus non factam esse mentionem in libris Digestorum, uti nec exceptionis istius causâ concessæ, de qua mox.

Inducta ista obligationis species in casu, quo aliquis scripto certam pecuniam se accepisse fatetur, ad ejusque restitutionem se obligat, *Instit. d tit.* Pro qua scriptura cum præsumatur contra scribentem, ex eo, quòd non possit videri temerè scripsisse, & non minùs valeat quod scripturâ, quam quod vocibus, lingua figuratis significatur, *l. Non figura 38. h.t.* nascitur inde obligatio, non tantum civilis nuda, ut aliqui volunt, sed & naturalis, uti superiùs probatum.

23 † Verum quia non infrequens esset pecuniæ indigum sperantem illam sibi mutuam datum iri, multa autem accidant, ut non numeretur, & tamen per creditorem ut data repetatur secundùm chirographi contentum, inducta est ab Imperatoribus exceptio, quam vocant non numeratæ pecuniæ, quæ non est perpetua, sed temporaria; olim quidem inter quinquennium proponenda, sed postea, ne creditores diutius pecuniis suis defraudarentur, id tempus est coarctatum ad biennium, *l. In contract. 14. in pr. C. De non num pecun.* Ubi non rectè quis dixerit, minùs justè tempore excludi reum, quòd in ejus non sit potestate, quando utatur exceptione, uti est in potestate actoris, quando agat *l. 5. §. fin. sup. De doli except.* nam hoc verùm foret, si ea tantum posset proponi per modum exceptionis: quia promptum esset creditori dissimulando per biennium præjudicare debitori. † Unde illi duobus aliis remediis provisum; scilicet condictione sine causa, quâ chirographum incautè emissum repetatur, & querela non numeratæ pecuniæ, in scriptis faciendâ, præsente adversario, aut eo absente coram judice, *d. l. 14. §. in omni & Auth. Huic autem C. d t.* 24

25 Habet autem ista exceptio locum in solo mutuo non etiam aliis in rebus aut contractibus, *l. 5. C. d. t.* Ratio est, quòd major inopia circa mutuum faciat frequentius emitti cautionem ante numerationem, spe ejus facilius consequendæ. † Quâ ratione habet & locum in dote cauta non numerata, quod & in hac frequens sit, ante ejus traditionem emitti cautionem ejus receptæ, qua de re tit. *C. De dote cauta non numer.* ubi diversa tempora huic exceptioni opponendæ præscribuntur; nam si intra biennium solvatur matrimonium, ab eo soluto intra annum proponenda; si ultra biennium steterit, non tamen egrediatur triennium intra tres menses ab eo soluto; si ultra decem annos, cessabit omnis querela, estque præsumptio pro dote numerata, *Auth. Quod locum C. d. t.* Est præterea exceptio creditori, qui pecuniam debitam solutum iri sperans, apocha cavit eam sibi solutam, qui falsus animi contestatâ exceptione non numeratæ pecuniæ apocham infirmavit, propositâ tamen intra triginta dies, *d. l. 14. §. super cæteris;* quia lex magis favet liberationibus, quàm obligationibus. 26

27 Competit exceptio ista non tantum reo principali, verùm & ejus fidejussori, mandatori, hæredi, *l. 8. & l. 12. C. d. t.* quia rei cohæret: item ejus creditoribus, qui agunt vel conveniuntur hypothecariâ, *l. penul. C. h. t.* idque ne saltem istâ viâ improbitas suum sortiatur effectum. † Expromissori non competere habet. *l. 6. C. d. tit.* qui licet alienam obligationem suscipiat, sive ut habet *d. l. 6.* substituerit se debitorem in vicem alterius, alterum liberando, non tamen illi numeranda fuit pecunia, quam satis est alteri numeratam esse, pro quo expromisit, *l. 4. C. De duob. reis.* Quod si nec illi, pro quo expromisit, sit numerata, non est rationis, quare huic magis denegetur exceptio, quàm fidejussori aut mandatori, cum exigat ab eo creditor quod non numeravit, Glos. in *d. l. 6.* Cujac. *C. De non num. pecunia.* 28

29 Habet hæc exceptio hoc singulare, quòd tem-

tempori opposita rejiciat onus probandi numeratam pecuniam in adversarium, ut, donec is probaverit numerationem à se factam, non cogatur excipiens solvere, *l. 3. C. d. tit.* Qui effectus hac in materia est specialis, cùm regulare sit, ut qui cautionem exposuit, quâ se alicujus rei debitorem fatetur, ei stare debeat, nisi contrarium ipse probet, *l. Cùm de indebito 25. sup. De prob.* fungitur enim excipiens actoris vice, & exceptionem velut intentionem suam implere debet, *l. In exceptionibus 19. sup. De probat.* Ratio fundatur in præsumptione ducta ex eo, quod frequenter contingat tradi cautionem, speratâ potiùs quam factâ numeratione, tum debitore parato eam tradere, ut creditorem impellat ad mutuum præstandum; tum etiam creditore hoc agente, ut ante omnia sibi prospectum sit de pecunia recipienda.

30 Cessat eadem exceptio aliquot casib'. I. Si debitor agnoverit fidem cautionis, *l. 4. C. d. tit.* Ubi agnovisse dicitur, qui portionem debiti aut usuras solverit, *arg. l 7. sup. Ad S. C. Maced.* Ratio est, quòd nemo præsumatur tam supinus, ut solvere incipiat, quod se non recepisse non potest ignorare. † Unde geminatam confessionem nihil volunt obstare debitori, quòd ea non contineat solutionem partis, ut lex requirit, & sit exposita eodem fine, quo prior, scilicet ad promptius inducendum creditorem ad numerationem. Non obstante *l. Cùm notissimi Cod. De præscript. 30 annor.* per quã etsi quidam velint probare, per secundã cautionem agnosci per debitorem præcedens debitum, falluntur tamẽ, cùm in ea agatur de secũda cautione animo agnoscendi, de quo in nostra quæstione non constat, & in dubio præsumitur emissã non alio, quàm jam dicto fine, Barbosa ad

31

32 *l. 1. p. 2. n. 58 Soluto matrim.* † Nisi videtur etiam renuntiatio scribentis removere hanc exceptionem, ex ratione, quòd fiat eâdem spe subsecuturæ numerationis, eâdemque facultate inducatur ad renuntiandum quâ ad scribendum, ut benè tradit. Fel. in *c Si cautio n. 48. X De fide instr* qui tantùm ita vult hoc procedere, quando in continenti renuntiat. Cujus contrariũ verius videtur, cùm non minùs ex intervallo ista renuntiatio fiat spe numerationis, atque facta in continenti, nec minùs auferat aut diminuat creditoris improbitatem, ut positâ eadem ratione idem jus sit ponendum. Covar. 2 *Var. resol. c. 4 n. 3. versic. 2.*

33 II. Si transactionis causâ certam pecuniam quis caverit, *l. Si transactionis 11. Cod. De non numer. pec.* Facit enim ea nihil condici & si nihil debeatur, secundùm ea, quæ traduntur suprà *tit. De transact. & De cond. indeb.* Quod & dicendũ: si ex causa alterius prioris debiti conscripta sit cautio, *l. Generaliter 13. C. d. tit.* non tamen ex causa mutui, secundùm dicta. III. Si instrumentum contineat res depositas, vel pecunias aut securitates publicarum functionum concernat, *d. l. 14. §. 1.* IV. Si quis caverit argentariis se debere vel instrumento publico vel chirographo, expressa debiti causâ, *Nov. De Argen. cõt. act 136. §. insup. cum seq.* V. Si bienniũ sit elapsum, vel aliud tempus requisitum, *d. l. 14. in pr.* nam ejus lapsus facit fundatam esse intentionem creditoris.

34 Quæstio autem est, an per temporis lapsum ita pro creditore præsumatur, ut debitor omninò solvere debeat, nec possit opponere exceptionem à se probandam, secundùm jus commune? Multi sunt, qui hoc velint. Moventur per *l. 8. Cod. d. tit.* ubi lapso legitimo tempore cogitur debitor solvere: & per *l 14. in princ. eod. tit.* quæ habet, lapso biennio nullo modo induci posse querelam non numeratæ pecuniæ, & dicitur debitor compellendus ad solutionem, ut excipere nequeat, cùm compulsio non admittat exceptionem. Tertio per *d. l. 14. §. illo*, ubi elapso biennio non licet reo deferre juramentum actori, Faber *Instit. De litter. obligat. qu. 8.* Duarenus ad *tit. De non numer. pecunia.* Donell. ad *d. l 8.* Receptior tamen & verior est contraria sententia, cùm præsumptio quæ pro creditore contra debitorem inducitur ex lapsu temporis, non sit nisi juris, quæ reprobari potest, secundùm *l. 13. C. d. tit.* Facit pro eo, quòd lex non tam voluerit eum gravare, quàm ei providere contra injurias creditoris; gravaret autem, si dando temporalem exceptionem privilegiatam, auferret perpetuam juris communis.

Nihil facit quod habetur, *d. l. 8. & d. l. 14. in prin.* nam rectè limitatur, nisi contrarium probetur, ne aliàs lex auferat alind, quàm de quo agitur: agitur autem de deneganda exceptione inducta jure speciali, scilicet privilegiata quâ rejicitur onus probationis in creditorem, ut secundùm Rubricam leges sub ea positæ sint intelligendæ, quòd scilicet ea non competat post biennium, quia suo silentio contra se præsumi facit scribens. Multò minùs facit, quod habetur in *d. l. 14. §. illo*, ubi denegatur delatio juramenti post biennium; neque enim indè rectè quis intulerit, alias probationes esse denegatas, ut vult Donel. ad *d. l. 8.* ex eo, quòd, cui ademptus facilior sic expediendi modus, sit etiam ademptus difficilior.

Nam ideò facilior modus denegandus reo, quia peccavit non opponendo exceptionem tempori, ut pœnam hanc mereatur, quòd audiri non debeat deferens juramentum creditori agenti. Cujus ratio est, quòd lapsus temporis faciat pro creditore stare præsumptionem factæ numerationis, quæ facit eum non esse onerandum juramento, *c.2.* ¶ *De probat.* Ut non debeat ideò denegari modus probandi jure communi competens, ne ex remotione speciei inferamus remotionem generis, contra regulam Dialecticorum: & non procedere ejusmodi argumentationem patet ex *l. Si quis 11. sup. De reb. cred.* ubi denegatur quidem delatio juramenti, salvis tamen aliis probationibus.

Nihil debet movere, quod ait Donel. *d.l.8.num. 21.* per lapsum biennii debitorem pro tali omninò haberi, & proinde ad solvendum obligari: nam rectè limitationem accipit, secundùm jam dicta, scilicet salvâ exceptione probationis non receptæ pecuniæ, quam non respuit præsumtio orta ex lapsu temporis, cùm tantùm sit juris, non etiam juris & de jure. Non facit etiam, quod idem habet *d. loco n.22.* non posse debitorem ad probandum admitti, quia deberet probare negativam, cujus nulla est probatio in rerum natura; nam hoc verum est, quando agitur de probatione directè facienda, indirectè enim eam probari posse non est dubitandum, & constat ex dictis suprà *tit. De fide instrum.*

Urgere videtur, quod habet Duar. *hoc in Tract. c.4.* scilicet si post biennium admittamus reum ad probandum, nullam posse dici esse litterarum obligationem, scripturâ tantùm valente ad probationem, non etiam ad obligationem, cùm de illius veritate etiam post biennium disputetur. Resp. quòd, uti in aliis contractibus exceptiones admittuntur, etiamsi constet eos subesse, quia iniquum fit ex iis condemnari reum, uti dictum suprà de exceptionibus, ita & hic non malè admittantur contra obligationem à lege inductam, utpote deficiente causâ, quæ sententiam condemnatoriam minùs justam redderet, quippe tendentem ad hoc, ut restituatur, quod non est acceptum. Præterea ex argumento Duareni sequetur, ante biennium non esse ortam obligationem, quod tamen dici nequit, ut patet ex dictis, cùm ante illud & fit actio, & detur exceptio, quæ est actionis exclusio, omninò præsupponens obligationem. Facit, quòd, si antè inducta non fuerit obligatio, pòst induci nequeat, quia tempus non est modus inducendæ obligationis. Pro qua parte facit, quod adducit Faber in hac materia, adversus confessionem solutæ pecuniæ creditorem non esse prohibendum probare intentionem suam usque ad xxx. annos, per *l.3. C. De præscr. 30. annor.* Vide Vasq. *Succes. tomo 1. lib.1. §.9. n.22.*

35 Contra confessionem testamento vel codicillis factam non habet locum exceptio, cùm hujusmodi confessio possit videri non facta spe futuræ numerationis, sed potiùs jam factæ, quo modo heres cogetur ad solutionē, nisi probet errorem.

36 Quæri posset, An salva sit ei, qui per stipulationem promisit? Quod negandum, cùm passim textus, & specialiter in *d. l.14.* fundent se in cautione per scripturam emissa; ut exceptio hæc strictè sit accipienda, nec extendenda, ut quàm minimùm lædat regulas juris communis. Nihil facit in *l. Cum ultra C. h.t. & in §. idem juris Inst. De exception* ubi stipulatione pecuniam promittens ex causa mutui recepti habet hanc exceptionem; quia dicta loca rectè accipiuntur de scriptura interveniente, uti rectè tradit Theoph. ad *d. §. idem juris*, caveturque hoc expressè in *d.l.14.* Ut procedat regula, quòd generaliter posita, sint accipienda secundum loca, quæ distinctè loquuntur. Nec immutabit naturam scripturæ stipulatio adjuncta, quia est loco accessorii, per quod non mutatur principale. Faber *Inst. De litter oblig. n.1.* Donel. *14. Comment. c.39. in fine.* Idem & obtinet, si pignus intervenerit, *l.1.C. d. t.* nam & pignus ante numeratam pecuniam constituitur, ut non faciat quò minus de debito debeat aliter constare.

37 Quid si cautio habeat sacramentum adjunctum? Ne tunc quidem excludetur exceptio, cùm juramentum naturam sequatur actus, cui apponitur, habeatque eandem clausulam, quam ipsa cautio principalis. Nisi expresse removeatur, aut salvum aliàs esse nōn possit juramentum; ut si quis juraverit se recepisse pecuniam secundum cautionem, quia nulla subest tali juramento conditio, & proindè non audiendus excipiens, quia de perjurio suo apertè confitetur. Probantur dicta expresè per *l. fin. C. De non numerata pecunia.* Vide Vasq. *d. loco n.16. & 20.*

38 Quæri hic posset, An dicta de objicienda exceptione intra biennium obtineat jure Canonico? Sunt qui negent, eò quòd non debeat foveri malitia creditoris, & onerari innocentia debitoris per lapsum temporis, quo excludatur ab exceptione privilegiata. Veriùs tamen hoc jure obtinere, cùm nullibi inveniatur correctum, ut pro-

ut procedat dispositio c. 1. ✠ *De novi operis nunt.* Facit, quòd hæc legis dispositio in se sit justa, ut Canonibus quoque sit servanda. & secundùm eos audiendus reus, non quidem objiciens privilegiatam, sed exceptionem juris communis à se probandam, hoc enim summè æquum est. Felin. ad *c. Si cautio n. 60. & 61.* ✠ *De fide instr.* Jason in *l. Cum quis n. 17. & 18. C. De juris & facti ignor.*

39 Hæc ita de jure scripto, cui mores non passim respondent, qui syngraphis & apochis majorem habent fidem, & sine temporis præfinitione probant contra scribentem, nisi earum fidem reprobaverit reus, more aliarum exceptionum, neque enim aliàs commercia consistere posse docuit usus, Balduin. *Inst. De litter. oblig.* & ita etiam judicatum esse fertur à Concilio Brabantiæ.

40 Dictum est suprà, obligationem nasci aut ex contractu, aut ex maleficio sive delicto. De illo actum, de hoc nunc agendum. Delictum est offensio sive factum, quo quis contra jus læditur. Aliud est privatum, quod civili & privatâ actione ab eo, ad quem res pertinet, vindicatur, de quo infrà lib. XLVII. aliud publicum, quod publicis legibus vindicatur, de quo lib. XLVIII. Aliud verum sive proprium, quod vero dolo vel culpâ causatum, aliud non verum sive improprium, quod verò quidem dolo aut culpâ caret, lex tamen culpam fingit, de quo *Inst. De obligat. quæ quasi ex delicto nasc.* Ex hoc tam oriri obligationem certum est, quàm ex re nasci, ut habet Imp. *Inst. De oblig. ex delicto*, aut facto ut habet *l. Actionum 25. §. 1. h. tit.* sive admisso aut peccato, ut habet *l. Obligamur 52. §. ex peccato. h. t.*

41 Civilem hinc poni patet ex *d. l. 52. §. lege*, ubi lege obligari dicimur, cùm quid contra præceptum legis facimus, & jure honorario, si contra Edictum Magistratûs: imò & obtemperantes legibus obligari ibidem dicimur. Quò spectat *l. Exceptiones 20. sup. De exceptionib.* ubi datur exceptio, quia factum, quod fieri oportuit. Cujac. 18. *Obs. c. 17.*

42 De naturali dubium est. Aliqui negant, quia desit consensus; neque enim delinquens intendit se obligare aut subire pœnam. Quo non obstante, dicendum etiam adesse consensum, cùm prohibitionis legis non ignarus non possit non consentire in legis pœnam contravenienti injunctam. Quo modo, in *l. Imperatores 34. inf. De jure fisci*, dicitur judicem corrumpens, se pœnæ corrumpentibus propositæ subdidisse. Nec facit, quòd quisque pœnam declinare studeat; quia delicti tempore satis est consensum adfuisse, quem non est necesse adesse, dum pœna infligitur. Et ut consensus deesset, non potest tamen negari, obligationem naturalem ex æquitate oriri, quæ non vult aliquem impunè lædi, quo modo in *l. Si à reo 70. §. fin. inf. De fidejussoribus*, Fidejussor pro pœna accipi dicitur, subjunctâ ratione, quòd pœnas ob maleficia solvi magna ratio suadeat. Ut non malè Cujacius *l. 4. h. t.* maleficium vocet contractum involuntarium. Videatur Caldas ad *l. 3. V. cum non absimilis n. 44. C. De integ. restit. minor.* Covar. ad *c. Alma p. 1. §. 10. n. 10.* Pinellus ad *Auth. nisi. n. 32. C. De bonis mater.* Vasq. *Success. tomo 1. §. 10. num. 665.*

Effectus itaque & contractûs & maleficii est obligatio, quatenùs causantur ab iis, quibus est persona habilis ad contrahendum aut malè faciendum. Unde primò obligationem non contrahunt, qui sensu carent, ut furiosi, amentes, * De prodigis dubitari posset, quod omninò sensu non careant, cùm possint conditionem suam facere meliorem, & pupillis comparentur *l. 9. §. sed & sup. De rebus cred.* Ut videantur obligari posse, saltem naturaliter, ad instar pupillorum. Quò facit, quòd ex delicto teneantur, & pœnam subeant. Responsum tamen ne quidem naturaliter eos obligari, *l. 6. inf. tit. seq.* & ne quidem fidejussorem prodigis dari; aut datum obligari, qui nō potest accedere obligationi, nisi posita saltem naturali. Quod de talibus accipiendum, quibus bonis interdictum, ex eo, quòd videantur mente carere & desipere, neque finem neque modum expensarum facientes, *l. 1. sup. De curat. furiosi, l. His qui 12. in fine sup. De tutor. dat.* Luxus enim ille amentiæ est indicium ut rectè furiosis comparentur. * Et hoc, quatenus de iis obligandis & bonis alienandis agitur; nam non aliàs comparantur furioso, nisi quatenùs bonis interdictum, hoc est bonorum administratione in diminuendo, *l. Iulianus 10. sup. De curat. furiosi.* In augendis bonis non tam furioso comparantur quàm pupillo, ut acquirere sibi possint. Ut non obstet argumentum suprà oppositum. Non obstet quoque *l. Marcellus 25. inf. De fidejussorib.* * quæ videtur insinuare, pro pupillo, prodigo, furioso intervenienti, fidejussori non subveniri; ut dicendus sit obligatus prodigus, ad minimum naturaliter, quia non posset aliàs accedere fidejussor, juxta *l. Fidejussor 16. §. fidejussor inf. De fidejuss.* Verùm dicendum in *d. l. Marcellus*, prodigum quidem obligatum, non naturaliter tantùm, verùm & civiliter, curatoris interventu, cùm non possit furiosus aut prodigus obligari sine curatore, ne quidem naturali-

43

44

45

ter, ut suppositâ obligatione (ut ibi supponendum est, ratione verbi *obligato*) sit dicendus prodigus obligatus etiam civiliter, quod multis modis fieri potest. Quod autem fidejussori non subveniatur, est, quia pro istis fidejussit sine curatoris auctoritate, ut illi actio mandati desit. Quò facit, quòd pupillus verè obligatus, si solverit, possit pecuniam condicere tutor. Et ita rectè tradit Cujac. in *l. 4. h. t.* dicens ibi pro obligatis fidejussorem intervenisse uti & Ant. Faber *lib. 8. Conject. c. 6.* & Donellus ad *l. 6. tit. seq. n. 15. & 16.* Latè Caldas *d. loco n. 22. & seqq.*

46 Ad pupillum quod attinet, non est dubium, quin tutoris auctoritate obligetur, etiam civiliter, ex omnibus causis, uti colligere est ex *l. 5. l. Obligari 9. l. Impuberes 13. sup. De auctorit. tutor.* cùm tutor consensum suppleat. Civiliter non obligari sine tutore auctore patet ex variis locis suprà *d. t. De auctorit. tut.* & aliis. An saltem naturaliter, controversum faciunt varia juris loca, quæ sibi contraria videntur. Textus est in *l. Pupillus 59. h. t.* qui habet, pupillum mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali obligari: & in *l. Quod pupillus 41. sup. De condict. indeb.* ubi sine tutoris auctoritate stipulanti promissum, & solutum, à pupillo condici potest, quia nec naturâ debet. Et facit ratio, cùm si naturâ debet, non posset condicere, *l. Naturaliter 13. sup. d. tit.* Est & textus in *l. Interdum 29. d. tit.* ubi comparatur furioso, quem nullo modo obligari sine curatore jam dictum est. Est denique textus in *l. 2. C. De inutil. stipul.* ubi pro pupillo sine tutore auctore obligato fidejubens non est obligatus, quod videtur esse signum, ne quidem naturaliter obligari pupillum, cùm fidejussio naturali obligationi accedat. Facit ratio, quia nec velle nec nolle habere creditur pupillus in ea ætate sine tutoris auctoritate. Facit etiam §. *nunc admonendi Instit. Quib. alienare non licet*, ubi pupillus mutuas dando suas pecunias non contrahit obligationem, nec facit pecuniam accipientis. Hanc sententiam tenet Cujac. 18. *Quæstionum Papiniani ad l. Cùm illud 25. §. hæres sup. Quando dies legati* & *l. Si pupillus 127. inf. De verb. oblig.* ubi Duar. *in fine* Goveanus ad *l. 1.*

47 §. *id quod natura n. 8. sup. Ad l. Falcid.* * Quorum opinio limitanda; nisi sit factus locupletior, quo casu & naturaliter eum teneri certum est, quia naturâ iniquum, aliorum damno quem crescere, & civiliter, cùm utilis actio civilis sit concessa ex rescripto divi Pii, *l. 3. in princ. sup. Commodati.*

48 Contrariam sententiam, pupillum scilicet naturaliter obligari etiam non factum locupletiorem, habent varia juris loca; uti primò *d. l. 127.* ubi fidejussor pro pupillo, sine tutoris auctoritate promittente, servum dare tenetur; nec fit ibi vis in eo, an sit factus locupletior, cùm promittendo nemo fiat locupletior, sed an homo promissus vivat, cùm ad eum fidejussor conveniri possit; quod non esset, nisi pupillus teneretur naturaliter, quia aliàs nulla foret fidejussio, secundùm ea, quæ dicemus infrà de fidejussoribus. Idem habetur in *l. fin. sup. De jurejur. l. Si pupillus 40. De recept. arbitris*, & in *l. Marcellus 25. inf. De fidejuss.* in qua Ulpianus pro pupillo sine tutore obligato teneri fidejussorem respondit, nec ei subveniri contra pupillum, ut non possit dici pupillus ibi factus locupletior. Eodem facit *l. 1. inf. De novationib.* ubi pupillus in se alienam obligationem suscipiendo eam novare dicitur, ut sit necesse eum naturaliter saltem teneri, cùm novatio non fiat nisi per transfusionem unius obligationis in aliam, quam saltem naturaliter subesse oportet, ad effectum novationis. Nec est, quòd dicatur ibi agi de pupillo facto locupletiore, cùm ejus ibi nulla fiat mentio; & deinde non factum locupletiorem, satis paret, *Inst. Quibus mod. tollitur oblig.* ubi dicitur novatione per pupillum sine tutore factâ tolli priorem obligationem, licet posterior stipulatio sit inutilis, aut nulla, quoad effectum, propterea quòd sine tutore pupillus eum effectu non obligetur, ut non possit dici ibi factus locupletior, cùm aliàs novata obligatio valida foret, propter actionem civilem utilem eo casu competentem, ex rescripto divi Pii: cujus non potuit esse ignarus Ulpianus, auctor *d. l. 1.* cùm floruerit sub Septimio Severo, qui imperavit post D. Pium; imò & ejus rescripti facit mentionem ipse Ulp. in *l. 3. sup. Commodati*, & in *l. 1. sup. De auctoritat. tut.* Facit ratio, quòd naturalis obligatio ibi ponatur, ubi sensus est, quem esse posse in pupillo non est dubitandum, cùm sit doli capax, & puniatur ex delicto, *tit. De delictis puer.* Si utique proximus fuerit pubertati, ut habet communis opinio, quod potiùs relinquendum arbitrio prudentis, ex circumstantiis determinandum.

49 Nihil faciunt in contrarium adducta. Nam quod attinet ad *d. l. 41.* ea dat soluti repetitionem, non ideò, quòd naturaliter non sit obligatus, sed quòd ea obligatio sit imperfectior, cùm oriatur ex consilio debiliore, ratione ætatis, *l. 1. sup. De minorib.* ideoque per legem data repetitio, ne pupillus suâ fragilitate sibi obsit. Aut dici potest, ibi agi de pupillo infantiæ proximo, cujus ut nullus est sensus, ita & obligatio ab eo inita est nulla. * Nihil facit, quòd dicatur jure naturali non

50 obligari in *d. l. 59.* & naturâ non debere, in *d. l. 42.*

l. 42. cùm aliud sit obligari naturaliter, aliud obligari jure naturali aut gentium, sive naturâ debere: sicut aliud est dicere, conjunctionem maris & fœminæ naturalem esse, aliud esse juris naturalis; siquidem conjunctio qualibet naturalis est, non etiam juris naturalis, nisi ea quæ fit cum ratione, quam nos matrimonium appellamus. *l. 1. §. jus naturale sup. De Iust. & Iure* Sic edens, bibens, dormiens dicitur naturaliter facere, non jure naturali, quia jus naturale esse non potest in ea re, quæ factum magis quàm jus demonstrat. Huc facit, quod habet Ulpian *in l. In causa 17. §. item Pomponius sup. De minorib.* & Paulus in *l. Item 22. sup. Locati*, licere contrahentibus in emendo & vendendo naturaliter se decipere, id est, in re & facto ipso, non autem personali circumscriptione, quasi approbante jure naturali aut gentium, ut quidem interpretantur, sic enim ex jure injuria nasceretur. Similiter naturalem obligationem cùm dicimus, factum magis numerationis, aut promissionis, quæ intercedit, veritatem demonstramus, quàm jus ullum obligationis, *l. Nec servus 41. sup. De pecul.* Eamq; æstimamus ex solo æquitatis vinculo, eò quòd generaliter æquum sit præstari promissum, & reddi mutuo ab alio acceptum. Quæ tamen æquitas non est tanti momenti, ut in persona pupilli inducat obligationem juris naturalis, quam in cæteris induceret, quia quòd pupillus propter ætatis lubricum sibi consulere non possit, fit vitio ipsius naturæ, quam ideò æquum est tueri tamdiu pupillum, ne proinde ipso jure naturali obligetur.

Quod attinet ad *d. l. Interdum*, illa non adæquatè comparat pupillum furioso, sed tantùm quoad repetitionem soluti, sine tutoris aut curatoris auctoritate; enervat enim lex istam pupilli obligationem ex causa jam dicta.

Ad *l. 1. C. De inutilib. stipulat.* dicendum, agi de pupillo infantiæ proximo, ut non habeat velle vel nolle, juxta *l. Pupillus 187. inf. De R. I.* non etiam de eo, cui est sensus, quippe cùm pro tali intervenientem fidejussorem teneri constet ex dictis, & dicetur latiùs infrà ad *tit. De fidejuss.*

Ad *d. §. Nunc admonendi* dicendum, non esse mirum, non transire dominium ex traditione rei per pupillum, quia translatio requirit factum personæ habilis, qualis non est pupillus, omni rerum administratione penes tutorem positâ. Et hanc posteriorem sententiam tenet Gloss. in *d. l. Marcellus variisq; aliis locis.* Bart. in *l. 1. n. 7. inf. De novationib.* Azo in *Summa Cod. De arbitris n. 8.* Gomez. 2. *Variar. Resol. cap. 14. n. 1.* Ant. Fab. 8. *Conjectur. c. 5.*

51 Puberibus, si curatore careant, liberum esse contrahere & alienare res, salvâ iis restitutione, si sint læsi, constat ex *l. 3. C. De in integr. restitut.* Et hoc extrajudicialiter, non etiam judicialiter, quia personam legitimam standi in judicio non habent; ut licet curatorem inviti non accipiant in judicio, tamen indigeant curatore, *Inst. De curat.*

52 Sed dubitatur, An curatorem habens pubes sine eodem obligetur? Videtur hoc negare *d. l. 3.* dum comparat minorem habentem curatorem prodigo, quem non obligari sine curatore est dictum. Verùm, eo non obstante, dicendum, puberem sine curatore obligari, per textum in *l. Puberes 101. ubi* Cujac. *inf. tit. seq.* quæ lex non potest accipi de pubere non habente curatorem, quia frustrà in ea quæreretur an sine curatore obligari posset. Facit, quòd intellectum habeat, & personam liberam, curator enim rebus datur, non personæ. Nihil faciente *d. l. 3.* quæ minorem habentem curatorem comparat quidem prodigo, sed tantùm quoad rerum alienationem, quæ habenti curatorem non permissa, non item quoad obligationem personæ, quæ est libera. Vide Ant. Faber *Decade 6. Errore 9.* Fachin. lib. 3. *Contr. c. 9.*

53 Filiusfamilias quin ex delicto obligetur, non est dubium, uti & ex aliis causis, id est, contractibus, *l. Filiusfam. 9. h. t. l. Si quis 44. sup. De peculio*, habet enim liberam personam. Ex mutuo tamen sumpto est illi exceptio ex Senatusc. Macedoniano. Patri non obligatur civiliter, nisi quoad peculium castrense, & quasi, cujus respectu habetur loco patrisfamilias.

54 Servus civilis obligationis est incapax, quia civiliter habetur pro mortuo, *l. Quod attinet 32. inf. De R. I.* ut ex contractu non obligetur civiliter, *l. Servi 14.* & *l. Observari 43. h. t.* Naturalis verò obligationis est capax, *d. l. 14.* quia naturaliter omnes homines sunt æquales. Ex persona domini contractum validè init, eidem quærens civilem obligationem, *sup. De act. instit. & exercit.* quia in persona servi obligatio civilis ne quidem momento consistere potest. Ex delicto etiam civiliter obligatur, non quidem domino, qui pro suo imperio servum castigare potest, *l. fin. C. Si servus ex suo facto*, sed aliis, quibus & obligati permaneant manumissi, ut cum iis agi possit, *d. l. 14.* quia obligatio ex delicto cum capite ambulat, sive, ut habet regula, noxa caput sequitur. Nec excusabit eum domini jussus, saltem in gravioribus, *l. Servus 20. h. t.* quia non debuit in facinoribus esse dicto audiens, *l. Si mulier 21. §. 1. inf. Rer. amotar.*

Fac-

Facinus si absit, non convenit Prætorem, quod domini jussu fecisset, de ea re in liberum judicium dare, *d. l. 20.*

55 Porrò tollitur obligatio per solutionem, aut alium similem solutioni actum, de quo infrà libro XLVI. Idem operatur & præscriptio, de qua *tit. De usucap.* Interitus quoque rei sine culpa debitoris facit effectum obligationis inutilem, qua de re suprà, *tit. De peric. & commodo rei vend.* Consensu obligatio inita dissensu tollitur, *Instit. Quib. modis oblig. tollit. §. fin.* Verbis inita verbis solvitur, *l. Prout 81. inf. De solut.* naturale enim unumquodque eo modo tolli, quo colligatum est, *l. Nihil 35. De R. I.*

56 De pacto nudo quæritur, an illi adsit vis tollendæ obligationis ipso jure? Contrarii hac in re videntur textus; nam *l. Stichum 35. §. naturalis inf. De solutionib.* dicitur ipso jure obligatio justo pacto finiri; quod & habet *l. fin. circa princ. sup. De jurejuram.* E contrà in *l. Si unus 27. §. pactus sup. De pactis*, habetur, per pactum posterius ipso jure non elidi prius, sed ope exceptionis aut replicationis. Quo facit, quòd nullibi pactum inter modos legitimos solvendæ obligationis reperiatur relatum. Ratio est, quòd in eo versetur factum adminiculo juris destitutum. Dicendum pro conciliatione, loca priora loqui de sola obligatione naturali per se stante, quam contrario pacto tolli nihil implicat, secundùm dictam regulam, quæ admittit unumquodque eo modo tolli, quo inductum est. Patet id ipsum ex textibus ipsis, qui loquuntur de naturali tantùm; nam si & civilis adsit, pactum tale non operabitur nisi exceptionem, secundùm *d. §. pactus.* Nihil obstat exemplum in *d. §. pactus vers. sed si pactum*, ubi actio injuriarum, quæ civilis est, tollitur remissione omninò, quæ tamen non ponit nisi pactum nudum. Verùm dicendum id esse singulare in actione injuriarum, quia odiosa, quam ideo Lex XII. Tab. remissione tolli permisit, uti & in actione furti obtinet, *l. Si tibi 17. §. 1. sup. De pactis.*

57 Obligationis effectus est, producere actionem. Qui effectus dumtaxat consequitur obligationem civilem, non etiam naturalem tantùm, quam ne quidem jure Canonico actionem producere probabilior habet opinio, cùm ratio, ob quam jure civili non est data actio, multò magis aut pari modo militet jure Canonico. Præterea facit trita regula, quòd jus Canonicum semper imitetur jus civile, nisi contrarium eo jure dispositum inveniatur; non invenitur autem hac in parte contrarium. Nihil obstante *c. 1. ✠ De pactis*, quo mandat quidem Pont. servari pacta, non tamen etiam actionem dat. Ut nihil de novo ibi statuat, quod jure civili sit contrarium, cùm etiam Prætor edicat, *Pacta servabo*, citra actionem tamen. Nec facit, quòd Papa, qui actionem dare potest, mandet servari pacta; quia non ideo dicendus & actionem dare; ut neque Prætor, qui actionem dare potest, edicendo, *Pacta servabo*; propterea dedisse actionem, dicendus est. Et facit, quòd per subaudito intellectus non debeat induci correctio juris. Non obstat *c. 3. eod. tit.* in quo mandat Pont. promissum opere compleri; neque enim hoc per actionem, cùm sufficiat via denuntiationis Evangelicæ, aut etiam censura Canonica. Cujac. ad *cap. 2. ✠ De sponsalib.* Verùm hac de re non oportet nos esse sollicitos, quandoquidem hodie inter pactum nudum & stipulationem non servetur passim differentia Gudelin. *De jure noviss. lib. 3. c. 5. circa medium.*

58 Actio, *Instit. De action. in pr. & l. Nihil 51. hoc tit.* definitur nihil aliud esse, quàm jus persequendi in judicio, quod sibi debetur, id est, facultas jure tributa, qua quis coram judice petit, quod sibi dari aut restitui debet. Quam definitionem tantùm spectare ad actionem personalem multorum est opinio, quatenùs propriè actionem sumimus; quod tamen & accomodatum ei, quæ est in rem, quasi debeatur quodcumque peti potest. Nam ut obligatio propriè sit actionis mater, scilicet personalis, ponit tamen & adversarii possessio realem, per quam obligatur rem suam adserenti eam restituere. Quò facit, quòd *Institut. d. tit.* post datam definitionem subjungatur divisio actionis in personam & in rem, & passim hoc Tit. actionum genera duo dicantur, in rem & in personam. Persecutio actionis nomine venire dicitur *l. Actionis 34. inf. De V. S.* quòd sit in rem vel in personam, *l. Actio. h. t.* Interdicta venire nomine actionis, & præjudicia, quibus agitur de statu hominis, habet *l. Actionis 37. h. t.* Dicuntur & actiones criminales & pœnales, *inf. De privat. delictis.* Unde aliqui definiunt actionem, Jus experiundi in judicio.

59 Prima, eaque principalis divisio actionis sumitur à materia, circa quam versatur scilicet quòd aliæ sint in rem, aliæ in personam. Per illam petimus rem nostram ab alio possessam restitui, cujus generis actio dicitur Vindicatio, de qua suprà 3 per hanc nobis quid dari aut fieri petimus, ratione contractus aut maleficii, & communiter venit nomine Condictionis. *l. Actionum 25. h. t.* Sunt & mixtæ, *d. l. 37.* quæ non videntur certam speciem ponere, cùm sub altero membro concludantur.

tur. Sub actione in rem, judicium familiæ ercifcundæ, communi dividũdo, finium regundorum, quia rem principaliter persequuntur, licet personales contineant præstationes. Sub actione personali continetur actio ad exhibendum, metus causâ, quæ sunt personales, licet in rem dirigantur, *l. 7. in fine l. 4. & 5. sup. Ad exhiben.* §. *præterea Instit. De actionib.* Interdicta quoque etsi in rem concepta, vi tamen ipsâ personalia sunt.

60 Sunt & aliæ actionum divisiones, quas videre est *Instit. De Actionibus.* Sufficerit unam ex præcipuis hic explicare, quòd scilicet aliæ sint bonæ fidei, aliæ strictæ sive stricti juris. In illis judicis officium latissimum est ac liberum, ut bono & æquo postulante juxta circumstantias arbitrati possit, etiamsi non sit actum aut cogitatum, *l. Bona fides sup. Depositi*: in his verò id tantùm sequitur, quod actum est, aut natura exigit, ut rectè dixerit Paulus in *l. Quia tantumdem sup. De negot. gest.* tantumdem valere judicis arbitrium in bonæ fidei judiciis, quantum in stipulationibus expressa conventio. Unde in illis debentur usuræ ex mora per officium judicis, *l. 2. C. Depositi*, etiam ex pacto in continenti adjecto, *l. 3. & 4. C. De usur.* quod ejusmodi contractibus inest, eosque informat, ut traditur suprà de pactis. In his verò non aliàs debentur usuræ, quàm per stipulationem promissæ, *d. l. 3. & l. Titius De præscript. verb.* Glossa *in c. 6. V. bona fidei* ꝟ. *De except.*

61 Actionum ista distinctio an jure Canonico obtineat: vocatur in dubium. Negat Baldus adferens isto jure omnes actiones bonæ fidei censeri, *in c. unico in fine* ꝟ. *De plur. petitionib.* ubi dicit, se non meminisse alicujus textus, per quem insinuetur ista differentia. Pro cujus opinione facere videtur *c. cum dilecti 6.* ꝟ. *de donat.* ubi Pont. de donatione agens, dicit eam mereri plenissimam interpretationem, cùm d[illegible] donatio ponatur inter contractus str[illegible] *l. Eum qui 22. sup. De donationibus.* Conformius est nihilominus juri, etiam secundum Canones obtinere istam differentiam, propterea quòd nullibi appareat inducta mutatio, ut procedat regula *c. 1.* ꝟ. *De operis novi nuntiat.* nec sit causa cur dicamus istam differentiam mutatam, cùm nihil agatur spirituale, nec subsit causa peccati. Neque enim aliqui contractus dicuntur bonæ fidei ad differentiam malæ fidei, cùm nec jure civili mala fides probetur in contractibus, sed quòd in istis, attenta contrahentium mente, exuberet bona fides, uti in deposito, empto, & similibus, non item in aliis strictis, ut mutuo, stipulatione, & similibus. Nec deest textus Canonicus, qui hanc partem foveat, cùm in *c. Cùm venerabilis 6.* ꝟ. *De exception.* Pont. agens de permutatione, dicat eam esse bonæ fidei, unde agnoscit & esse contractus stricti juris. Ad idem facit textus in *c. 3.* ꝟ. *De causa poss. & propriet.* ubi ait Pont. jure civili cautum esse, in judicium omnia venire, de quibus expressè cautum non est, ne veniant; quæ regula obtinet in contractibus bonæ fidei, non etiam stricti juris, ut rectè ibi explicat Glossa. Atque ita posteriorem hanc sententiam tenet Covar. *ad c. Possessor p. 2. §. 4. n. 5.* Sarmient. *Select. Interp lib. 3. c. 3.* Faber *Errorum Decade 9. Errore 1.*

62 Nihil obstat *d. c. Cùm dilecti*, nam ejus resolutio fundatur in eo, quòd, cùm donatio sit stricti juris, non sit ejus interpretatio ita facienda, ut excludatur mens & intentio donantis, quia in omnibus dispositionibus ejusmodi interpretatio est facienda de jure civili. In aliis verò, ubi de mente non constat, strictè fit interpretatio, etiam de jure Canonico, ut videre est in *c. Cùm contingat 29.* ꝟ. *De decimis.* Et certè hæc differentia etiam isto jure admittenda: aliàs iniquitas exurgeret, quia idem exigendum foret à donatore, quod à venditore præstandum, ut scilicet secundum Ædilitium edictum præstet rem donatam integram & salvam, quod tamen negat *l. Ad res 62. sup. De ædil. edicto*: & rectè, cum, ut ait D. Hieron. & habet commune proverbium, equi donati non sint inspiciendi dentes. Vid. Valascus *De jure emphyt. q. 5. n. 13.*

Quod attinet ad actiones, quæ sunt bonæ fidei, illæ evidenter declarantur *Instit. De action.* §. *actionum*, ultra quas non dari alias communiter receptum est, propter perfectam ibi enumerationem.

63 Est & frequens mentio actionis directæ & utilis in Jure nostro. Illa competit creditori ipso jure, ita dicta, quòd recta ex verbis legis detur. Hæc, cessantibus verbis legis, ex sententia ejus datur, id est ex æquo & bono, utilitatis causâ, unde illi nomen, ut patet ex exemplis *Inst. Ad L. Aquil.* §. *fin.*

64 Actionis effectus est, per eam cogere reum; realis; ad restituendum id, quod à nobis possidet; personalis, ad dandum vel faciendum id, ad quod quis obligatus est. Hæc illi competit, qui sibi alterum devinxit, contra eum, qui se obligavit, † Cohæret autem ista actio ossibus eo-65 rum,

tum, qui contraxerunt, ut avelli nequeat, & ne quidem cum debitore debitoris creditore agere liceat, *l. 3. C. h. tit.* quòd cum illo nihil contraxerit, nihil gesserit.

66 Quæ res exceptionem patitur; Primò, in causa judicati: nam damnato debitore, creditor rectè convenit ejus debitores, si tamen nihil sit, quod ex causa judicati capi possit, *l. 2. Cod. Quando fisc. vel privat.* II. In fisco, cui est permissum debitorem sui debitoris convenire, idque ex tacita hypotheca. Ubi requiritur, debitor debitoris fisci sit confessus debitum, *l. 3. Cod. d. t.* quia nomina non nisi liquida & certa ex generali tacita hypotheca sunt capienda. Deinde desideratur, ut fiscus priùs egerit cum principali, & in subsidium agat cum debitore debitoris, *l. 4. Cod. d. tit.* neque enim principali non excusso licet agere fisco cum debitore debitoris, *l. Moschis 47. inf. De jure fisci.* Quod ipsum cùm detur fisco ex causa hypothecæ, non est in eo speciale, verum & idem datum aliis creditoribus habentibus hypothecam, *l. fin. C. h. tit.* quæ videtur iis dare electionem, personali agant, an hypothecariâ, sine præjudicio alterius, *l. Adversus 10. C. h. t.* Quam electionem mutavit Justinianus, constituens non antè ad pignus agi posse, quàm convento prius principali, & excussis fidejussoribus, mandatoribus, sponsoribus, *Auth.*

67 *Sed hodie C. h. t.* † III. Si mandata vel cessa sit actio, vel nomen. Cedi aut mandari posse habet *l. 1. 2. 6. Cod. hoc tit.* Nihil obstante, quòd actionem personalem ossibus contrahentium adhærere dictum sit, cùm peralium agens perse agere videatur; cum & cessionarius alienam exerceat actionem licet in commodum suum, unde procurator dicitur in rem suam: & licet utilem nomine suo ex cessione proponat, directam tamen non nisi nomine cedentis proponere pot-

68 est, penes quem ea manet, nec avelli potest. Unde est, quòd post cessionem alteri factam cedens possit à suo debitore exigere debitum, & oblatum accipere *l. 3. C. De novationib.* Ut & pactum inter cedentem & debitorem noceat cessionario, uti rectè tradit Costal *in l. Si cum emptore 16 sup. De pactis,* eò quòd ex nuda cessio-

69 ne non afficiatur debitor. † Quod exceptionem patitur, I. Si delegatio intercesserit, quæ continet factum debitoris, ut dicetur infrà de novationibus II. Si cessionarius sit cum debitore litem contestatus, quia ea res facit non esse debitori rem integram, *d. l. 3.* III. Si partem debiti receperit cessionarius à debitore, qui facto isto se obligavit, *d. l. 3.* IV. Si denuntiaverit debitori cessionem sibi factam, exhibito ejus instrumento, ut intelligat sibi non esse alii solvendum, quàm cessionario, *d. l. 3.* † Ut sola scientia citra

70 denuntiationem videatur non sufficere, secundùm Costal. *d. loco.* Quod ipsum tamen in dubium revocari posset, cum in *l. fin. sup. De transact. & l. 1. in fine De actionib. empti,* ignorantia debitorem excuset; ut & scientia cessionis videatur ei nocere, ut vult Cujac. *in d. l. fin.* & Donel. *in d. l. 3.* Unde si concurrat cedens cum cessionario in exactione debiti, cessionarius erit potior, ad quem tota cessionis utilitas pertinet. Nihil obstante, quòd debitor non consenserit in cessionem, *l. 3. C. De Actionib. hæredit.* cùm parum ejus intersit, à quo excutiatur & sufficiat actionem esse mandatam. *l. 2. C. De donat.*

71 Ubi posset quæri, An contra cessionarium compensatio sit salva debitori, quæ illi competebat contra cedentem? Cujus negativa videri possit alicui probabilis, ex eo, quòd non debitum ab eo, qui agit, non compensetur, *l. Ejus 9. C. De compensat.* Verius tamen, compensationem ita obstare cessionario, atque obstabat cedenti, cùm actio cum sua causa transeat, *l. In venditione sup. De contrah. empt.* neque enim fieri potest cessio ista in præjudicium debitoris. Cui jus hoc quæsitum non debet eripi per creditorem, qui effectu non videtur creditor, cùm compensatio ipso jure inducatur. Ita Alex. *vol. 2. consil. 54.* & tenet idem Sebast. Medices, De *compensat. qu. 43.* plures pro ea sententia allegans. Non obstat allatum argumentum, cùm non possit dici alienum debitum, quod idem ipsum est, contra quod competebat compensatio. Guido Papæ *qu. 167.*

72 Habet hæc actionis cessio & eum effectum, ut cessa principali censeatur & cessa hypothecaria, *per l. 6. & 7. C. h. t.* Sequitur enim accessorium suum pr[illegible]ale, & vult ratio, ut nimirum conseq[illegible]s cessionis factum; & hoc, quaten[illegible]pothecaria nata est tempore cessionis, ne obstet *l. Heredem 14. sup. Mand.*

73 Dubitatur de actione injuriarum, an cedi possit? Quod dicendum, per *l. Non solum 11. §. agere inf. De injuriis,* ubi per alios injuriarum agi potest: & ita tenet *Glossa in l. 4. sup. De hæred. vendita.* Nec facit, quòd dicatur non esse in bonis, *l. Injuriarum 13. in princ. inf. De injur.* ubi non competit hæredi nec in hæredem; nam hoc verum est, ut transmittatur ante litem contestatam, quia antè non est in bonis: quod non tangit

git venditionem aut cessionem, cùm in bonis esse possit, ubi vult passus injuriam, qui vendendo vel cedendo actionem, per alium eam proponi permittit.

Dicitur & nomen in dotem dari, *l. 2. C. h. t.* legari, *l. Ex legato C. De legat.* dati in solutum, *l. fin. C. Quando fiscus vel privat. &c.*

74 Ubi quæsitum, ad quem spectet periculū nominis? Et dicendum, illud sequi cessionarium, quippe ad quem actionis cessæ utilitas spectet, ut & periculum eumdem maneat, argumento venditæ hæreditatis: & facit expressè *l. 4. sup. De hæred. vend.* quæ habet, venditorem debere præstare, debitorem quidem esse, non locupletem esse; debuit enim emptor expendere qualitatem nominis. Costal. *ad d. l. 4.* Nec facit, quòd debitor possit solvere cedenti, quia nihilominus spectat utilitas ad cessionarium, qui solutionem cedenti factam ab eodem reperet. Vid. Straccha *De decoctorib. p. 5. n. 4.*

75 Effectus hujus cessionis firmior est, quàm ut morte cedentis cesset, cùm cessionario nihilominus agere liceat vel actione utili suo nomine, vel directâ cedentis; quod & datum ejus hæredi, Cujac. *2. Obser. c. 31.* † Nam generale est,

76 actionem competentem defuncto etiam hæredi ejus competere, & in hæredem, quæ cum defuncto eadem habetur persona. Facit ratio, quòd non nobis tantùm contrahamus, verùm & hæredibus nostris. Competit & ex delicto actio hæredi, ne alicui impunè sit maleficium, propter mortem actoris. Excepta tamen est injuriarum actio, *Instit. De perpet. & tempor. act. §. non autem omnes,* quòd non tam pecuniæ quàm vindictæ persecutionem contineat, hæredi denegatam, *l. 7. §. si dicatur inf. De injur.* Quo modo & actio ingratitudinis non datur hæredi, uti dictum suprà de donationibus, nec illi est actio de moribus uxoris, *l. Rei judicatæ sup. Soluto ma-*

77 *trim.* † In hæredem ex maleficio actoris non competere certissima habet juris regula, *d. §. non autem omnes,* propterea quod pœnæ in emendationem malefacientium inductæ eos tantùm debeant tenere. Quod & obtinet in rei persecutoria, cum quod persequatur actor penes hæredem nihil sit.

78 Quæ res patitur exceptionem I. Si lis cum defuncto fuerit contestata, *l. unicâ C. Ex delict. defunct.* quòd per eam quasi novetur prior obligatio ex delicto in eam, quæ est quasi ex contractu, quæ ligat hæredem: ut rectè dicat Paulus, *in l. Ordinari sup. De liberali causa,* litis contestatione actiones in tutum redigi. Ubi excipe pœnam redemptionis bonorum ex admissis publicorum judiciorum, ad quam contestatio sola non facit tenere hæredem nisi & subsecuta fuerit condemnatio, *l. Ex judiciorum 20. inf. De accusat.* non suspensa per appellationem, quâ pendente mors contingens facit finiri crimen *l. 6. C. si reus vel accusator.* quæ intelligenda secundum *l. 1. inf. Si pendente appellat.* Repetundarum tamen & majestatis crimen etiam mortuis reis moveri potest, & bona post mortem fisco vindicari, *d. l. 20.* Ubi rectè addideris crimen hæreseos. Excipit ibi Gl. crimen pecularus, & de residuis, *per l fin. inf. Ad l. Jul. pecul,* ex ratione, quòd in his principalis quæstio sit ablatæ pecuniæ. † II. Si ad hæredem quid

79 pervenerit ex defuncti delicto *d. l. unicâ*, ne scelere quæsita sint hæredi compendio, *l. Quod diximus §. fin. sup. Quod metus caus.* nam & illi turpia lucra extorquenda. In condictione furtiva id singulare, ut eâ etiam gravetur hæres, etiamsi ad illum nihil pervenerit, quâ de re suprà, *De condict. furtiva.*

80 Quantum ad pœnales ex contractu, ex dolo defuncti teneri hæredem responsum est in *l. Ex depositi 12. & l. Ex contractibus 49. hoc t.* quæ jura loquuntur in contractibus bonæ fidei; ut in strictis non conveniatur hæres ultra, quàm ad eum pervenerit, nisi in iis doli præstatio veniat, *l. Ex hoc jure 152 in fine De R. J. l. Ex ea parte 121. in fine inf De V. O.* Non obstat, quod habet *d §. non autem omnes Inst. De perpet. temporal. act.* aliquando ex contractu doloso defuncti non teneri hæredem, si ad eum ex isto dolo nihil pervenerit; nam hoc intelligendum quando ex dolo defuncti nihil abest rebus actoris, uti in actione depositi ex quatuor causis, incendii, ruinæ, naufragii, tumultus, quæ inficiantem reum faciunt teneri in duplum, eum hæres tantùm in simplum, quia eatenus actio ista est rei persecutoria, *l. De eo 18. sup. Depositi* Cujac. 21. *Obser. c. 2. in fine.*

81 Hæc ita de jure civili. Canones quidem ad pœnam non obligant hæredem, cùm suum teneat auctorem, volunt tamen per hæredem liberari conscientiam defuncti, quoad damni reparationem, pro substantia hæreditatis, sive ad ipsum quid pervenerit ex delicto defuncti, sive nihil; sive lis contestata sit, sive non: ex communi sententiâ, probata per *c. fin. X De stipul.* Quod cùm fundetur in exoneratione conscientiæ defuncti, non potest dici secundum aliquos

 tantùm

tantùm habere locum in casu, quo reus pœnitens jussit ablata restitui & damna reparari; cùm etiam à non pœnitente, eo quod non dimittatur peccatum, nisi restituto ablato, *c. 4. De R. I. in 6.* Covar. *3. var. Resol. c. 3. nu. 7.* Suarez, *allegat. 26. nu. 3. & 4.*

82 Cæterùm non unam tantùm actionem unius rei nomine, sed & plures competere posse, ; atec ex variis juris locis, sive ex contractu aut quasi, *Cod. Communia de leg. Instit. Quod cum eo qui in aliena potest. §. cæterum* sive ex maleficio *l. Cum ex uno 32 l. 34. l. Plura 53. l. penult. h. t.*

83 Restat videre, An & pluribus uti liceat? Negat id ipsum *d. l. 53. & l. Nemo 43. §. 1. inf. De R. I.* quæ unâ tantummodò utendum esse volunt. Affirmat è contrà *l. Numquam 130. De R. I. & d. l. 32.* quæ omnibus experiri posse permissum volunt. Conciliatio facienda secundùm distinctionem casuum. Itaque primò, Si plures rei persecutoriæ concurrant, electio quidem penes actorem est, quâ utatur; cui ideo plures actiones competunt, ut laxior illi facultas agendi suppetat, uti in legatis: una tamen electa facit alteram consumptam esse, *d. l. 43. l. pro socio 38. §. 1. sup. Pro socio, l. Quod in hærede §. 1. De tribut. act.* ne idem bis petatur. Nisi fortè in altera actione sit ampliùs, hoc enim ut per eam quis persequatur habet rationem. Exemplum est in *l. Si actum 43. Pro socio,* ubi si actum fuerit communi dividundo, non aliàs superest pro socio actio, quàm quatenus in ista amplius est. II. Si una ex contractu, altera ex delicto competat; & quatenus utraque rem persequitur, certum est alterâ alteram perimi, saltem per actionem. Exemplum est in *l. Qui servum 54. §. 1. & 2. hoc tit.* quia idem bis consequi non habet rationem. Si verò altera rem persequatur, altera pœnam, neutra aliam consumit, quia ad diversa competunt, *d. §. 2. & l. 7. §. 1 sup. De condict. furtiva.* III. Si una ex contractu, altera sit mixta, partim pœnalis, partim rei persecutoria, hæc si priùs actum sit, tollitur illa; si verò priùs agatur ex contractu, non tollitur hæc, sed remanet in id quod superest, *l. 7.*

84 *in fine sup. Commodati.*† Quæ res difficultatem patitur, propter *d. l. 34.* in cujus fine dicitur, simplo subducto non habere locum Aquiliam. Verùm dubitatur de lectione istius textus. Mudæus putat legendum esse negativè, *ad l. Rei communis nu. 6. pro socio.* Cujac. verò *3 Obser. cap. 25.* legit affirmativè, scilicet, *sed verius est, remanere, quia simplo accedit & simplo subducto locum habet,* ut sensus sit, deducto simplo, quod commodati judicio actor est consecutus, Aquiliâ id, quod amplius in ea est consequetur, ut non idem bis petatur, sed aliud quod deest, secundùm *d. l. 7. in fine.* IV. Si concurrant duæ pœnales, idque vel ex uno facto pluribus causatis actionibus, vel etiam ex pluribus admissis sive delictis circa eamdem rem, hoc casu omnes proponi possunt, & per singulas pœna exigitur, unâ alteram non consumente, cùm delictum unum propter aliud non minuat pœnam. Exempla sunt in *l. 2. inf. De privatis delictis, in l. Si servus 27. in pr. sup. Ad L. Aquil.* ubi servum surripiens, & occidens, tenetur & furti & damni injuriæ; singula enim admissa sunt vindicanda, ne aliquid sit impunitum, juxta *l. numquam 130. De R. I. & l. pen. h. t.* Illo casu variatum fuisse patet ex *l. Cum ex uno 32. h. t.* obtinuisse tamen, omnibus agi posse: ita tamen, ut si priùs levioria actum fuerit, altera tantùm utilis sit, in id, quod habet amplius, *d. l. 44. in princ.* Si verò graviori priùs actum fuerit, consumpta sit levior, secundùm *l. Plura 53. h. tit.* quæ habet, unâ tantummodò utendum esse; & *l. Quoties 41. h. t.*† In cujus fine 85 legendum, *si tantumdem, aut minus, nihil consequatur,* non etiam, *id consequatur,* quia nihil superest, ut rectè legit Cujac. *3. Obser. cap. 25.* Pro cujus lectione facit *l. 1. inf. Vi bonorum raptor.* & eo modo accipienda *l. In hæredem 5. §. 1. sup. De calumniatorib.* quæ aliàs contraria videretur. Non videtur autem levior ista tam ipso jure elisa, quàm per exceptionem elidenda. V. G. concurrat pœnalis cum mixta, eo casu neutra alteram tollit; non tamen secunda aliàs competet, quàm quatenus in ea amplius est *l. 1. inf. Vi bonor. rapt. l. Si quis egerit 88. inf. De furt. l. 1. Arbor. furtim cæsar.* Denique concurrentibus duabus mixtis, una alteram consumit quatenus rei æstimationem continet, quam iteratò exigi iniquum; non etiam quoad pœnam, quia æquum est singulorum delictorum pœnam reum luere, *l. 1. inf. De privat. delictis.* Videatur Cujac. *d. loco & 8 Obser. c. 24.* Cabot. *1. Disputat. c. 30.* Hotoman. *Illust. q. c. 27.*

FINIS LIBRI XLIV.

HEN-

HENRICI ZOESII I.C.

IN LIBRUM. XLV.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De Verborum Obligationibus.

SUMMARIUM.

1. *Stipulatio unde dicta, & cur introducta.*
2. *Sine caussa interposita inutilis est.*
3. *Stipulatio & verborum obligatio eadem.*
4. *Stipulatio quid?*
5. *Stipulatio est juris civilis.*
6. *Acceptilatio cur dicatur jurisgentium.*
7. *Stipulatio est contractus.*
8. *Forma stipulationis.*
9. *Stipulatio non nutu contrahitur.*
10. *Ex acceptilatione inutili oritur pactum utile.*
11. *Responsio continuò sequi debet interrogationem.*
12. *Actus alienus interpositus vitiat.*
13. *Non interest, personaliter quis respondeat, an impersonaliter.*
14. *An sit differentia hac in re inter constitutum & stipulationem?*
15. *Interroganti purè respondens sub conditione non obligatur.*
16. *Diversitas in quantitate an vitiet totam obligationem?*
17.19. *Determinatio ad plura determinabilia relata qualiter omnia aequaliter determinet.*
18. *Valere ejusmodi obligationem pro concurrente quantitate.*
20. *Institutionum Caji auctoritas.*
21. *Clausula,* nisi diversitas illico placuerit, non *afficit diversitatem in quantitate.*
22. *Summa minor quatenus insit majori.*
23. *Responsio simplex non inducit diversitatem in qualitate aut quantitate.*
24. *Pluribus rebus petitis una rectè promittitur.*
25. *Modò copulativè sint petita, non alternativè.*
26. *Materia stipulationis: Res sit possibilis.*
27. *Sit & in commercio.*
28. *Rem suam qualiter quis rectè stipuletur.*
29. *Quid si res sit in commercio, non tamen stipulatoris.*
30. *Intellectus & lectio* l. Sed si res 40. De leg. 1.
31. *Causa efficiens & finis stipulationis.*
32. *Stipulationum divisio Conventionales quae.*
33. *Iudiciales, & earum subdivisio.*
34. *Praetoria & Aedilitia.*
35. *Stipulationes communes quae dicantur.*
36. *Praetoriarum subdivisio.*
37. *Stipulatio alia dandi, alia faciendi.*
38. *Alia certa, alia incerta; item alia possibilis, alia impossibilis &c.*
39. *Alia item dividua, alia individua.*
40. *Dividua quae dicatur.*
41. *Stipulatio etiam faciendi recipit divisionem.*
42. *Individua in dando.*
43. *In faciendo.*
44. *Obligationes individuae solutione.*
45. *Stipulationem Rem tradi, restitui, dividuam esse & obligatione, & solutione probatur.*
46. *Intellectus* (Stipulationes 72. h. t.
47. *Stipulationi subjuncta poena quo ad ipsum obligatum est individua.*
48. *Quoad haeredem modò dividua; modò individua.*
49. *Poena, sibi haredique suo agere licere, adjecta stipulationi quando committatur.*
50. *Effectus stipulationis, quod det actionem.*
51. *Actio haec ad quid detur.*
52. *Obligatus dare praecisè, cogitur praestare promissum.*
53. *Stipulatio faciendi an obliget praecisè ad factum*
54. *Datur haec actio etiam haeredi* Stipulatoris.
55. *Idque in stipulatione individua & dividua.*
56. *Stipulatio conditionalis an ad haeredem transeat?*
57. *Stipulatio quo pacto probetur.*
58. *Stipulatio contrahitur inutiliter, ratione defectus formae.*

Ffffff 2   50. Ob-

59. *Ob defectum consensus, & errorem circa rem.*
60. *Ratione materiæ.*
61. *Ratione contrahentium.*
62. *Ratione adiecta conditionis impossibilis.*
63. *Modò affirmativè concepta sit, non negativè.*
64. *Factum vel datio alterius inutiliter promittitur.*
65. *Nisi quis promiserit se curaturum, ut alter det, vel faciat.*
66. *An & pœna adiecta tali stipulationi?*
67. *Alteri nemo rectè stipulatur.*
68. *Sibi aut alteri quatenus quis stipuletur.*
69. *Stipulatio alteri facta ne quidem naturaliter obligat.*
70. *Alteri stipulatur quis ratione potestatis.*
71. *Notarius an alteri rectè stipuletur?*
72. *Stipulatio pia causa facta valet.*
73. *Stipulatio valet, si intersit stipulantis.*
74. *An interesse ab initio debeat?*
75. *Subjectâ pœnâ stipulari alteri licet.*
76. *Vt & adjecto juramento servanda stipulatio alteri facta.*
77. *Stipulationum usus hodie non est.*

POST generalem obligationum tractatum specialiter subjicitur de ea, quæ verbis contrahitur de qua potuisset agi priori Digestorum parte, ubi actum de contractibus, qui re & consensu ineuntur: in hunc tamen locum, & quidem, ultimum, non potest dici immeritò conjectus, quandoquidem omnium negotiorum ultimâ parte subjici solcat verborum obligatio ad præcedentia firmanda. * Inde enim stipulationis nomen deductum tradit Justinianus, *Institut. eod. in princ.* quem Varro *lib. 1. de lingua Lat.* immeritò carpit, non tam à Stipulo, id est firmo, quàm à Stipe, id est pecunia, nomen istud deducens, cùm non tam propter pecuniam, quàm propter alias res stipulatio inventa fuerit. Imò generaliter inventa, ut quisque sibi acquirat quod sua interest, & quis cautior securiorque fiat magis per stipulationem, quàm per alium contractum, *l. 1. §. commune inf. De stipul. prætor.* Et Paulus 5. *Sentent. t. 7.* obligationum firmandarum gratiâ stipulationes inductas tradit, atque ita appellatas, quòd per eas firmitas obligationum constringatur.

Unde communiter volunt, sine negotio aut causa interpositam stipulationem esse inutilem, cùm agenti ex ea obstet exceptio doli mali *l. 2. §. circa sup. De doli mali except.* deturque & promittenti condictio incerti, ut accepto liberetur, imò & ipso jure tutus esse dicitur, *l. 3. §. penult. sup. De collatione bonor.* Quò facit, quòd fidejussor, pro eo, qui sine causa promisit, exceptione utatur, *l. Si stipulatus 15. De fidejussor.* Quod tamen ita rectè videtur accipi posse, quando contrahentes existimabant causam subesse, quæ non suberat, ut deficiente consensu, propter errorem, *l. Si per errorem 15. sup. De jurisd.* mirum videri non debeat, si stipulatio sit inutilis. Nam si de promissoris voluntate constet, quòd vellet per promissionem, nullâ causâ aut negotio prævio, obligari, nihil est, quare non sit efficax habenda stipulatio, cùm sola liberalitas pro causa sufficiat. Quò facit, quòd *l. Hoc jure 19. §. penult. sup. De donationib.* dicantur stipulationes ob causam factæ non habere donationem: ut sint aliquæ ponendæ, quæ nullam aliam causam habeant, quàm voluntatem promittentis; ad instar donationis, quam non alia ratio firmat, quàm munificentiæ aut liberalitatis exercendæ, *l. 1. sup. De donationib.* Et si sciens indebitum solvendo, hoc ipso non condicit ut indebitum, quidni & promittens non debitum scienter dicendus jure obligatus donandi animo supplente causam.

Non est hic quærendum, an rectè Rubrica hæc sit concepta, *De verborum obligationibus*, an verò debuerit concipi, *De stipulationibus*, uti in Codice, *De contrahenda & committenda stipulatione*, cùm verborum obligatio & stipulatio pro iisdem habeantur, ut patet ex *l. 2. §. septimus C. De vet. jure enucleando*; & ut verborum obligatio aliis quoque modis contracta fuerit, scilicet dictione dotis, jurejurando liberti, quo se donum, munus, operas daturum pollicebatur patrono, Cajus 2. *Institut. tit. fin. & latius* Cujac. *in princ. l. 1. h. t.* isti tamen modi in usu esse desierunt, & sola superest stipulatio.

Definitur *l. 5. §. 1. h. t.* esse verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, respondet. Dico, conceptio; quia non est necesse res interveniat, cùm satis sit ad hanc obligationem verbis congruis mentem exprimi. Quæ quidem verba olim solemnia fuerunt, *Inst. eod. §. 1.* conceptis eam in rem formulis verborum, quibus solis, & non aliis, hæc obligatio induceretur: sed hodie, sublatâ istâ solemnitate per Leoninam constitutionem, sufficit quibuscumque verbis, quacumque lingua mentem indicare, *l. Omnes 10. C. h. t.*

Unde non rectè cum aliquibus dixeris, stipulationem esse juris gentium, nam certum est eam origine

origine esse Juris civilis, à quo inducta. Quod patet vel ex eo solo, quòd deportatus ex ea non obligetur, *l. Quoties 14. in fine inf. De novationib.* qui tamen ex aliis contractibus obligatur, *l. Deportatus 25. inf. De interdict. & releg.* Nihil obstat, quòd servus dicatur stipulari, qui tamen Juris civilis incapax est *l. Quod attinet 32. De R. I.* cùm non ex persona sua stipuletur, sed domini, *Inst. De stipul. servor.* quod potiùs signum est, eam esse juris civilis. Nihil etiam facit, quòd habeat consensum adjunctum, sine quo nulla obligatio consistit, & qui naturalis est; nam per hoc non mutatur origo aut forma contractus, quam ponunt verba per aptam ad interrogata responsionem. Nihil item facit quòd omni linguâ hodie fiat; ita enim commodior commerciorum usus desiderabat.

6 * Frustrà quoque objicitur, acceptilationem, quæ & verba desiderat, ut spectet ad stipulationem, dici juris gentium, in *l. An inutilis 8 inf. De acceptil.* ubi hoc jure nos utimur, ut acceptilatio sit juris gentium; neque enim hoc dicitur tam ratione originis, quàm constat eam habere ex jure civili, *l. penult. inf. De solutionib.* quàm quia paulatim redacta ad jus gentium, ut per eam hodie non tantùm stipulatio, sed & quævis obligatio tollatur. Hoc enim interdum fit, ut quæ origine sunt Juris civilis, in jus gentium quodammodò commutentur. Latè Vulteius *Inst. h. t. in pr.*

7 Stipulationem propriè contractum esse negari non potest, cùm passim jura eam ponant inter contractus, qui dicuntur iniri re, verbis, litteris, consensu, *Instit. De obligat. & l. 1. tit. praced.* Nihil obstante *l. Labeo 19. inf. De V. S.* quæ contractum definit ultrò citroque obligationem; nam de strictiore aliqua significatione verbi *Contractus* loquitur J. C. quæ etsi non competat stipulationi, quæ alterum tantùm non utrumque obligat, non facit tamen, quò minùs propriè sit contractus.

8 Forma ejus consistit in verbis interrogationi convenientibus; in quo distinguitur ab emptione, mutuo, & aliis contractibus, qui rarò quidem sine verbis fiunt, non tamen verba dant iis formam, sed vel res, vel consensus. Verba hæc, uti dictum, olim erant formalia, hodie qualiacumque sufficiunt mentem exprimentia, etiam inter eos prolata, qui diversi sunt idiomatis, sive per se linguam intelligant, sive per interpretem, *l. 1. in fine h. tit.* cùm nec desit verborum forma, nec intellectus, qui per interpretem suppletur. Sit tamen partium præsentia, quia usus verborum non est nisi inter præsentes, *d. l. 1. in pr.* Scriptum excluditur, quia non continet verba, ut desit forma; quo modo cum muto, surdo non contrahitur, cùm illi desint verba, huic auditus, nec sufficiat verborum prolatio, nisi audiantur ab eo, ad quem diriguntur.

9 Hinc stipulatio nutu contrahi nequit, adeò ut stipulanti sibi decem annuens nec obligetur civiliter; quia jure civili requiruntur verba; nec naturaliter, quasi ex pacto & consensu, cujus nutus est indicium, *d. l. 1. §. 6. si quis ita*, propterea quòd contrahentibus non fuerit animus paciscendi, sed stipulandi, qui utrimque debuit concurrere, ut ejus defectu nulla oriatur obligatio, atque ita inutilis sit stipulatio, ut ne quidem pactum nudè illi insit, neque utiliter accedat fidejussor.

10 * Quamvis ea res aliter se habeat in acceptilatione, ex qua inutili oritur tamen pactum utile, *l. 8. in princ. l. Accepto 19. inf. De accept.* Ratione diversitatis in eo consistit, quòd stipulatio tendat ad obligandum, acceptilatio ad liberandum; proniores verò sint leges ad liberationem, quàm obligationem inducendam; nec ita proni contrahentes, ut quovis modo alium sibi obligatum habere velint, sed firmo potiùs, ut jure obligatum habeant, non etiam nudo pacto, quod non est efficax ad actionem; ut è contrà quovis modo liberari præoptent, etiam pacto nudo, quod iis utile, propter exceptionem; nisi tamen alia sit mens, *d. l. 8.* Cujac. & Don. *ad d. §. si quis ita.*

11 Sequatur responsio cominus & continuò necesse est, quia continuus debet esse actus stipulationis. Quod non ita strictè accipiendum, ut ne quidem minimum momentum intervenire possit: nam rectè Ulp. *d. l. 1. §. 1.* si stipulator discesserit & eidem reverso responsum sit, valere stipulationem tradit, eò quòd modicum intervallum eam non vitiet: nam si fuerit magnum, vitiabit, *l. 6. §. fin. inf. De duob. reis*, quòd censeatur inducta oblivio præteritæ interrogationis. Magnum ponet lapsus unius diei, secundum *l. Si ex duob. 12. inf. De duob. reis.*

12 * Nisi tamen interea actus à stipulatione alienus aut contrarius immisceatur, nam & hic vitiabit, cùm faciat recessum ab interrogatione, *l. Continuus 137. in princ. h. t.* Nihil obstat *d. l. 12.* in qua videtur conjunctim requiri & longum spatium, & discessum esse ad aliena negotia, quia ista lex juxta *dict. leg. 6. eod. tit.* & alia loca, quæ alterutrum ad vitium inducendum sufficere tradunt, est explicanda. Dissentit Bein. Walthetus, 2. *Miscell. cap. 21.*

De

13 De eo hic dubitatum fuit, An requiratur responsio personalis? Et videtur non interesse, personaliter quis respondeat, *Dabo*, an impersonaliter, *Dabitur*, secundum *l. 1. §. 2. h. t.* ubi petenti, *Dabis?* respondens, *Quidni?* obligatur, quòd congruenter interrogationi responderit. Similiter & interroganti, *dabis decem?* respondens, *Dabuntur*, congruenter respondisse dicendus, qua formula & usus Plautus in Pseudolo, quòd generalitas responsionis ad personam in interrogatione expressam commodè referatur. * Difficultatem movet 14 *Auth. Si quando C. De constituta pecunia*, ubi dicens, *Satisfiet*, non contraxerit obligationem constituti, eo quòd generalius sit istud verbum, quàm ut referri possit ad personam constituentis. Alciatus *2. Parer. cap. 18.* constituit differentiam inter constitutum & stipulationem, datâ ratione diversitatis, quòd in constituto non præcedat interrogatio, ut impersonalis promissio nequeat referri ad personam promittentis, in stipulatione autem præcedat interrogatio, *Dabis decem?* ut responsio subsequens, *Dabuntur*, referenda veniat ad promittentem, qui videtur respondisse ad mentem interrogantis. Quod ut subtiliter tradat Alciat, posset tamen videri cum Cujacio *ad d. l. 5. hoc tit.* non esse constituenda differentia inter constitutum & stipulationem, ubi vult interroganti, *Dabis decem?* rectè respondere, *Dabuntur, promittuntur*, similiterq; & constitutum contrahi, *Constituuntur decem, quæ Titius debet.* E contrà non valere stipulationem ita conceptam, *Promittis decem? Promittentur*, quia ad nullam personam possit referri ista responsio; uti nec tenebit constitutum his verbis *Constituuntur decem*, ex eadem ratione, nisi ex verbis præcedentibus vel aliunde appareat respondentem de se promisisse. Videndum namque, quid actum sit à contrahentibus, eorumque mens ex conjecturis elicienda, *l. Semper 34. De R. I.*

Forma itaque consistit in debita applicatione responsionis ad interrogationem præcedentem, secundum mentem contrahentium, in qua si erretur, vitium stipulatio continebit, & sine effectu 15 erit. * Ejusmodi vitium proponitur in *d. l. 1. §. si quis 3.* in quo purè roganti respondens sub conditione dicitur non obligari, quòd mutatâ qualitate interrogationis non sit responsum convenienter, nec concurrat consensus contrahentium circa idem; neque enim obligatio conditionalis concluditur sub pura, nec è contrà, ut rectè in *d. §. 3.* subjiciat Ulp. *Cùm adjicitur aliquid stipulationi, vel detrahitur, semper probandum est, vitiatam esse stipulationem, nisi stipulatori diversitas responsionis illicò placuerit.* Nam approbatio ejus facit non plus esse in interrogatione, quàm fuit in responsione, & hanc illi congruere, eoq; modo effici, ut nova videatur contracta stipulatio. Sic & petenti sibi dari primis Kalendis respondens, Dabo Idibus aut Kalendis secundis, tertiis, quintis, id est secundo, tertio, quinto mense, ex veterum loquendi modo, *l. Eum qui 41. h. t.* non aliàs obligabitur, nisi illicò diversitas responsionis approbetur à stipulatore.

Ubi dubitatio oritur ex diversitate quantitatis 16 in responsione, an illa vitiet totam stipulationem? Ejus sententiæ est Cujac. *in d. l. 1. versic. Nisi.* Movetur per textum *Inst. De inutil. stipulat. §. præterea inutilis*, ubi stipulatio habens diversitatem in quantitate comparatur habenti diversitatem in qualitate, quæ omninò vitiat, ut & ista dicenda sit vitiare, secundùm regulam, * quòd determi- 17 natio ad plura determinabilia relata, omnia æqualiter determinet, secundum *l. 4. §. 2. sup. De vulg. & pupil.* Adfert in confirmationem hujus suæ sententiæ Cajum, qui suarum Institutionum *lib. 2. tit. 9.* dicit in præsenti casu integrum debitum vacillare. Quam suam sententiam vult moderandam, nisi illicò diversitas responsionis placuerit stipulatori, secundum *d. §. 3.* cujus finalem clausulam non vult pertinere nisi ad casum §. sequentis. * Verùm contraria opinio & pluribus probata, & 18 textui convenientior, diversitatem scilicet in quantitate non vitiare totam stipulationem, sed tantùm eam partem, quâ non concurrit consensus. Quod ipsum clarè colligitur ex *d. l. 1. §. si stipulanti 4.* ubi si stipulanti decem promittantur viginti, dicitur obligatio contracta in decem; & è contrà, si petenti viginti promittantur decem, contracta tantum in decem, quòd eatenus summa utrimque congruat, quia decem insunt viginti, ut viginti petens, decem petiisse videatur, & viginti promittens, promisisse decem. Et hanc sententiam tenet Gl. Bart. Jason, Duaren. Donel. *ad d. §. 4.* Gomez. *2. Variar. cap. 11.*

Non obstat argumentum Cujacii ex *d. §. præ-* 19 *terea*, cùm non sit necessarium, ut determinatio omnia determinet æqualiter, sed sufficiat aliquo in casu omnes comprehendat; ut in casu præsenti, in quo qualitatis diversitas facit stipulationem omninò inutilem, non etiam quantitatis. Ratio est, quia illo casu in nullo concurrit consensus, cùm unum non sit alteri, quia præsenti die rogans non vult sibi dari post tempus, nec è contrà. In hoc verò casu adest consensus, concurrens saltem pro summa minori, quam majori inesse constat,

per

pet *d.* §. 4. & *l. Diem 32.* §. *si plures sup.* *De recepti: arbit.* tamquam partem separabilem à toto.

20 † Nihil facit locus Caji; nam primò certum non est, ex illo huc esse translatum hunc locum. Secundò, ut translatus sit, non attendendum, quid ille dixerit, sed quo modo in libros nostros quid sit translatum, quos in uno casu utilitatem aliquam admittere certum est, ad quos contenta Institutionibus potiùs referenda sunt, quàm ad locum Caji. Tertiò, quòd Cajus iste sit dubiæ auctoritatis, neque Institutiones istæ, quæ nomine Caji circumferuntur, videantur esse Caii J.C. ut patet ex stilo sordidiore, qui purior fuit nostris Jurisconsultis. Deinde dubius est ille locus Caii, dum dicit debitum integrum vacillare, ut possit referri ad partem, quæ inutilis.

21 Quod attinet ad moderamen Cujacii in clausula, *nisi diversitas illicò placuerit*, improbabile est, illam afficere diversitatem in quantitate. I. Quia subjecta est diversitati in qualitate, à qua diversa est in quantitate diversitas, uti jam dictum, eò quod quantitas minor insit majori, non etiam qualitas diversa alteri, ut illo casu non sit opus approbatione aliquâ, cùm stipulatio sit utilis. II. Quia ratio in *d.* §. 3. proposita, *cum adjicitur aliquid stipulationi, vel detrahitur, semper probandum est, vitiatam esse stipulationem*, non potest trahi nisi ad casus præcedentes in eadem lege, quibus est subjuncta, propterea quòd adjici aliquid aut detrahi obtineat tantùm in diversitate qualitatis. Adjicit enim stipulationi, qui purè rogatus, respondet sub conditione, aut in diem, aut addit locum, §. *omnis* & §. *loca Inst. h. t. l. Eum qui 41. h. t.* Detrahit, qui in diem aut sub conditione rogatus, purè respondet, ut vult *d.* §. 3. qui aliàs malè ibi subjungeretur; undè ibi stipulatio ab initio non valet, quòd non congruat responsio interrogationi, in qua ideo opus est approbatione stipulatoris, quæ facit non plus esse in stipulatione, quàm in promissione. Quod aliter se habet in diversitate quantitatis, in qua ab initio consensus concurrit in minorem summam, ut approbatione aliâ non sit opus, uti patet ex ratione, in qua se fundat J.C. in *d.* §. 4. & *d.* § *si plures*, scilicet, quod summa minor insit majori. Ut nulla sit ratio, quare ista clausula, nisi illicò diversitas placuerit stipulatori, retrotrahatur ad diversitatem in quantitate, contentam *in* §. *seq.* ut rectè tradit Donellus *d.* §. 4.

22 Cæterùm quòd dictum, summam majorem inesse minori, accipiendum intentionaliter, sive quantum ad dispositiones hominum, quæ secundùm intentionem regulantur, ut tunc demùm summa major minori inesse sit dicenda, quando intentio disponentis æquè vel fortiùs adaptatur & convenit minori: nam si limitata fuerit ad majorem quantitatem, non verificabitur in minori. Exemplum est in *l. Si decem 22. sup. Locati*, ubi si dominus locet fundum decem alii existimanti se conducere quinq; nihil agitur. E contra valebit actus, si dominus quinque locet, conductor autem credat se conducere decem. Ratio est, quia priori casu intentio erat limitata ad majorem summam, ut non subsistat in minori: in posteriori verò, cùm conductor æquè vel meliùs fortiùs consentiat in minorem summam, actus subsistit. Ut *d. l. 1.* §. 4. intelligenda sit de stipulatore non habente limitatã intentionem ad summam majorem, sed qui & minorem erat accepturus.

23 Dicta ita procedunt, si purè rogatus sub conditione promittat, vel contrà; nam si simpliciter respondeat *promitto*, nulla est diversitas in qualitate; uti nec erit in quantitate, quia responsio simplex continet eamdem interrogationis quantitatem, cùm quæ pactis continentur, censeantur repetita in stipulationibus, *l. Titia 134.* §. 1 *h. t.*

24 Ut autem tenet stipulatio, quâ majorem summam petenti minor promittitur, ita & ea, quâ plures res interroganti una promittitur, *d. l. 1.* §. *sed si mihi* & *l. Scire 26. h. t.* cùm tot sint stipulationes, quot sunt res, ut liceat aliquam ex petitis promittere, cùm omnes & singulæ petitæ videantur. Et hoc, si copulativè petantur; † Nam si alternativè, aliud juris erit, quia Pamphilum aut Stichum stipulanti non aptè promiseris Pamphilum, *l. Inter 83.* §. *si stipulanti h. t.* Ratio diversitatis est, quòd, licet copulativa una videatur & simplex voce, multiplex tamen sit quoad res contentas, cùm, uti dictum, tot sint stipulationes, quot corpora ut separationem admittant: alternativa verò tantùm una sit, & divisionem non patiatur. Nec obstat, quòd, cùm electio sit penes promittentem, videatur alterum promittendo eligere; nam hoc non sufficit, cùm, licet in solutione electio illi sit permissa, non tamen in promissione possit orationem unam dividere, propter stipulatoris utilitatem, quæ in eo consistit, quòd unâ ex petitis perempta, aut suâ factâ, supersit petitio alterius *l. Si Stichum 16. hoc tit.* Quod aliter se habet in summis diversis alternativè petitis, veluti *Decem aut viginti dabis?* nam rectè respondetur, *Decem dabo*, *l. Si ita 12. h. t.* quia in summis semper id quod minimum est debetur, *d. l. 83.* §. *diversa h. t.*

25

26 Hæc de forma. Materiam stipulationis ponunt res quælibet, quæ cadunt sub dationem aut factum, sive sint mobiles sive immobiles; sive præsentes sive futuræ, cùm frustrà nobis petamus dari aut fieri quid, quod obtinere non possumus. Unde oportet I. Res sit possibilis, neque enim ad impossibile est obligatio, sive de facto sit talis, quo modo non rectè stipulamur nobis dari Centaurum; sive de jure, nam quæ turpia sunt, habentur pro impossibilibus, *l. Filius 15. sup. De condit. instit.* ut nulla subsit obligatio. Et hoc, si stipulatio concipiatur affirmativè; nam si ne-

27 gativè, valebit, quia abest impossibilitas. † II. Res sit in commercio, aliàs inutilis erit stipulatio, quia haberi non potest, veluti si quis stipulatur rem sacram, religiosam, liberum hominem, *d. l. 83. §. sacra.* Ubi nihil faciet ad valorem stipulationis, si postea in commercio esse cœperit, quia judicatur secundùm tempus præsens, *l. Continuus 137. §. si quis h. t.* Ubi etiam nihil operabitur subjecta conditio, si vel quando profana facta fuerit, liber homo in servitutem redactus, tum quia inhumanum ejusmodi casum sperare, *d. l. 83. §. sed hæc;* tum quia quæ sui naturâ dominio nostro sunt exempta, in obligationem deduci nullo modo possunt, *Inst. De inutil. stipul. §. idemque juris.* Et hoc, quia res habet in se absurdum, quo cessante talis conditio rectè apponitur.

28 † Nam licet quis non rectè stipuletur rem suam sibi dari, cùm quod nostrum est, ampliùs nostrum fieri nequeat, nec convalescat stipulatio, ex eo quòd ex post facto desierit stipulatoris esse, *d. §. idemque juris in fine*, subsistet tamen stipulatio concepta in casum, quo sua esse desierit, *l. Si rem 31 h. t.*

29 Ubi quæsitum, An subsistat stipulatio, si res quidem sit in commercio, non tamen ejus, qui sibi eam dari stipulatus? Verior est negativa, per *l. Multum 34. h. t.* ubi res, quæ non est in commercio stipulatoris, inutiliter eidem promittitur. In quo non rectè quis aliud juris posuerit in legato, cùm nullibi appareat distinctio, & eadem subsit ratio. Quò facit textus in *l. Mortuo 49. §. Labeo sup. De legat. 2.* ubi dicitur ager, cujus commercium quis non habet, frustrà eidem legari, adeò ut ne quidem æstimatio eidem debeatur, quæ non venit præstanda, ubi res non debetur. Nisi fortè talis res fuerit, cujus æstimatio censetur legata, veluti si militia servo legetur, *d. l. 49. § 1.* cujus licet servus sit incapax, æstimatio tamen eidem debetur, cùm censeatur legata à sciente servum esse, *d. l. 11. §. si servo sup. De leg. 3.*

30 Non obstat, quod habetur in *l. Sed si res 40. sup. De legat. 1.* ubi ei, cui jus possidendi non est, videtur relinqui posse per fideicommissum; nam ibi delenda est secunda negatio. Est enim sensus istius textus, per legatarium incapacem posse relinqui fideicommissum alteri capaci, cui non debet obstare incapacitas ejus, per cujus manus acquiritur, *d. l. 49. §. pen.* Quo facit, quòd licet Judæo Christianum mancipium non rectè promittatur, *Cod. Ne Christian. mancip. junctâ l. 9. in fine inf. De novat.* Judæus tamen rectè promittat tale mancipium Christiano. Cujac. ad *§. non solum Inst. De legat. & ad d. l. 34.* Donel. *ibid.*

31 Causa efficiens est consensus debitè per verba expressus; quæ licet formam ponant, uti dictum, non tamen remoto consensu, qui in omni obligatione requiritur. Hinc non stipulatur furiosus, prodigus, impubes, quòd sensu carere intelligantur, saltem ut se obligando rem suam faciant deteriorem; meliorem enim facere non impediuntur prodigi & impuberes infantiæ proximi, quòd aliquem intellectum habere censeantur, *§. furiosus Instit. De inutilib. stipul.* Puberem etiam curatorem habentem obligari posse stipulando, eo non auctore dictum Tit. superiore, & habet expressè *l. Puberes 101. h. t.*

Finis est confirmatio contractuum, ne ab iis facilè recedatur, qua de re actum suprà, *in pr. h. t.*

32 Divisio stipulationum varia est; & prima sumpta à causa efficiente, quam Pomponius in *l. 5. h. t.* & Justin. *Instit. De divis. stipul.* ponunt quadrimembrem, Judiciales scilicet, Prætorias, Conventionales, & Communes: potest tamen ad bimembrem reduci, cum sua subdivisione, scilicet quòd aliæ sint Judiciales, aliæ Conventionales. Hæ dicuntur, quæ neque ex jurisdictione veniunt, neque ex officio judicis, sed ex conventione reorum, id est utriusque partis contrahentium, cujus generis sunt innumeræ, ut sunt innumera negotia, quibus adhibentur, & quæ verborum obligatione magis obstringuntur, *l. 5. in pr. h. t.*

33 † Judiciales sunt, quæ negotii alicujus firmandi causâ à magistratu fieri jubentur. Hæ cùm interdum in judicio, interdum extra exigantur, subdividuntur in Judiciales strictè dictas & Prætorias. Ad illas pertinent, quæ ex mero, id est solo officio judicis, sive is Prætor sit, cum judicandi munere fungitur, sive Judex à Prætore datus, proficiscuntur. Ejus ordinis est cautio de dolo, *d. l. 5. in pr.* quem Prætor abesse jubet, ne circa rem in judicium deductam dolo malo quid fiat in minuendo, corrumpendo, aut aliàs, in persequendo servo, qui in fuga est, eoque

eoque restituendo, si inventus fuerit, *Inst. De divis. stipul. l. Redhibere 21. sup. De adil. edicto.*

34 Prætoriæ dicuntur, quæ à mero, id est solo officio Prætoris proficiscuntur, nobili, ut volunt, id est Prætore tantùm jubente, sive ex edicto Prætoris: non etiam tamquam à judice vel à Iudice per eum dato, super re necdum in judicium deducta. Ejus ordinis est cautio damni infecti, id est necdum facti, sed quod futurum metuimus, *l. 2. sup. De damno infecto;* veluti si paries vicini ventrem faciat, ædes ruinam minentur, unde nostris periculum, Prætor aditus jubet vicinum cavere damni infecti, id est de damno necdum facto, quod tamen dari potest. Est & ejus ordinis cautio legatorum nomine, quam hæres præstat legatorum servandorum causâ, quòd scilicet ea salva erunt legatariis, *qua de re sup. legatorum nomine &c.* Sub Prætoriis istis continentur & Æditiæ, quæ ex ædilitio edicto de vitiis & morbis rerum venalium interponuntur, ut rem emptam habere licere, mancipium emptum salvum esse, *sup. De adil. edicto.*

35 Additur & tertia species, scilicet Communes, quales non sunt, quæ eodem tempore & sunt judiciales & prætoriæ; hoc enim fieri non potest, cùm distinctæ sint partes magistratus & Iudicis: sed quæ, rebus ita exigentibus, interdum interponuntur jubente Prætore aut Aedile, interdum judice. Cujus ordinis est rem pupilli salvam fore, *de qua libro seq.* Stipulatio duplæ, *d. l. 5. in fine pr.* stipulatio de rato, *de qua & lib. seq.*

Prætoriæ stipulationes iterum subdividuntur
36 in judiciales, cautionales & communes, *l. 1. inf. De præt. stipul.* Vbi notandum, nomen *Iudicialis* esse ambiguum, cùm interdum dicatur à Iudice, quo jubente interponenda est stipulatio, quo sensu à prætoria distinguitur; interdum à judicio, cuj⁹ causâ interponitur, & quidem à Prætore.

37 A materia desumitur divisio, quòd alia in dando consistat, id est, dominium transferendo; alia in faciendo, monumentum, insulam, aut simile quid. Vbi sub facto omnia veniunt, quæ non concernunt dominii traditionem, veluti rem tradere, *l. Si rem 28. h. t.* Capitolium ascendere, *l. Veluti 27. h. t.* † A conditione seu qualitate
38 materiæ alia est certa, quâ certum quid, quale, quantum præstandum venit, ut, *Decem aureos dabis? Stichum dabis? l. Stipulationum 74. h. t.* alia incerta, quando incertum est in stipulationem deductum, id est non apparet, quid, quale, quantumve sit, ut quando quis hominem aut fundum sine designatione, aut factum stipulatur, *l. Vbi 75. h. t.* Alia possibilis, alia impossibilis: alia honesta, alia turpis. Alia item purè concipitur, sine ulla adjectione, veluti, *Dabis? Dabo*, alia in diem, quando in tempus differtur, uti, *Dabis Calendis primis?* alia sub conditione, quando in casum confertur, veluti, *Dabis, si navis ex Asia veniat? Instit. h. t.* neque enim hic contractus spectat ad actus legitimos sive legis, quales non recipiunt diem vel conditionem, *l. Actus 77. De R. I.* Conditio multiplex est, ut colligere est ex iis, quæ tradita sunt suprà, *ad tit. De condit. & demonst.* Alia simpliciter concipitur, ut, *Dabis decem?* alia conjunctim, ut, *Titium & Pamphilum dabis?* alia disjunctim, ut, *Titium aut Pamphilum dabis?* Item alia affirmativa, *Dabis, Facies?* alia negativa, ut, *Non dabis, Non facies?*

Inter præcipuas divisiones est, quod alia sit 39 dividua sive divisibilis, quæ vox sonat potentiam sive aptitudinem divisibilitatis; alia individua sive indivisibilis, quæ vox removet potentiam, denotatque privationem potentiæ sive aptitudinis divisibilitatis, ejusque incapacitatem. Ab istis vocibus diversæ sunt voces *Divisa & Indivisa*, quæ actum denotant, quem illa ponit, hæc non ponit. † Dividua dicitur, quæ pro parte præ- 40 stari potest, & pro parte præstita liberationem parit. Exemplum est in summis, veluti, *Decem dabis?* quæ partium præstationem recipiunt, *l. 2. §. 1. l. Stipulatus 9. §. 1. inf. De solut.* Nec tantùm in summis, verùm & in aliis; nam & homo promissus pro parte solvi potest, uti & fundus, *d. l. 2. §. 1.* † Nec tantùm in dando, sed & in faciendo 41 est divisibilitas; nam & pro parte seorsim potest quid fieri, sive stipulatio concepta sit affirmativè, sive negativè, ut patet ex *l. 4. §. at si de eo h. t.* ubi I.C. agit de facto affirmativo vel negativo, quod recipit divisionem, vel non recipit, ut Ratum haberi, Amplius non agi; ut necesse sit & in factis admittere divisionem, & stipulationem circa factum interdum esse dividuam. Exemplum etiam est in patientia fruendi fundo; per modum usufructus, quæ pro parte tam fundi quàm fructus præstari potest, licet contrarium sit in usu. Ratio differentiæ est, quod usus consistat circa personæ necessitatem & indigentiam, quæ est individua, ususfructus autem circa ipsum fundum, qui est dividuus. Quod dictum de hominis obligatione dividua, non est accipiendum de divisibilitate naturali, quia ea nō obtinet salvâ substantiâ, sed civili, & quæ est in intellectu; quo modo homo pluribus deberi potest & esse communis, pro parte etiam solvi.

Individua dicitur in dando, quæ partis præ- 42 stationem non admittit, quando vel partis præstatio

ftatio est impossibilis, vel corrumpit stipulationem, tollitque implementum obligationis & fidei promissæ, quò minùs fiat quod promissum, vel eo modo, quo expresè vel tacitè ex natura rei vel fine negotii dati actum. Exemplum est in servitute prædiali, quæ pro parte non datur *d. l. 2. §. 1. & l. Stipulationes 72. h. t.* Ut ne quidem intellectu possit dici per partem satisfactum, quia pars non ponit servitutem † In faciendo, quoties non potest vel non censetur impletum, nisi toto facto vel non facto, uti in patientia servitutis prædialis, vel factione certi operis, ut insulæ fabricatione *d. l. 72.* quæ est individua, quia non potest videri peracta, nisi tota perfecta sit, quamvis opus factum sit dividuum. Sic nec libertas censetur, to parte præstita, quia nemo pro parte liber. † Dantur & obligationes dividuæ quidem, quæ tamen habent aliquam individuitatem in solutione, *d. l. 2. §. 1. & l. In executione 85. h. t.* quod primò contingit in casu debiti, cujus creditor non tenetur recipere partem, qua de re infrà *De solut.* Secundò, in casu, quo partis receptio non inducit liberationem. Prior ille modus non tam continet individuitatem, quàm incongruitatem, alter verò spectat ad individuas solutiones, quæ etiamsi pro parte fiant, non operantur tamen liberationem, nisi toto persoluto. Exemplum est in *d. l. 85. §. item si h. t.*

43 44 45 Ex dictis resolvi potest quæstio, An stipulatio Rem tradi, restitui, sit dividua, an verò individua? Quæ res admodum controversa videtur inter Interpretes, quorum plerique facti stipulationem individuam volunt. Dicendum, illam esse dividuam, & obligatione & solutione, nisi ex natura rei aliter appareat, debitum scilicet non posse pro parte præstari aut fieri. Sic si agatur de obligatione fundum tradi, posset ille pro parte tradi, si verò agitur de servitute prædiali præstanda, ut itinere, actu, non satisfiet nisi tota præstetur. Quæ obligatio quatenùs defunctum tenuit, transit ad hæredem, ut, si sit dividua, hæres pro parte suà rectè solvat, non etiam si individua, quia tunc non possunt partes dari, sed singuli in solidum tenentur, *d. l. 2. §. 2. l. Hæredes 25. §. contra sup. Famil. ercisc.* † Nihil obstat *d. l. 72. h. t.* quâ dicitur, si quis faciendum aliquid stipulatus sit, utputa fundum tradi, insulam fabricari, vel quid his simile, horum divisione corrumpi stipulationem: nam ut verbum *Faciendi* ibi positum non intelligendum de quocumque facto (quod, ut jam diximus, aliud dividuum, aliud individuum, ut patet ex *d. l. 2. §. 1.*) sed de eo, cui inest individuitas, ita & exemplum *Fundum tradi*, non debet intelligi de quacumque obligatione fundi tradendi, sed de ea tantùm, cui individuitas accedit, ut habeat convenientiam cum reliquis exemplis, quæ spectant ad obligationes individuas. Facit, quòd principio *d. l. 72.* præfigatur regula de stipulationibus individuis, ut exempla subjecta non possint nisi ejus ordinis esse, oriretur enim aliàs absurdum. Pro hac parte facit *l. Si tibi 86. §. penult. sup. De leg. 1. & l. 3. §. hæres sup. Commodati*, ubi hæres non tenetur præstare fundum nisi pro sua parte, reliquarum partium præstatione manente alios cohæredes, ut negari nequeat, obligationem Rem tradi, Rem restitui esse dividuam.

46 47 Alia & major quæstio est de pœna subjuncta, an divisionem patiatur? Quantum ad ipsum obligatum, nihil est, quo excusari possit, quò minùs ad totam pœnam teneatur, promisso non satisfaciens, *l. 2. §. 1. in fine h. t.* † Tantùm quæstio est de hærede. Distinguendum inter stipulationem dividuam & individuam. Priori casu divisio admittitur, & solus ille, qui contravenit, pro parte sua luit pœnam. Posteriori verò etiam uno tantùm hæredum contraveniente tota pœna commissa est, & quidem contra omnes. Ratio est, quia illo casu tantùm pro parte peccatum est in re dividua, veluti ratum habere, & proinde nisi pro parte pœna debetur, ne culpam excedat: hoc verò casu in toto peccatum est, ut rectè tota pœna veniat exigenda, quæ debet esse commensurata delicto. Et pro hac distinctione facit textus clarissimus in *l. 4. hoc tit.* in cujus §. 1. Jurisconsultus proponit casum individuum, quo conventum, pro parte non fieri, & in casu, quo contraventum, pœnam deberi; &, si contraventum ab uno hæredum, dicitur pœna deberi, non ab eo tantùm, sed ab omnibus; subjunctâ ratione, quòd, cùm in partes dividi non possit stipulatio, ab omnibus quodammodo factum videatur, ut & ab omnibus veniat luenda pœna. Idem traditur in *l. In executione 85. §. quod si stipulatus h. t.* ubi dicitur verior sententia existimantium, facto unius ex pluribus hæredibus contra promissionem individuam omnes teneri propterea, quòd, licet stipulator ab uno prohibeatur, non tamen in partem prohibeatur, cùm intersit prohibiti à nemine prohiberi, *l. 3. h. t.* ut nequeat pœna dici excedere peccatum. Quo casu alii sarcient sibi damnum judicio familiæ erciscundæ, ne factum unius omnibus sit damnosum,

48

nosum, *d. l. 25. & d. l. 2, §. pen. & d. l. 85. §. quod si stipulatus*. Pœnæ, promissioni dividuæ subjunctæ, exemplum est in *l. 4. §. at si de eo & seqq. h. t.* ubi in stipulatione, Amplius non agi, Ratum haberi, pro portione tantùm ejus hæredis, qui adversus conventa fecit, pœna committitur, quia tantùm pro parte contraventum habetur. Vide Fachin. 10. *Contr. c. 53.*

Obstare videtur dictis *l. 5. §. fin h. t.* ubi nisi pecunia promissa solvatur, conventum, certam pœnam solvi, & non proderit solvi per unum hæredem partem pecuniæ, quò minùs tota pœna committatur, cùm tamen agatur de summa, quæ est dividua, secundum jam dicta. Dicendum, ideo ibi totam pœnam committi, quia stipulatoris interest sibi non solvi per partes, cum particularis solutio non minima habeat incommoda, *l. 3. sup. Fam. ercisc.* Et hoc est, quod habet *d. §. fin. Nec enim aliud in his stipulationibus sine injuria stipulatoris constitui potest.* Et hoc ita quantum ad hæredes promissoris.

49 Stipulationi sibi suoque hæredi agere licere pœna adjecta committetur, si unus hæredum prohibeatur, & quidem in solidum, quia ita convenit, ut & alii non prohibiti videantur agere posse pro parte hæreditaria, secundum jus, quos tamen æquitas facit repelli per exceptionem, quæ non patitur ei, cujus nihil interest, quid præstari eo nomine, *l. 2. §. fin. & l. 3. in fine h. t.* Nec facit, quod habet *l. Stipulatio 38. §. alteri 17. h. t.* in pœna non quæri, an intersit, cum habeat locum in re dubia, dummodò natura possit interesse. In re autem certa neutiquam locum habet, quia in re certa non est locus conjecturis.

50 Effectus stipulationis est, quod ex ea agi possit, & quidem continuo, si sit pura; si verò habeat diem vel conditionem adjectam, lapso demum die aut conditione expletâ. Comparata ad hunc effectum est conditio certi, quando id, quod petitur, apparet, quid, quale, quantum sit, aliàs actio est ex stipulatu, *l. Ubi autem 75. h. t.* Cujus ratio in eo est, quod quando certum continet stipulatio, sufficiat certi condictio, si verò incertum, tunc ex stipulatu; id est contractu stipulationis agendum.

51 † Non est autem tantum actio ad principale promissum, verùm etiam ad pœnam, in casum quo factum contra quam conventum, adjectam, quæ in iis, quæ diem adjectam habent, committitur continuò, si dictâ die non satisfaciat, nullâ præmissâ interpellatione, cum dies interpellet pro homine, *l. Magnam C. De commit. stipul.* Die non appositâ moræ purgatio admittitur, *l. Si insulam 44.* ubi Cujac. *h. t.*

52 Controversum, An promissor cogatur præcisè præstare promissum? Quæ controversia non est in eo, qui obligatus est dare; nam hunc præcisè teneri patet ex *d. l. 75. in fine h. t.* ubi stipulatio, fundum dari continet, ut omnimodò dominium fiat stipulatoris, ne aliud pro alio solvatur.

53 Quæstio est in stipulatione faciendi, an stipulator liberetur præstando interesse? Quod plerique volunt, ex eo, quod nemo præcisè possit cogi ad factum, sed liberetur dando interesse, *l. Stipulationes 72. h. tit.* ubi, si factum stipulatum non fiat, datur pecunia; quos sequitur Gomez. *2. Var. Resol. c. 10. n. 22.* Donel. ad *d. l. 72. n. 92. & seq.* Duaren. *ibid.* Contrariam tamen sententiam tenuit Martinus vetus Glossator, scilicet non liberari promissorem offerendo interesse, quam ut probabiliorem sequitur Cujac. ad *d. l. 72.* & Coras. *Miscell. 2. c. 3.* Pro qua parte facit, quod, ut dando non obtruditur aliud pro alio invito creditori, ita nec in faciendo obtrudi debeat, cum non detur ulla justa differentiæ ratio. Facit, quod contingeret aliàs aliud pro alio solvi, quod minimè jure est admissum, *l. 2. sup. De rebus credit.* est enim aliud interesse ab ipso facto. Deinde nemo facto suo se liberare potest ab eo, quod debet circa legitimam solutionem. Nihil facit textus, in *l. Si quis ab alio in fine sup. De rei judic.* nam quod ibi dicitur dando interesse liberari promissorem, in casu, quo non fecerit, rectè intelligitur, quo implementum facti vel est impossibile, vel elegerit ipse actor interesse, propter moram debitoris, secundum *§. fin. Instit. hoc tit.* ubi rectè adjicitur certa pœna, ne quantitas stipulationis sit in incerto, & necesse sit actori probare quanti sua interest, si fieri nequeat quod promissum, aut actor morâ commissâ eligat pœnam. Ita etiam accipienda *d. l. 72. hoc t.* & si quæ similes ibidem aut alibi, quibus non adimitur actio ad factum per moram debitoris, modò fieri possit, quia aliàs mora sua prodesset moroso promissori, quod non est admittendum. Facit textus in *l. Si insulam 84. hoc t.* ubi lapso tempore, quo facere debuit debitor, potest nihilominus facere, donec à faciendo excludatur per litis contestationem; quod aliter se haberet, si per solam moram obligatio faciendi transfunderetur in obligationem ad interesse; quæsitum enim creditori jus non est auferendum invito.

54 Non tantùm autem stipulatori est actio, verùm & ejus hæredi, cùm non tantùm sibi quis stipu-

letur, sed & hæredi; uti & promissor non ipse tantum obligatur, sed & hæredem obligatum relinquit, sive sit obligatio dandi, sive faciendi *l. Veteris* 13. *C. h. t.* per quam est sublata differentia, quæ fuit olim in usu, quando ad faciendum hæres non tenebatur, quòd ista obligatio personalis esse videretur, & facti potiùs quàm juris; nisi tamen & hodie obligatio personæ cohæreat, secundùm §. *sed cum factum Inst. De stipul. servor.*

55 Procedunt dicta, sive individuum quid veniat faciendum, sive dividuum, *l. fin. h. t.* Eâ tamen distinctione, quòd in dividuis pro parte hæreditaria teneatur quisquis hæredum, eamque solvendo liberetur; in individuis verò singulos in solidum teneat secundum dicta paulò superiùs.

56 Quæri hic posset, An obligatio conditionalis ad hæredem transeat, possitque ab eo conditio impleri? quantum ad casualem simpliciter conceptam, non est dubium, quin possit, *l. Si filiusfamilias* 78 *h. tit.* ubi stipulatio filiifam. conditionalis patri cedit, etiam existente conditione post emancipationem filii, cùm in stipulationibus id tempus spectetur, quo ineuntur, atque ut ea spes conditionis extituræ patri accedit, ita & ipsi hæredi, cui stipulator provisum voluit, *l. Pactum* 9. *in fine sup. De probat.* In mixta dubitari posset, ex eo, quòd requirat factum ejus, qui stipulatus est, & præcipuè potestativa, cùm factum, ad quod tenebatur defunctus, non suppleat hæres, qui licet eadem cum defuncto fungatur persona, reverà tamen est alia, ut possit videri per eum non satisfieri conditioni, quæ desiderat implementum specificum, *l. Inter artifices inf. De solut.* Quo tamen non obstante, rectè dicitur & hanc impleri posse in persona hæredis. Pro quo facit textus §. *in conditionali Inst. h. tit.* ubi spes conditionis ad hæredem transit, & *d. l. Veteris C. d. tit.* ubi quælibet stipulatio dicitur transire ad hæredem, nisi vel aliud habeat mens stipulantium, vel factum personæ cohæreat, ejus industriam respiciens, secundùm *d. l. Inter.* Quam quæstionem pluribus prosequitur Covarr. *Practic. quæst. cap.* 39. refutans contrariam partem tenentes, & Conanus 6. *Com. c.* 3. *num.* 11.

57 Quantum ad probationem stipulationis, ea rectè fit per testes, vel per scripturam. Pro qua præsumitur, cùm videantur ea intervenisse, quæ desiderat forma negotii, nisi probetur falsitas non quidem directò, cùm negatio directam probationem non admittat, sed indirectò, veluti ex determinatione loci vel temporis adjectâ, si ostendatur scripturæ falsitas, qua de re agitur supra de fide instrumentorum.

Ut stipulatio effectum istum consequatur, oportet utiliter sit contracta. Inutiliter contrahitur vel omnino, vel per oppositam exceptionem doli mali, qua eliditur ejus vis; veluti si dolus, metusve intervenerit, qui etsi non impediat obligationis ortum, cùm stipulatio sit stricti juris, facit tamen actorem exceptione repelli, *l.* 5. *C. D. inutil. stipul.*

58 Contrahitur omnino inutiliter, I. Ratione defectus formæ verborum, quæ consistit in apta responsione ad interrogationem, *l.* 3. *C. d. t. & dictum sup. eod.*

59 II. Ratione defectus consensus, quo modo eam non contrahit furiosus, prodigus, pupillus. Inducit & ejus defectum error circa rem §. *Si de alia Inst. De inutil. stipul. l. Inter* 83. *h. t.* & hoc, quatenus est dissensus circa corpus; nam si tantum circa qualitatem, tenebit stipulatio, *l. Si id quod aurum* 22. *h. t.* quia interest stipulatoris saltem catenus stipulationem valere, & rem æream, quæ aurea putabatur, esse in obligatione. Aliud est in emptione, *l. Nec emptio.* 9. *in fine & l.* 11. §. 1. *sup. De contrah. empt.* Cujus ratio est in læsione pretii, quod datur correspondens qualitati rei, Cujac. ad *d. l.* 22. *h. t.*

60 III. Ratione materiæ, quæ talis, ut in stipulatum deduci nequeat, de qua superiùs.

61 IV. Ratione contrahentium, ut si pater stipuletur à filio, Dominus à servo, idque propter potestatem, quæ facit inter eos civilem obligationem consistere non posse, *l.* 4. *sup. De judic.* facit enim videri eamdem esse personam, quæ sibi obligari nequit. Dico, civilis; quia naturalis inter eos locum habet, cùm naturaliter sint duæ personæ.

62 V. Ratione adjectorum, ut quæ continent impossibilitatem, ad quam nulla est obligatio, *l. Si homo* 69. *h. t.* Idem juris est quoad turpia, *l. Generaliter* 26. *h. t.* Non obstat, quod in testamentis ejusmodi conditio habeatur pro non adjecta, *Inst. De hæred. Inst.* §. *impossibilis*, Cujus ratio est, quòd dependeant ab unius voluntate, qui de extremis cogitans non præsumitur ludere, cùm contractus ineantur duorum consensu, qui imputare sibi habent, quod verba perfectiùs non conceperint. * Et hoc ita, si conditio talis sit affirmativè

63 concepta. Aliud juris est, si negativè adjecta, scilicet, *Si cœlum digito non tetigeris*, §. *impossibilis Inst. De inutil. stipul.* Cujus enim affirmatio continet impossibilitatem, ejus negatio ponit necessitatem: conditio autem omnino extitura pro pura habetur, *Inst. hoc tit.* §. *conditiones.* Et hoc si compre-

prehensum naturâ sit impossibile. Si jure probrosum sit, aut bonis moribus contrarium, nihilominus vitiabit conditio negativè concepta, & secundùm ea facta solutio dabit condictionem ob turpem causam, *l.2. & 4. §. quoties sup. De condict. ob turp. caus.* cùm turpe sit, pro scelere non admittendo mercedem pacisci, aut pactam accipere, *l.6. §. si ob maleficium sup. De pactis.*

64 VI. Ratione eorum, quibus per stipulationem quæritur, aut quorum factum aut datio versatur, veluti si quis alterum facturum, daturumve promittat, alteri dari, fierive stipuletur, cùm alterius factum vel datio non sit in nostra potestate, *d. l.83, in pr.* Uti nec dare, nec facere cogitur is, cujus factum, datio est promissa, cùm de se quisque, non de alio promittat, nec eum obliget, ne alteri per alterum iniqua adferatur conditio. Quo casu nec tenebitur ipse promissor, quia factum suum non promisit, ut ne quidem curare debeat, ut alter det vel faciat, cùm hæc res factum promittentis respiciat, quod non est promissum.

65 *Quod si promiserit se curaturum, ut alter det vel faciat, licet non imputetur ejus culpæ, si alter non dederit aut fecerit, si quantum in se est, diligentiam adhibuerit, hoc tamen in casu non sufficiet, cùm non, quantum in se est, se curaturum promiserit, sed simpliciter se curaturum, atq; ita factum proprium, ad quod proinde tenebitur, nec excusabitur, quod quantum in se est, fecerit, cùm verbum *Curare* significet deducere ad effectum, non etiam conari tantùm; & ita in *l. fin. §. fin. sup. De reb. creditis*, qui promisit se curaturum decem dari, ea dat vel locupletem reum offert, Jason *ad l.38. n.10. & ibi* Cujac. *& ad d. l. 83. h. t.*

66 Quid si pœna subjuncta fuerit tali stipulationi? Negant Canonistæ, *ad c. Gemma* ꝟ *De sponsalib. quos d. loco citat* Jason, teneri promissorem ad pœnam, tamquam adjectam rei impossibili, per *l. Si homo 69. h. t.* quòd impossibilitas uti excusat à principali, ita & ab accessorio, scilicet pœna, excuset. Contrà tamen rectè dixeris, cum Jasone, teneri promissorem ad pœnam: quæ sententia probatur per *d. l. 38, §. at si quis velit*, ubi licet inutiliter quis promittat factum alienum, tenetur tamen ad pœnam subjunctam, per quam receditur à vitio, quod subest principali, tenetur enim ad eam ipse promissor. Ad idem facit *l. Sancimus Cod. De fidejussorib.* ubi promittens alium sistere, si non sistat, licet sine sua culpa, tenetur tamen ad pœnam. Non obstat *d. l. 69.* quia ibi pœna subjicitur obligationi impossibili naturâ; in nostro autem casu tantùm est difficilis, & fuit prævisa difficultas, & cessat vitium. Vid. Fachin, *3. contr. c. 20.*

67 Alteri quòd nemo stipuletur, ideo est, quia inventa stipulatio, ut quilibet quod sua interest quærat; alteri autem dari aut fieri non interest nostra, *§. alteri Instit. De inutil. stipul.* Alteri tamen stipulatio tamquam adjecto facta tenet, veluti, *Mihi aut Titio dabis?* nam ratione alternativæ una & simplex est stipulatio, secundùm dicta superiùs, & cùm tota consistat in persona stipulatoris, ut & sit inutilis, ad eam solam referetur. Non inutiliter tamen adjectus tertius, cùm in eum rectè conferatur solutio, ex arbitrio debitoris, *§. si quis alii Inst. d. tit.* Nisi contestando litem, electioni debitoris stipulator præjudicaverit, *l. Si quis 57. inf. De solutionib.* aut nisi mutaverit conditionem adjectus; facit enim mutatio cessare mandatum, quia tacitè inest, ut in tuto sit solutio, *l. Cùm quis 38. in pr. inf. De solut.*

68 Stipulatio mihi & Titio facta pro ea tantum parte utilis est, quâ stipulantem concernit, *§. quod si quis Inst. d. t.* dividua enim est hæc stipulatio, propter conjunctionem copulativam, *l.2, §. si quis sup. De eo quod certo loco.* Quo modo quoad partem extranei est inutilis, quòd ei per alterum quæri non possit, utilis verò tantùm quoad stipulantem, ne utile per inutile vitietur.

69 Ex stipulatione alteri facta, non tantùm non civilem produci obligationem, quippe lege resistente, sed ne quidem naturalem rectiùs dicitur, quòd stipulatio sit species contractus, qui requirit consensum duorum, cùm hic tantùm sit alterius, scilicet promittentis, non etiam ejus, cui fit promissio, ut proinde sit liber promissor, donec acceptetur promissio, *arg. l. Absenti sup.* De *donat.* Quod & dicendum procedere jure Canonico, cum nec pactum nudum hic subsit, ex dicta ratione Gomez, *2. Var. c.9, n.1.* Jason in *d. l. 38, §. alteri n. 5.* Fach. *l.3. c.19.*

70 Quæ dicta sunt de stipulationis alteri factæ nullitate, exceptionem patiuntur, I. Si facta sit ei, qui juris interpretatione habetur pro eadem persona, vel ratione potestatis, quo modo servus stipulatur domino, filius patri, & è contra; quod non est idem in emancipato, quia est extra potestatem; vel ex causa successionis, quo modo quis rectè stipulatur hæredi suo, quòd sit eadem persona *d. l. 38. § si quis ita.*

71 Ubi quæritur de Notario, An rectè alteri stipuletur? Quod vult Schola communis, quasi esset servus publicus, per *l. 2. inf. Rem pupilli salvam fore.* Contrà tamen verius est, cum servus publi-

publicus non ideo dicatur, quòd publicè serviat in publicis privatisq; negotiis acta & rationes conscribendo, sed quod olim veri servi essent qui ad id munus adhibebantur, ut patet ex *l. fin. Cod. De servo Reip. manumiss.* donec Arcadius & Honorius *Cod. De tabularius lib.* 10. sanciverunt, liberos homines, non etiam servos ad id munus esse ordinandos, veteri more revocato; ut cùm liber homo sit Notarius, non habeat locum in eo, decisio *d. §. alteri*, quoad servos; nisi aliud habeat consuetudo, quæ tamen non videtur facere, ut absenti prosit stipulatio Notarii, donec ipse ratum habeat, ut tradit Tiraquel. *d. De jure constituti pos. limit. 30, num. 9. & 10.*

72 Piæ causæ aliquem stipulari posse videtur, *arg. l. Cajus 45. inf. Solute matrim.* ubi avus maternus nepti dotem constituens validè stipulatur ejus restitutionem, soluto matrimonio; quod non potest dici receptum nisi favore dotis, quâ non est minor pia causa. Everardus in *Loco à dote ad piam causam.* Videantur citati à Gabrielo, *Commun. Opin. n. tit. De verb. oblig. Conclus. 1. n. 72*, Peregrinus. *De jure fisci lib. 6. tit. 1. n. 19.*

73 II. Si interfit stipulantis alteri dari, vel fieri, ut suo procuratori, creditori *d. §. alteri.* Quo modo & tutor, qui cessit administrationem contutori, ab eo stipulatur rem pupilli salvam fore, quia ejus interest.

74 Ubi quæritur, An debeat interesse ab initio? Vult Zasius, *ad l. 38. n. 27. & seqq. hoc tit.* sufficere, si ex post facto interesse incipiat, sed sine aliquo firmo fundamento. Ut verius sit, nisi tempore stipulationis alteri factæ intersit stipulantis, non valere stipulationem, *per d. §. alteri, in verbis, cùm ejus interesset*, scilicet tempore stipulationis, eo quòd in stipulationibus inspiciamus tempus, secundùm quod vires accipiunt. *l. Si filiusfam. 78. h. t.* aliàs procederet decisio *l. Quod initio 29. De R. I.* Facit, quòd *d. §. alteri* dicatur nihil agi, quod dici non posset, si actus suspendatur in eventum, quo interesse incipiet. Facit etiam, quòd hæc stipulatio sit purè concepta, ac proinde judicanda secùndum tempus præsens, *l. Continuus 137. §. cum quis h. t. & l. Vsusfructus 26. inf. De stipulat. servor.*

75 III. Si subjiciatur pœna, in casum, quo stipulationi non fit satis: facit enim hujus adjectio cessare vitium, cùm cedat stipulanti, etiamsi ejus non intersit, cùm non tam consideretur ipsum interesse, quàm ipsa conventio, *l. Cùm pœnam sup. De recept. arbit. & d. §. alteri*, quo casu pœna non tam accessionis vires habet, quàm suo pondere nititur. Et hoc si stipulatio non contineat turpitudinem, aut impossibilitatem, ad quam ne quidem per pœnam quis est obstrictus, *Instit. De legat. in fine.* * Juramentum operatur, ut stipulatio alteri facta sit servanda, cùm non vergat in detrimentum animæ jurantis, aut tertii, *arg. c. 6. ✠ De jurejurando.* Vid. Covar. *ad cap. Quamvis p. 2. §. 4. nu. 1.*

76

77 Hæc de stipulationum solemnibus, de quibus multa in D. & Cod. tradita, quæ non ita moribus frequentantur, quibus plerisque in locis pacta etiam nuda gignendæ obligationis vim acceperunt, non tam ex eo, quòd jure Pontificio ex iis actio detur, quod aliter se habere diximus. Tit. superiori: sed quod vel ita plerique Interpretes intellexerint, & paulatim in mores ierit, vel quòd posterioribus sæculis grave visum fuerit, nudis pactionibus non esse suam fidem.

TITVLVS II.
De duobus reis constituendis.

SVMMARIVM.

1. *Rei stipulandi sive credendi, & promittendi sive debendi qui dicantur.*
2. *Plures rei fieri possunt & contractibus & ultimâ voluntate.*
3. *Stipulatione qualiter constituantur.*
4. *Res, causa & obligatio hic una est.*
5. *Effectus hujus obligationis.*
6. *Pluribus reis an competat beneficium divisionis?*
7. *Solutione unius tota extinguitur obligatio,*
8. *Nec ad hoc consensu utriusque opus est.*
9. *Novatio ab uno facta an noceat alteri.*
10. *Vno reorum convento alter non liberatur.*
11. *Creditor ab uno reorum partem accipiens an censeatur divisisse obligationem?*
12. *Mora vel factum unius an alteri noceat?*
13. *Solutio uni facta cum altero an communicanda?*

1 Contingit & plures uni obligari, & unum pluribus. Illi debendi sive promittendi, hi credendi sive stipulandi rei dicuntur, non à reatu, ut aliàs, sed quòd eorum res sive negotium agatur, de quorum obligatione separatim agitur, quòd qualitates & effectus habeat peculiares. Debendi rei sunt, qui eandem rem vel pecuniam singuli promiserunt; credendi, quibus eadem res vel pecunia in solidum debetur. * Contrahitur hæc obligatio non tantùm stipulatione, sed & aliis contractibus, veluti emptione-venditione, locatione-conductione, deposito, commodato, *l. Eamdem 9. in princ. h. tit.* etiam testamento, si res eadem

2

dem pluribus vel à pluribus relinquatur, *l. Si ex toto 8. §. 1. De leg. 1. l. Si Titio 16. De leg. 2.*

3 Stipulatione constituuntur rei credendi, quando post plurium interrogationem de dando, veluti si dicat primus, *Titi fundum dabis?* & postea secundus, *Titi eundem fundum dabis?* Titius verò respondeat, *Dabo*, separato ad singulorum personas responsio facit aliam atque aliam initam esse obligationem, non etiam unam Rei debendi constituuntur quando duo ab uno rogantur dare eamdem rem, veluti, *Maevi fundum? Titi eundem fundum dabis?* si respondeat uterque, *Dabo*, vel *Dabimus, l. 4. hoc tit.*

4 Itaque res, quæ hic vertitur, eadem est, eique adhibita debita forma facit unam esse obligationem, *l. 3. in fine h. tit.* Cui & eamdem oportet subesse causam: nam ejus diversitas faceret diversitatem obligationis, quam & operaretur diversitas præstationis, *l. 9. §. 1. h. t.* Tempus idem apponi non est necesse, cùm rectè unus purè obligetur, alter in diem, aut sub conditione, *§. fin. Inst. eod.* quia potest tempus ad paritatem reduci. Idem de loco sentiendum *d. l. 9. in fine.* Hodie non aliter duo rei constituuntur, quàm si hoc expressè fit actum, *Novella De duobus reis 99. ubi* Cujacius.

5 Effectus hujus obligationis est, quòd singuli in solidum debeant, singulis in solidum debeatur, *§. ex hujusmodi Instit. eod.* concessâ creditori electione, à quo solidum exigat, *l. 2. C. h. tit.* cessante exceptione divisionis, saltem si jus prius inspicias, *d. l. 2. & l. Reos 11. h. tit.*

6 Quæritur, An hodie competat istis reis beneficium divisionis? Quod multis videtur, per *Auth. Hoc ita C. h. t. desumptam ex d. Nov. 99.* ubi iis, qui vice mutuâ fidejusserunt, concessum beneficium divisionis. Quod non malè trahitur ad correos debendi, qui invicem fidejubere videntur, *d. l. Reos h. t.* Cujac. *ad d. Nov. 99.* Duaren. *hoc in Tract. c. 2.* Contradicit Donell. *in l. 13. C. h. t.*

7 Operabitur unius solutio extinctionem totius debiti, cùm tantùm debeatur res una, cujus solutione tollitur obligatio. Idem contingit per acceptilationem alteri factam *l. Si rem 31. inf. De novat.* cùm habeat vim solutionis. Sententia quoque, quâ pronuntiatum est, non esse contractum, in persona unius lata proderit & alteri; uti & jusjurandum alterius. *l. In duobus 28. §. 1. & §. ex duobus sup. De jurejur.*

8 * In perimenda quoque obligatione non desideratur utriusque rei credendi consensus, sed alterius sufficit, qui non tam in re aliena quàm propria statuit, cùm, uti dictum, singulis in solidum quæratur obligatio, quæ quia tantùm est una, facto unius tollitur, *l. Si rem 31. §. 1. inf. De Novat.*

9 Ubi quæsitum, An & novatio unius alteri obsit? Ita rectè dicitur, *per d. §. 1.* cùm per eam contingat liberatio à priori obligatione. Facit, quòd in *d. §. 1.* dicatur, contestatione per alterum facta electio solvendi eripi debitori. Quod multò magis dicendum fieri per novationem, cùm nova obligatio non concernat personam utriusque, sed tantum novantis. Objicitur *l. Si unus 27. in princ. sup. De pactis*, ubi videtur per novationem unius alteri non præjudicari. Sed dicendum *d. l. 27.* loqui de pacto, quod non tollit priorem obligationem, nos autem loquimur hic de novatione per stipulationem, quæ tollit priorem obligationem, Cujac. *22. Obser. cap. 6. & ad d. l. 27. lib. 3. Pauli ad Edictum.* Adde Pacium *Cent. 1. qu. 96.*

10 Per petitionem creditoris ab altero reorum debendi minimè liberatur alter, nec ideo minùs creditori contra eum est recursus, cùm sola conventio non inducat liberationem, si non sequatur solutio, *l. 5. §. fin. sup. Commodati, l. fin. C. h. t.* Nec facit, quòd, uti dictum paulò antè, per contestationem eripiatur debitori electio solvendi, quia ea est loco novationis, quam fieri expedit creditori petenti, ad exclusionem alterius. Quod aliter se habet in sola alterius conventione, quia aliàs eâ contineretur detrimentum petentis, contra ejus mentem.

11 * Quo modo in *d. l. Reos & in l. In duobus §. ubi duo h. t.* creditor partem ab uno debitorum accipiens, non prohibetur reliquum ab eodem exigere, quòd non videatur jus suum remisisse accipiendo partem, quia aliàs induceretur donatio contra leges. Nisi tamen ex beneficio divisionis, quod competere antè est dictum, actio sit divisa, tunc enim recursus creditori contra eumdem non erit, licet alter factus sit non solvendo.

12 Posset hic quæri, An mora vel factum alterius reorum debend. noceat alteri? Quod negandum, quia iniquum, unius conditionem per alterum fieri deteriorem, *l. Solvendo 39. sup. De neg. gest.* & ita expressum est in *l. Mora §. penult. sup. De usuris.* Et hoc, quatenus factum alterius egreditur terminos promissionis, veluti ut ad usuras teneatur rei non præstitæ, *d. §. penult.* cùm non patiatur juris ratio, augeri obligationem communem, altero invito. Si non egrediatur terminos obligationis, factum unius alteri nocebit, veluti si alter fecerit, quò minùs præstari possit id, quod promissum, tunc enim necessariò alteri præjudicat in eo sensu, quòd cùm sit in electione creditoris,

à quo petat *l. 2. C. h t.* possit petere ab altero, qui non impedivit, qui propter factum alterius damnabitur ad rei præstationem, vel æstimationem citra injuriam, cùm conveniatur ad id, ad quod se obligavit, licet præstare nequeat, propter factum alterius, adversùs quem illi est regressus. Atque ita accepta *l. pen. h. t.* non pugnabit cum *d. §. penult.* Barbosa *ad l. Si constante 21. in pr. nu. 114. sup Soluto matrim.*

13 Dubitatum & illud, An solutio uni creditorum facta, sit cum altero communicanda? Quod negandum, cùm cuilibet in solidum debeatur, ut non possit videri res communis accepta, sed sua & præoccupantis conditio sit melior. Eadem ratione, si unus reorum debendi solverit solidum, à correo nihil repetet, cum desit illi actio: quæ si qua esset, vel foret mandati, de quo non patet, vel negotiorum gestorum, quæ competere nequit, quod non tam alienum, quàm proprium negotium gesserit correus solvendo, utpote ipse in solidum obligatus. Nisi tamen sint socii, *l. 3. Cod. hoc tit.* tunc enim ut commodum est commune, ita & onus; neque enim jus patitur, rem communem uni tantùm oneri esse.

TITVLVS III.

De stipulatione servorum.

SVMMARIVM.

1. *Servi ex persona dominorum stipulantur.*
2. *Fallit quoad res, quæ sine persona esse non possunt ut usufructus.*
3. *Item si factum stipuletur servus.*

1 Stipulationis, cùm actus sit civilis, exercitium ad servos non pertinet, qui non sunt capaces juriam civitatis; ex persona tamen dominorum & stipulantur, & iis quærunt, quasi illorum instrumenta: & hoc sive impersonaliter stipulentur dari, fieri, sive sibi, sive domino aut conservo; *l. 1. h. t.* Quod & obtinet in servo alieno, aut libero homine bonâ fide serviente, & fructuario, quatenus operas ejus aut rem nostram concernit, *d. l. 1. §. 1. l. Liber 20. l. Iussu 31 h. t.* Servus communis utriq; domino pro rata quærit, nisi uni nominatim stipuletur aut ex re unius, *l. 5 h. t.* Servus universitatis eidem quærit, *l. 3. h. t.* hæreditarius hæreditati jacenti, quæ dominum repræsentat, *l. Si servus 25. h. t.* Servus capti ab hostibus, quod stipulatus, cedit domino, jure postliminii reverso *d. l. 25.* aliàs hæredi. Et hoc, si simpliciter stipulatus fuerit, nam si ipsi domino, nihil egit stipulando, si dominus apud hostes decesserit, quia alii stipulatus videtur, *l. Si servus 18. §. 2. h. t.*

2 Quod dictum, per servum domino quæri, exceptionem patitur, Primò, in rebus, quæ sine persona esse non possunt, uti usufructus, quem servus hæreditarius inutiliter stipulatur, quamvis ei rectè legetur, *l. Vsusfructus 26. h. t.* Ratio differentiæ in eo ponitur, quòd stipulationes judicentur secundum tempus præsens, nec suspensionem admittant, quam legata non refugiunt, *l. fin. sup. Commune divid.* † Secundò, si factum 3 in obligationem sit deductum per servum veluti ire, agere sibi licere; hoc enim per servum explicandum, qui ejus est capax, non per dominum, idque ne ampliùs quàm stipulatione est comprehensum, petatur, *Inst. h. t.* Jus tamen obligationis in persona domini consistit, cui stipulatio committitur, servo impedito ire, agere.

FINIS LIBRI XLV.

HENRICI ZOESII I.C.

IN LIBRVM XLVI.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITVLVS I.

De Fidejussoribus & Mandatoribus.

SVMMARIVM.

1. *Fidejussio quid, & quomodo fiat.*
2. *Differt à constituto: item fidejussor ab expromissore, correo, mandatore.*

3. Fi-

3. *Fidejubere qui possint.*
4. *An filius pro patre?*
5. *Fidejussio accedere omni obligationi potest, exceptà dote.*
6. *Accedit & obligationi naturali tantùm.*
7. *Fidejussio nō excedit obligationem principalem.*
8. *Excedens in quantitate an teneat pro summa concurrente?*
9. *Sententia affirmans probatur.*
10. *Negatio præposita signo universali non semper æquivalet suæ contradictoriæ.*
11. *Diversitas in quantitate non vitiat formam.*
12. *Iuramentum an obliget fidejussorem ultra debitum principale?*
13. *Fidejussor arctiùs quàm principalis quatenus obligari possit.*
14. *Principale attenditur tempore fidejussionis.*
15. *Fidejussor an teneatur ad usuras?*
16. *Probatur, non teneri, ne quidem in bonæ fidei judiciis.*
17. *Fidejussio potest & præcedere obligationem principalem*
18. *Fidejussor excuti ante principalem potest.*
19. *Hodie datur fidejussori beneficium ordinis.*
20. *Renuntiatio generalis non excludit fidejussorem ab hoc beneficio.*
21. *Nisi verba generalia in effectu sint specialia.*
22. *Obligans se ut principalem non censetur specialiter renuntiasse huic beneficio?*
23. *Neque promittens se soluturum.*
24. *Neque promissor indemnitatis.*
25. *Neque simpliciter fidejubens cum juramento.*
26. *Nisi juramento firmaverit renuntiationem.*
27. *Non etiam falsò negans se fidejussorem.*
28. *Beneficium divisionis facit plures fidejussores non nisi pro virili excuti.*
29. *Beneficio hoc non privantur, qui in solidum se obligaverint.*
30. *Oratio sic accipienda, ut aliquid partes egisse videantur.*
31. *Beneficium divisionis non competit fidejubenti cum muliere.*
32. *Cum minore fidejubens quatenus teneatur.*
33. *Beneficia prædicta competunt ope exceptionis.*
34. *Exceptio divisionis usque ad sententiam opponi potest.*
35. *Excussionis non nisi ante litem contestatam.*
36. *Exceptio cedendarum actionum.*
37. *Cedendæ actiones contra pignorum possessores.*
38. *Cessio an peti possit post solutionem?*
39. *Cessio actionum post solutionem contra pignorum possessores & alios fidejussores non rectè petitur.*
40. *Mandator post solutionem potest petere sibi cedi actiones.*
41. *Creditor quatenus teneatur præstare actionem contra alios fidejussores.*
42. *Cessio ista peti potest ab eo, qui beneficio divisionis renuntiavit.*
43. *Cessis actionibus, & solutione facta, quæ actio fidejussori detur.*
44. *Ante solutionem actio non datur.*
45. *Fidejussor quibus modis liberetur.*
46. *Fidejussio extinguitur novatione.*
47. *Item confusione.*
48. *Cessione debitoris non liberatur fidejussor.*
49. *Neque confiscatione bonorum debitoris.*
50. *Prorogatione termini an liberetur.*
51. *Mora creditoris in excutiendo debitorem an noceat fidejussori?*
52. *Fidejussor an rectè opponat compensationem principali competentem.*

PRincipales obligationes in creditoris securitatem cautionibus solent firmari, præcipuè interventu rei, uti pignoris, aut personæ, veluti fidejussoris. Cujus usus licet ad alios etiam contractus pertineat, *l. 1. h t.* de eo tamen hic rectè subjungitur, quòd fidejussio soleat constitui stipulationibus.† Est enim species obligationis verborum, quâ quis ad creditoris interrogationem, quod alius debet, soluturum se promittit, salvo manente principali debito. Ut fidejussor sit is, qui alienam obligationem suscipit, & fide suâ esse jubet. Dico, stipulationibus; inspecto jure Quiritum, nam hodie ut pactis nudis est sua firmitas, ita & fidejussioni nudo pacto adhibitæ erit sua vis.† Excluditur constitutum, quia fit nudo pacto, ab ipso etiam qui debet. Expromissor excluditur, quia alienum debitum ipse suscipit alium liberando, *l. qui liberrimus in fine sup. De operis libert.* Correus, quia non accedit alicui obligationi, sed se principaliter obligat. Non pertinet huc mandatum, quia & hoc nudo pacto initur; est tamen affine fidejussioni, quæ mandatum in se continet, & hæc Rubrica loquitur de fidejussoribus & mandatoribus. Inter quos tamen est differentia, cùm non tantùm præsens, verùm & absens mandet, quia solo consensu mandatum contrahitur; fidejubeat autem nemo nisi præsens, quia verbis opus, saltem de jure scripto, ut dixi, Unde fidejussor videtur olim dictus Præs, quia præsens & auctor credendi.

Cautionem hanc præstant, qui se obligare possunt; quo modo non est habilis pupillus, furiosus, aut

aut similis. Minor curatorem habens fidejubere posse rectè dicitur, cùm persona ejus sit libera, licet dispositio rerum sit penes curatorem, *l. Puberes 101. inf. De V. O. ubi* Cujac. Servus non nisi ex causa peculiari fidejubendo obligatur, *l. Servus 19. h. tit.* eatenus enim facit deteriorem domini conditionem. Mulieri post intercessionem salvum est beneficium S. C. Velleiani per quod intercessio fit inutilis, ut traditur suprà, *Ad S. C. Velleian.* Militum fidejussio non tenet, ne à militia avocentur, *l. Milites Cod. De locato.* Mutus ut stipulari nequit, ita nec fidejussionem contrahit, quæ requirit verborum interventum.

4 An filius pro patre rectè interveniat quæri posset? Quod dicendum est per *l. 8. Cod. h. tit & l. 1. C. De filiisfam. minor*, ubi non aliàs ei subvenitur, quàm si minor fuerit. Facit, quod pro extraneo intervenire possit. Nec obstat, quòd non possit à patre suum consequi, cùm non sit actio inter patrem & filium, quia ea res non facit, quò minùs fidejussio ej' teneat, *arg. l. Marcell. 25. h. t.*

5 Apponitur fidejussio omni obligationi, etiam criminali, quatenus civiliter agitur; nam ad corporalem pœnam nemo pro alio se rectè obligat cùm non sit membrorum suorum dominus, *l. Si quis 56. in fine h. t. l. Liber. 13. Ad L. Aquil.* Excipitur dos, quæ non fert fidejussorem, *Cod. Ne fidejuss. dot. dentur*, stante scilicet matrimonio. Ratio ej' redditur, quòd cùm credendam se suamq; dotem mariti fidei mulier existimaverit, nullum bonum sit, fidejussorem vel aliam intercessionem exigere, ut causa perfidiæ in cōnubio generetur.

6 Necessarium autem est aliquam præcedere obligationem, cui applicetur fidejussio, cùm sit accessoria, ut stare nequeat sine principali. Civilis ea sit, an naturalis tantùm, non refert, cùm & hæc obligationem ponat. Quo modo pro pupillo, qui tenetur naturaliter, fidejubens, non tantùm naturaliter, sed & civiliter obligatur, ita ut ne quidem exceptionem pupillo competentem habeat, *l. 7. sup. De except.* Ut enim solutio facta secundùm naturalem obligationem non condicitur, ita nec fidejussionis retardatur effectus, cum sit quædam solutio, aut ejus securitas, quæ eò tendit, ut quod uni personæ deest, per alterum suppleatur, *l. 1. Cod. De fidejuss. min.* Idem in servo juris, qui cùm naturaliter obligetur, potest quis pro eo intercedere, etiam apud dominum, *l. Si à reo 70. §. adeo h. t.* non è contrà. Pro domino apud servum non rectè quis intercedit, quia pro eodem apud eumdem quis intercederet, cùm servo quæsita obligatio domino cedat.

7 Non est itaque sine principali fidejussio, nec illud egreditur, quia contingeret esse accidens sine subjecto, & plus esse in accessorio, quàm est in principali, *§. fidejussores Inst. eod.* Quò facit *l. Græcè 8. §. illud h. t.* ubi in duriorem causam non potest obligari fidejussor; veluti si pro obligato in Stichum quis fidejusserit in Stichum aut decem: futurum enim, ut Sticho mortuo teneatur ad decem, quæ non sunt in principali obligatione, *d. l. 8. §. si quis Stichum*, ultra quam non tenetur fidejussor, *l. Si ultra 22. C. h. t.* Quo modo & ad interesse non tenebitur fidejussor, nisi & principalis teneatur, & hoc sit actum. In leviorem causam quin obligetur non est controversum: quo modo fidejubens in decem pro obligato purè rectè obligatur sub conditione, *d. §. illud.*

8 Controversum admodum est, An fidejussio excedens principalem quantitatem teneat pro summa concurrente, veluti si quis pro obligato in decem fidejusserit in viginti? Sunt qui negativam amplectantur, I. Per *d. l. 8. §. illud*, ubi qui pro aliis obligantur, si in duriorem causam adhibeantur, uti in proposito casu, dicuntur omnino non obligari, id est, nullatenus & nullo modo, cum negativa postposita signo universali, æquipolleat suæ contrariæ propositioni, ut videre est ex variis Juris locis, in *l. Legitimos §. an ergo sup. De legit. tutorib.* in verbis, *Si omnes satis non dederint*, id est nulli, & in *l. fin. C. De bonis libertor.* in verbis, *omnes non ignorant.* id est nulli, II. Per textum in *§. fidejussores Institut. eod.* qui habet, fidejussores ita obligari non posse, ut plus debeāt quàm reus, subjunctâ ratione, quòd plus esse nequeat in accessione, quàm est in re principali. III. Quòd istis locis promittens majorem summam conjungatur cum eo, qui pro obligato sub conditione obligat se purè: hunc autem nullatenus obligari certum est, ut de illo idem sit dicendum, ne noteretur temeritatis auctor conjungens dissimilia. IV. Quòd erratum sit in forma, cujus vitium facit rem non subesse. Ita Glossa *Inst. h. t.* Bart. *in d. §. illud*, Connanus *6. Com c. 6. n. 8.* Hippol. de Marsiliis *De fidejussorib. n. 291.*

9 Cōmunior tamen & verior est affirmantium sententia. Pro qua facit communis & vulgata regula, utile per inutile non vitiari in his, quæ divisionem admittunt: & textus in *l. 1. §. si stipulanti sup. De verb. oblig.* ubi diversitas quantitatis responsionis non impedit, quò minus pro concurrenti quantitate sit contracta stipulatio; subjunctâ ratione, quòd summa minor insit majori, ut majorem promittens censeatur & promisisse minorem petitam. Unde & constituens in plusquam debetur,

debetur, obligatur pro concurrente quantitate, *l. Hactenus* §.1. *sup. De const. pec.* & stipulatio supra modum legitimarum usurarum vires habet, detracto superfluo, *l. Pecunia sup. De usur.* Ut idem hac in materia sit statuendum, cum non detur commoda ratio disparitatis. Et videtur hoc velle textus in *l. Si à reo 70. hoc tit.* ubi qui pro reo obligato sub conditione, spopondit sub eadem conditione; & sub alia aut alternativè, videtur quidem non teneri, quasi in plus obligatus, respondetur tamen ibi, magis esse, ut teneatur, si conditio communis prius evenerit. Pro ea parte videtur facere textus expressus in *l. Rogatus 33. sup. Mandati,* ubi qui in majorem summam, quàm rogatus erat, fidejussit, hactenus mandati actionem habere dicitur, quatenus rogatus esset, quia id fecisset, quod mandatum ei est, quia usque ad eam summam, quam rogatus erat, fidem ejus spectasse videtur, qui rogavit; qui textus clarior videtur, quàm ut in dubium sit revocandus.

Nihil obstat *d. §. illud,* cui aptantur variæ solutiones. Nam secundum aliquos verba, *omninò non,* transponenda videntur, & legendo, *non omninò,* ut vult Haloander, ut ista oratio æquivaleat suæ contradictoriæ, non etiam contrariæ. Verùm obstat constans lectio, & vulgaris & Florentina, quæ habet, *omninò non,* ut ab ea non sit recedendum. † Deinde non est opus mutare lectionem, ut oratio ista æquivaleat suæ contradictoriæ, cùm non semper sit verum, quod negatio præposita signo universali æquivaleat suæ contradictoriæ, cùm & inveniatur æquivalere suæ contrariæ, veluti, *Non omnia possumus omnes,* id est nulli; *Non omnis fert omnia tellus,* non etiam quædam, quasi quædam omnia ferret, quod est absurdum: & contrà non semper negatio postposita signo universali æquivalet suæ contrariæ, nam & interdum suæ contradictoriæ, ut tradit Alciatus 5. *Parer. c. 17.* Exemplum est in *l. Si servus in fine, sup. Si quis cautionib. &c.* quia verum sit *omnes statos non esse,* id est, non omnes, quia aliqui statuerant: & in *l. De pupillo §. si plurium 6. sup. De novi oper. nuntiat. ibi, omnibus non sufficere,* id est, non omnibus, quia aliquibus sufficiebat. Ut non possit vis poni in præposita aut postposita negatione, sed ea res veniat metienda secundùm materiam subjectam, & mentem legis, quæ hac in materia talis est, ut non sit omninò fidejussio nulla in casu proposito, sed valida pro parte concurrente, sive intra meras principalis obligationis subsistat. Ultra hanc solutionem dici potest, in *d. §. illud,* tantùm agi de fidejussore in duriorem causam assumpto, in qua non potest fieri separatio, secundùm exemplum ibidem subjunctum, quando quis fidejussit purè pro obligato sub conditione; neque enim obligatio pura inest conditionali, secundùm dicta *sup. De verbor. oblig.* Ut meritò dicatur durior conditio fidejussoris, de qua & accipienda *l. 16. §. 1. l. 34. 38. 42. & similes h. t.* non etiam in casu, quo in summam majorem se obligavit, quia summa divisionem admittit, secundum dicta *sup. d. tit. De V. O.*

Unde patet solutio ad secundum; cùm non obligetur in plus fidejussor, quàm ipse reus, cùm excessus habeatur pro non adjecto.

Non obstat tertium; neq; enim necesse est, ut duo determinabilia semper determinentur æqualiter, cùm satis sit in aliquo conveniant, uti hic in eo, quia non valet in solidum, uti concepta.

11 Non obstat quartum; cum nullum contineat vitium in forma, quam ponit stipulatio, quæ fuit adhibita, sed tantum circa excessum materiæ; in plus intercedendo, qui non facit vitiari totam fidejussionem, sed tantum quoad excessum; ad modum donationis quæ ultra summam non insinuata non habet vitium, nisi in materia excessa, ne utile per inutile vitietur. Et hanc posteriorem sententiam, quæ benignior est, & de jure verior, tenet Azo *in Summa C. h. t. n. 7.* quem sequitur Alciat. *d. loco,* & plerique alii.

12 Alia hîc movetur quæstio, An juramentum additum faciat fidejussorem teneri ultrà, quàm tenetur principalis? Quod posset videri, quia juramentum servandum est, quatenus servari potest, sine detrimento animæ jurantis, uti hoc in casu, cum cuilibet sit liberum arbitrium rerum suarum. Dicendum tamen, non obstante juramento, fidejussorem non teneri ultra debitum principale, ex eo, quòd juramentum sequatur naturam actus, cui apponitur, minimè autem mutet aut alteret, *l. fin. C. De non num pecun.* Covar. *De pactis p. 1. §. 4. n. 1.* Si tamen summam excedentem sciens, quis se daturum juraverit, tenebitur ad totius exsolutionem, non ut fidejussor, sed ut principalis, quoad excessum, nam operatur juramentum enixæ voluntatis argumentum, *l. Cum pater 77. §. filius De leg. 2.* Batt. *ad l. Si quis 36. h. t.* Hippol. *De fidejuss. n. 291.*

13 Ut autem in plus non obligetur fidejussor, quàm principalis, arctiùs tamen obligari eum nihil implicat, cum fidejussor obligari possit pro eo, qui tantum naturaliter tenetur, & contra quem excussus non habet mandati actionem, *l. Marcellus 25. h. t.* Potest & fidejussor obligari sub

sub pœna, quam non promisit principalis, quæ tendit ad efficaciam obligationis, ratione moræ ipsius fidejussoris, Gl. *in l. Sicut 95. h.t.* Ex mora principalis teneri non potest, nisi & ipse principalis ad eam teneatur, quia durior ejus causa foret, Bart. in *l. Hi qui 34. n. 52. h.t.* Similiter & potest fidejussor se obligare sub hypotheca aut pignore, ipso principali non obligato nisi personaliter, quòd non tam in plus obligetur quàm efficaciùs, cùm non crescat summa debiti. Faber *Inst. h.t. §. fidejussores*; nam si aliquo modo cresceret, non teneretur, ut in *d. l. 8. §. Idem Iulianus h.t.* ubi si is, qui hominem aut decem stipulatus, ita fidejussorem acceperit, hominem aut decem, utrùm ego velim, non obligat eum, quod durior ejus sit conditio propter electionem principali competentem, sublatam fidejussori.

14 Itaq; fidejussio dirigenda venit secundum terminos principalis, quia accessoria, ut non extendat se ultra quàm fuit in principali tempore interpositæ fidejussionis; ut ei nihil nociturum sit, si postea, facto principalis, creverit obligatio, *l. fin. h.t.*

15 Ubi quæsitum, An fidejussor possit conveniri ad usuras ex causa moræ principalis. Quæ quidem quæstio non patitur magnam controversiam quoad contractus stricti juris, quibus accessit fidejussio; nam receptum communiùs, non teneri ex mora principalis, quòd in iis non veniant usuræ nisi in stipulationem deductæ, *l. 3 C. De usur.* Quò facit textus in *l. Cùm quis 22. sup. De oblig. & act.* ubi fidejussor non tenetur ad aliam æstimationem, quàm quæ fuit tempore fidejussionis; nec debet illi imputari factum principalis; cùm alii per alium non inferatur pejor conditio. Facit *l. Fidejussor. 10. C. h. t.* ubi in usuras obligatus, non rectè eas recusat, ut dicendus sit rectè recusare non obligatus. Quantum verò ad judicia bonæ fidei, sunt qui putant, si non vi obligationis, saltem judicis officio teneri fidejussorem ad usuras, ratione moræ principalis, ex eo, quòd fidejussor teneatur in id, ad quod principalis tenetur, tenetur autem ex mora ad usuras. In quam partem adducunt *l. Quæro 54. sup. Locati l. 10. inf. Rem pupilli salvam fore*, & *l. 1. §. bellissimè sup. Ut legator. nomine.* Probant & per *d. l. 56 §. si nummos*, & per *l. Mora 88. sup. De V. O.* in quibus locis etiam mora principalis nocet fidejussori.

16 Verùm, iis non obstantibus, rectiùs dicitur, ne quidem in bonæ fidei judiciis fidejussorem teneri ad usuras ex causa moræ principalis. Cujus ratio est, quòd non teneatur ad aliud, quàm quod fuit in principali obligatione, quæ non augetur ratione moræ commissæ, *l. Centum sup. De eo quod certo loco*, & *l. Fidejussores 68. h. t.* ubi fidejussor, qui nomine conductionis in sola centum se obligavit, non etiam in omnem conductionem, non tenetur ad usuras. Facit, quod aliàs contra mentem noceret fidejussori mora. Nihil obstat *d. l. 54.* quia ibi ita conventum esse patet ex ipso textu. Non obstat quoq; *d. l. 10.* quia ibi in omnem causam intervenit, quæ posset oriri ex judicio tutelæ, idq; in securitatem pupilli. Non etiam obest *d. §. bellissimè*, quia ex natura actus videtur se ibi obligasse fidejussor in omnem causam, qui aliàs non teneretur, *d. l. 68. h. t.* Ut neq; obstat *d. §. si nummos*, quia ibi verba, *in omnem causam*, non extenduntur ad usuras, aut moram, sed tantum respiciunt principalem obligationem, ut satis ibi indicatur. Non obstat deniq; *d. l. 88.* quia in ea non agitur de usuris, sed de perpetuatione obligationis, quæ tenet fidejussorem, re interempta propter moram principalis, *l. Si à colono 58. in fine h. t.* Ita tenet Coras. *2. Miscell. c. 11.* Donel. *ad l. 10. C. h. t.* Vult. *Instit. eod. n. 4. & seq.* Pac. *Cent. 3. q. 32.*

17 Est itaq; effectus fidejussionis, quod fidejussor obligetur, non tantum si post obligationem contractam accipiatur, aut etiam in ipso contractu, verùm & si ante; potest enim & præcedere principalem obligationem, *§. fidejuss. Instit. h. t.* non aliter atq; cautionem contingit dari ante numeratam pecuniam, *l. Qui pecuniam C. si cert. pet.* Non est tamen ejus obligationis ullus effectus ante principalem positam, ne, contrà quàm fert natura, accessorium sit sine principali. Sequitur ille effectus hæredē, *§. fidejuss. Inst. eod.* nam ex contractu oritur.

18 Hunc effectum comitatur excussio, quæ olim etiam ante principalem fieri poterat, uti & hodie licitum creditori, utrum velit, primò fidejussorem aut debitorem impetere, *l. 2. C. h. t.* & ex pluribus fidejussoribus unum seligere, à quo solidum exigat, *§ si plures Inst. eod.* Contra quem effectum duplex beneficium fidejussoribus indultum.

19 Prius est ordinis, sive excussionis, quo fidejussor hoc consequitur, quod conventus possit repellere agentem creditorem, donec excusserit principalem, *l. 3 C. h. t.* Si tamen iste sit præsens; nam si absit, non repelletur creditor à fidejussore, nisi hic promiserit sistere principalem ante certum tempus, *Auth. præsente C. h. t.* Non repelletur etiam creditor, si notorium sit, debitorem non esse solvendo, cùm quæ sunt certa, non sint amplius certioranda. Quod & obtinere volunt, si excussio principalis fuerit difficilis, fidejussoris autem facilis. Jason in *l. Si quis stipulatus sup. De V. O.* Non competit etiam

jam idem beneficium, si fidejussor ei renuntiaverit, cùm favori pro se introducto quivis renuntiet, *l. pen. C. de pactis*. Quod omnino procedit, si specialiter renuntiavit. Vid Mynsing. *Cent. 2. Obs. 5.*

20 Quæstionis est, An generalis renuntiatio, quâ quis renuntiat juribus & beneficiis sibi competentibus, excludat fidejussorem ab hoc beneficio? Sunt, qui hoc velint, relati per Tiraq. ad *l. Si unquam pr. n. 117. & seqq. C. De rev. donat.* quòd generalis dispositio tantum operetur quoad omnia sub genere contenta, quantum specialis, & quod generalitas in qualibet specie indistinctè operetur. Præses in *loco à generalitate*, Jas. in *l. 1. §. quæsitum n. 14. sup. Si quis cautionib.* Contraria tamen sententia videtur verior, quòd renuntiatio sit stricti juris, ut, nisi de ea expresse disponatur, non veniat subintelligenda, *l. Emptor 47. §. Lucius sup. De pactis*, ne aliàs contra regulam juris quis suum donare vel jactare videatur, seque excludere à beneficio, de quo non cogitavit. Facit *l. 5. sup. De transact.* ubi dicitur interpretatio prudentum finxisse captiosam liberalitatem, qualis hoc casu foret, si generalibus istis verbis excluderetur quis à beneficio, de quo minimè cogitavit. Quam opinionem tutiorem & humaniorem vocat Tiraq. *d. loco n. 122.*

21 * Quam & limitat primò, nisi renuntians verbis utatur generalibus, quæ in effectu sint specialia, veluti se soluturum ante principalem, quæ nihil aliud sonant, quàm se non usurum beneficio ordinis. Secundò, quando aliqua beneficia sunt specialiter expressa, & deinde subjuncta clausula generalis, videtur enim de unoquoque specialiter actum, Hippol. *De fidejussorib. n. 28, Gloss. in l. Sed & si quis §. quæsitum, V. specialiter sup. Si quis cautionib. &c.*

22 Q. An specialiter censeatur renuntiasse, qui se ut principalem obligavit? Si de animo novandi constet, cessabit hoc beneficium, cùm novationis effectus sit, dissolvere priorem obligationem, & novam constituere, ut dicetur infrà *De nov.* Si de animo non constiterit, probabile quidem est, renuntiatum esse huic beneficio, ne verba contrahentium nihil operentur, *l. Si plures 89. sup. De V. O.* Probabilius tamen, isti verborum formulæ non subesse renuntiationem, quam specialem esse oportet, ad effectum dictæ exclusionis, *Auth. Hoc ita C. De duob. reis*, cùm dictis verbis tantùm contineatur generalis, per quam nemo jure suo cadit, uti dictum, Hippol. *d. loco n. 62.* Barbosa *ad l. Si filiofam. in p. n. 116. sup. Soluto matrim.* Gail. *2. Observ. 23. n. 2.* Facit, quòd dicta conventio respondeat dispositioni juris communis, quò conveniti poterat fidejussor ante principalem, ut rectè secundùm istam intelligatur, *l. 3. in fine C. h. t.* ubi si id, quod inest, exprimatur, non mutabit conditionem juris. Videantur citati à Thessauro *Decis. 166.*

23 * Multò minùs renuntiasse censebitur promittens se soluturum, cùm simpliciter prolata intelligantur secundùm naturam & conditionem actus celebrati, *arg. l. Quæro 54. §. inter sup. Locati.*

24 Fidejussor indemnitatis, qualis est, qui promittit solvere istud, quod creditor non potest à reo consequi, etsi omnibus beneficiis renuntiaverit, etiam specialiter, non poterit tamen excuti ante excussum principalem, quia tantùm promisit in subsidium, ut priùs sit excutiendus reus, quòd ante sciri nequeat, quantum ab eo non potuerit consequi creditor. Suarez *Comm. Op. V. Fidej. indemnit.*

25 Q. An censeatur renuntiasse, qui cum juramento fidejussit? Si simpliciter adjectum sit juramentum, non potest videri renuntiatum huic beneficio, quod, uti dictum suprà, juramentum sequatur naturam actus, cui apponitur, neq; extendatur ultra id, de quo agitur; agitur autem de munienda fidejussione, à quo diversa est renuntiatio beneficii. Non obstat *c. Ex rescripto X De jurejur.* in quo non aliàs conveniuntur fidejussores jurati, quàm si principales non satisfecerint. Nec facit, quod ibi mulier juratò intercedens jubeatur satisfacere, non attento S. C. Vellejan. beneficio; nam hoc ideò, quia specificè juravit solutionem, quam non citra perjurium recusaret, objiciendo Vellejanum: per ejus enim objectionem non posset esse salvum juramentum, per quod firmata fidejussio, & per hanc solutio, quam omninò enervaret objectio Velleiani, quæ in effectu liberaret mulierem à fidejussione, atq; ita contraveniret suo juramento, non sine periculo. Aliter se res habet in hoc beneficio, cujus objectione non tam recusatur solutio, aut infringitur fidejussionis effectus, quàm potiùs differtur. Vid. Gomez, *2. Variar. Resolut. c. 13. n. 14.* Gutierrez. *De jurament. confirm. c. 20. n. 2.* Gail. *2. Observat. c. 27.*

26 * Si juramento firmaverit renuntiationem fidejussor, verius est, eum non posse uti hoc beneficio, quòd juramentum habeat vim specialis renuntiationis, *l. Cum pater 77. §. filius matrem. De leg. 2.* & servandum sit, quatenus servari potest, sine detrimento animæ jurantis, aut tertii. Gail. *d. loco n. 22.*

27 Q. An competat ei, qui falsò negavit se fidejussorem? Non videtur, si arguatur dolus, *arg. l. Si dubitetur §. ita demum h. t.* ubi in pœnam menda-

mendacii non est locus huic beneficio, qualis & al i s in casibus imponitur, uti in *l. fin. sup. De rei vindic. & in l. Sed hoc ita, §. 1. sup. De re judic. Auth. Item possessor. Cod. Qui potiores in pig. hab.* Thessaurus *Decis. 50.* Gomez. *d. n. 14. limit. 7.*

28 Alterum est beneficium divisionis, ex epistola divi Hadriani competens, quo hoc consequuntur plures pro uno fidejussores, quòd, licet in solidum singuli obligentur, non tamen nisi pro virili excutiantur, *§. si plures Institut. eod.* quatenus tamen omnes sunt solvendo tempore propositæ exceptionis. Neq; enim aliàs concessum hoc beneficium, quàm quatenus fieri potest, sine gravi creditoris detrimento; non est autem ita grave, à pluribus petere, qui sunt solvendo, grave verò foret tum actionem dividi, quando aliqui non sunt solvendo. Si contingat post divisam legitimè solutionem aliquos fieri non solvendo, hoc damno erit creditori, qui sibi imputet, quod tempestivè eos non excusserit, minimè autem tanget fidejussores alios, qui semel liberati non reducuntur inviti in obligationem. *l. Liberum 16. C. h. t.*

29 Competit hoc beneficium cuicumque fidejussori, simul cum altero intervenienti, nisi vel se malitiâ suâ eo privaverit, veluti falsò negando se fidejussisse, vel renuntiârit in specie, non etiam in genere, secundùm dicta. Non ideo hoc beneficio aliquos privari, quòd in solidum se obligaverint, expressum est *l. 3. C. h. t.* subjunctâ ratione, quòd juris constitutio divisionem admittens, non mutetur tali conventione, à jure non tam dissentiente, quàm eidem consentiente, quo in solidum obligatio unumquemque tenet; licet si omnes solvendo fuerint tempore divisionis, non nisi pro virili conveniantur cum effectu, secundùm quod dicta conventio rectè accipitur. Nec facit, quòd ita nihil sit operatura, contrà *l. Quoties 80. sup. De verb. oblig.* & *l. Si quando 109. in pr. De leg. 1.* * ubi illa oratio sic accipi debet, ut

30 aliquid partes videantur egisse; nam hoc ita interpretandum, modò sententia, quam accipi volumus, etiam verbis contineatur; imputandum enim creditori potiùs, quòd verba plenius non expresserit, *l. Labeo 22. sup. De contrah. empt* Donel. *ad l. 3. num. 7. C. h. t.*

31 Q. Utrum beneficium divisionis competat fidejubenti simul cum muliere? Negandum hoc est per *l. Titius 48. in pr. h. t.* ubi dicitur in solidum teneri, eo quòd mulier cum effectu non interveniat, ita ut tota obligatio resideat in persona conjuncta, quæ scire potuit, aut ignorare non debuit, mulieri succurri per Vellejanum, ut imputare sibi debeat, quòd unà cum muliere intervenerit.

32 Nec obstat *d. l. 48. §. 1.* ubi cum minore fidejubens non nisi pro virili tenetur, licet per restitutionem minori consuli possit, aut de facto consulatur. Diversitatis ratio ibi indicatur quòd licet non rectè minor interveniat, propter restitutionis beneficium, quod illi salvum, ignorare tamen potuerit alter ætatem alterius, non etiam sexum, & per eum competens beneficium Velleiani, per quod infringitur fidejussio: vel, si non ignoraverit ætatem, potuit tamen cogitasse, Prætorem non esse accommodaturum suum auxilium, quod non accommodat nisi causâ cognitâ. Et hoc ita, si simul intercedant, nam si primò intercesserit major, & deinde adsumptus sit minor, hujus restitutio facietin totum teneri majorem, quòd solus obligationem ab initio susceperit, quæ, restituto minore, redintegratur creditori. Cujac. *in Recit. C. De constit. pecunia & 10. Obser. c. 23.* qui in *d. §. 1.* pro *sponte* legit, *postea*: & rectè, cùm ita velit sensus loci istius, qui est. Si simul cum minore intercessero, & is restitutus fuerit, tum demùm mihi totum onus irrogandum, si primo loco intervenerim, & postea sit adsumptus & minor.

33 Non competunt autem hæc duo beneficia ipso jure, sed ope exceptionis, ut patet ex *§. si plures Inst. eod. & Auth. Præsente C. eod.* Quo modo si ante excussum principalem solverit fidejussor, non repetet à creditore tamquam indebitum, cùm ipse debeat; uti nec si omiserit exceptionem divisionis, contra alios fidejussores regressum habebit, *l. Cum alteri 11. C. h. t.* qua de re infrà latiùs.

34 Verùm dubitatur, Quando hæc beneficia sint opponenda? Quantum ad exceptionem divisionis, usque ad sententiam eam opponi posse traditum in *l. Fidejussor 10. C. h. t.* quòd videatur sapere naturam peremptoriarum, quæ usque ad sententiam opponuntur, non postea: nam in solidum conventus, antequam damnaretur, si non opposuerit actionis divisionem, sed in solidum se sit passus condemnari, cœpit judicati actione in solidum teneri creditori, quàm semel quæsitam iniquum est invito auferri per partis oblationem, *arg. l. fin. sup. De pactis, & l. Habere 57. in fine De evictionib.* Donel. *ad d. l. 10.* Nisi à sententia fuerit appellatum, cum per appellationem extinguatur judicatum, *l. 1. §. fin. inf. Ad S. C. Turpillian.* & reponatur res in statu, quo erat ante litem contestatam. Gomez. *2. Var. cap. 13. n. 15.* Cujac. *in Recit. C. De constituta pec. in fine.*

Quan-

35 Quantum ad exceptionem excussionis, videtur non nisi ante litem contestatam opponi posse, quod sit dilatoria, differens excussionem fidejussoris, donec excessus fuerit principalis, & quidem concernens judicium constituendum: est enim intentionis, quòd non rectè primò agatur in fidejussorem, & sic impediens litis ingressum, cùm sine actione nemo experiatur. Ita Faber *Cod. de except.* Gomez. *d loco n.* 14. Grivel. *decis.* 71. *nu* 8. Contrariam tamen tenet Suarez, in *tit. Fidejussor ordinis*, quam & Gail. 2. *Obs c.* 27. *n.* 3. putat humaniorem.

36 Si prædictis beneficiis fidejussor uti nequeat, propter renunciationem, vel nolit, habet tertium remedium, cedendarum scilicet sibi actionum, quarum exceptionem rectè objicit creditori agenti. Quæ ita justa est, ut, si cedere recuset creditor, ab actione repellatur, & decursi interea temporis usuras non debeat fidejussor, licet non obsignaverit debitum; etiam in casu, quo dies aut locus solutioni est dictus, cùm in solvendo non possit videri moram fecisse is, à quo propter justam exceptionem pecunia malè petitur, *l. Secundum* 21. *sup. De usur.* † Cedendæ sunt

37 actiones contra pignorum possessores, *l. Si mandato* 13. *h t. l.* 2. *l. Cùm alter* 11 & *l. Mandati* 14. *C. eod.* nisi & in aliam causam sint obligata, *d. l.* 2. quia cessio foret damnosa creditori. Cedendæ etiam contra alios, qui unà fidejusserunt, *l. Fidejussoribus* 17. *l. Cum is* 36. *h t.* idque ex æquo & bono, cùm fidejussori ea res prosit, creditori non noceat, *l.* 2. §. 5. *V. quamquam sup. De aqua pluvia.*

38 Ubi quæritur, An possit hæc cessio peti post solutionem? Quantum ad debitorem non est necessaria hæc cessio fidejussori, cùm illi sit consultum actione mandati, vel negotiorum gestorum, uti inferiùs dicetur. Potest tamen, si velit, dum solvit petere, per *Novel.* 4. §. 1 *in fine*, etiam contra invitum, cùm omninò debeat suscipere actionem debitor, *l. Aliquando* 13. *in fine sup. Ad S. C. Velleian.* eamque tenetur cedere creditor, *l.* 2. *C. h. t.* ita postulante æquitate. Post solutionem non videtur cessio tenere, cùm nulla supersit actio, quæ cedatur, *l Modestinus* 76. *inf. De solutionib.* utpote debitore jam liberato, ut extinctæ sint & accessiones, *l In omnibus* 43 *inf. eod. tit.* Quia tamen tamquam fidejussor solvit suo nomine, ex ratione mandati, ipso jure non liberat reum, ut videatur postea petere posse contra eum sibi cedi actiones, *l. Papinianus* 28. *sup. Mandati.* Non obstat *d. l.* 67. quia loquitur de pluribus tutoribus, quorum unus solvendo liberat reliquos, uti jam dicetur

39 Quantum ad pignorum possessores, & alios fidejussores, frustra contra eos petitur actionum cessio post solutionem; nam, numerato eo, quod debetur, habetur extincta obligatio principalis, quoad ipsum creditorem, ut fidejussio aliorum tamquam accessoria cesset, qui semel liberati inviti in obligationem reduci nequeunt. Quo modo in *d. l.* 76. dicitur nihil agi cedendo post solutionem, propterea quòd nulla supersit actio: quæ si aliqua superesset, vel foret mandati, de quo non patet, vel negotiorum gestorum, quæ esse non potest, quod non tam alienum, quàm proprium negotium sit gestum, cùm, uti dictum suprà, ipse fidejussor de jure in solidum sit obligatus. Nec obstat, quòd per solutionem unius contigerit & aliorum liberatio; hoc enim non quia id actum, ex officio gestionis, sed per consequentiam tantum, ex natura actus, ut non veniat considerandum, Gl. *ad l. Ex facto* 20. *V. qua actione sup. De neg. gestis.* Nisi tamen initio solutionis convenerit de cedendis actionibus, quia ista conventio facit non tam esse peremptas actiones per solutionem, quàm venditas, *d. l.* 76.

40 In mandatore, qualis est, qui mandat credi, aliud juris est, quòd scilicet & post solutionem possit petere sibi cedi actiones, ex eo, quòd non sit liberatus ejus solutione, ipse principalis *l. Si quid* 31. *in pr. sup. De hered. petit.* cùm solverit proprio nomine, ex causa sui mandati, non etiam nomine debitoris, *d. l.* 28. Imò necessaria huic est cessio, cùm ex propria persona nullam habeat actionem contra debitorem, atque ita in damno moraretur, si per cessionem ei non subveniretur. Donellus ad *l Cum alter* 11. *n.* 6. *C. h. t.*

41 Alia quæstio est, Quatenus creditor teneatur præstare actionem contra alios fidejussores, an in solidum, an verè pro rata? Loquuntur leges indistinctè: ut eatenus sint cedendæ actiones, quatenus sunt apud creditorem, *d. l.* 76. ut videatur fidejussor, cui sunt cessæ, in solidum alios convenire posse. Verùm non fert juris & æquitatis ratio, ut quis ejus portionis, pro qua ipsemet propriâ obligatione obstrictus fuerat, cessionem impetret, atque quod ipsemet liberaturus solvit, ab alio repetat qui est in pari causa. Est enim pro regula traditum, ejus, quod quis proprium debitum agnoscendo solvit, actionem adversus alium cedendam non esse, Bart. *ad d. l.* 76. *n.* 9.

42 Potest autem ista actionum cessio peti etiam ab eo,

ab eo, qui renuntiavit beneficio divisionis, nam ea renuntiatio tantùm spectat commodum creditoris, ut non cogatur dividere actiones, non etiam ipsos fidejussores inter se, Pistorius *1. p. qu. juris c. 48. n. 6. & 8.*

Actionibus cessis, & solutione factâ, habet fi-43 dejussor actionem mandati contra debitorem, si pro mandante vel præsente fidejusserit, *l. 6. C. Mandati*; vel negotiorum gestorum, si pro absente, vel ignorante, *l. 1. & 2. sup. De neg. gest.* contra eos, qui fidejusserunt, pro rata, & pignorum possessores, *l. 2. 11. 14. C h. t.* ad consequendum debitum, & omne damnum, ne officium suum ei sit damnosum, *c. 2. ꝁ eod.* Nisi pro invito fidejusserit, quia videtur donasse, *l. fin. C. De negot. gest.* vel ipsi imputari possit, quòd exceptione non sit usus contra creditores, *l. Si pro ea 10. sup. Mandati.*

Ante solutionem fidejussori non est actio, 44 quod necdum mandatū peregerit, aut negotium gesserit: nisi tamen vel jam sit condemnatus, quia sententia habet paratam executionem *l. Post rem. 56. sup. De re judic.* vel ipse reus ad inopiam vergat, bona sua dilapidando, quia æquum est, sibi provideat fidejussor, vel solutionem diu protrahat *cap. fin. ꝁ h. t.* Quando autem diu protrahere sit dicendus solutionem, est in arbitrio judicis, uti tradit Menoch. *2. Arbitrar. quæst. casu 41.* Adde, si conventum fuerit inter reum & fidejussorem, quòd etiam ante solutionem possit fidejussor conveniri.

Hæc de fidejussione & ejus effectu. Quem 45 contingit omni eo casu cessare, quo principalis cessat, veluti per solutionem, acceptilationem, pactum de non petendo, & aliam exceptionem realem, aliamque satisfactionem, præscriptionem, *l. Si quis 37. h. t.* per litteras etiam dilatorias à Principe impetratas, de quibus *l. 4. C. De precib. Imp. offeren.* ex sententia & rationi & juris textibus magis respondente, de qua sup. *tit. De exceptionib* Est enim fidejussio accessoria, ut, quatenus diminuitur principale debitum, censeatur diminuta.

Idem operatur novatio, per quam extingui-46 tur obligatio prior, & nova ponitur, pro qua non est interventum; quatenus tamen novatio subsit *l. fin. Cod. De novat.* cùm non tam voluerint contrahentes priorem obligationem extinguere, quàm in aliam transfundere, quam proinde subesse, est necesse ad extinguendam priorem obligationem. Et in genere non extenditur fidejussio ad aliud, quàm de quo convenit: quo modo qui coram uno judice promisit judicatum solvi, non tenetur, si coram alio agatur, *l. 3. inf. Judicatum solvi*, quod & traditur *l. Cum quærebatur 13. in fine d. t.* & *l. Non ab Judice 64. sup. De judic.* subjunctâ ratione, quod de alia re cautum videatur. † Extinguitur etiam confusione, sive 47 debitor succedat creditori, sive contrà, *l. Si duo 93. inf. De solut.* cùm pro eodem apud eumdem non intercedatur. Nisi sit factum inventarium, per quod omnia jura hæredi sunt integra perinde ac si non adivisset hæreditatem, *l. fin. C. De jure deliber.* Idem erit, si fidejussor extiterit hæres debitori, *l. 5. h. t.* qui tunc tantùm tenebitur ut hæres, vel ut reus. † Cessione debitoris non liberari 48 fidejussorem certum est, cùm per eam non extinguatur principalis obligatio, sed tantum concedatur competentiæ beneficium, quod est personale, & competere fidejussori nequit, qui in eum casum acceptus, quo contingeret principalem non esse solvendo. † Confiscatio bonorum 49 debitoris minimè fidejussorem liberat, durat enim principale debitum per fiscum, qui in bona rei successit, reptæ sentatum, ut & duret accessoria obligatio, prius tamen excutiendus fiscus, *l. 1. C. h. t.* ubi Donel.

Q. An prorogatione temporis per reum libe-50 retur fidejussor? Non potest teneri ultra tempus, quod adjectum, restringendæ & limitandæ fidejussionis causâ, veluti ad triennium conductionis; neq; enim iterata conductio aut ultra triennium protracta faciet fidejussorem teneri, *l. 7. C. Locati*, quia factum debitoris noceret fidejussori, contra juris æquitatem; nisi hic de novo consenserit, *l. Item quæritur 13. §. qui impleto 11. sup. Locati*, ubi pignora quidem manent, data ab ipso reconducente, non etiam à tertio, nisi ipse consenserit. Aliter se res habet, si tempus limitandæ fidejussionis causâ non sit adjectum, sed simpliciter quis fidejusserit pro Titio in centum, tunc enim prorogatio solutionis non facit finiri obligationem fidejussoriam Nam cum purè pro debito intervenerit fidejussor, quod certo die solvendum, in omnem eventum non factæ solutionis manet obligat⁹, cùm ideo sit acceptus, ut creditori esset cautum; aliàs daretur occasio per prorogatam solutionem fraudandi creditorem suâ securitate, Alex. in *l. Si unus 27. in pr. n. 8. sup. De pactis*, Mynf. *Cent. 6. Obs. 53.* Gail. *2. Obs c. 30. n. 11.* Gomez. *2. Var. c. 13. n. 21.* Thessaur *Decis. 125.*

Quid si contingat creditorem morari in ex-51 cutiendo debitorem, qui interim factus non solvendo? Si mora imputari possit creditori, eidem nocebit, non etiam fidejussori, cùm ille imputare sibi debeat, quòd, cùm potuerit tempori non ex-

cusse-

eufferit reum, ne in damnum alicujus tacuerit, *l. Fidejussores 41. h. t.* ubi Cujac. 13. *Respons. Modestin.* Gomez. 2. *Var. c 13. n. 9*. Si creditori mora imputari nequeat, nihil inde subsidii erit fidejussori.

52 De compensatione principali competente, ex debito etiam naturali tantum, an & eâ utatur fidejussor, quæri posset? Et primâ facie videri possit, non posse eâ uti, ex eo, quòd compensans agere videatur, ad agendum autem sit opus mandato, quo caret fidejussor. Dicendum tamen, posse fidejussorem compensationem ex parte principalis objicere creditori, cum possit solvere creditori ex substantia principalis, *l. 8. §. si ignorantes sup. Mand.* Solvere autem & compensare paria sunt. Facit in hanc partem *l. 4. 5. De compensat.* quæ id ipsum satis indicant; & vult ratio, cùm non intersit creditoris, à quo debitum accipiat & quomodo, solvendo, an compensando.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 46. ff. tit. 1. de Fidejussoribus & Mandatoribus.

AN liceat fidejubere; vid. *Bacc. ad Treut. vol. 2. disp. 28. th. 1. lit. a. Mol. tract. de usur. n. 253.* Schütz. *disp. 15. ad Instit. th. 3.*

Ad n. V. Imò interdum, si dignitas accusati vel aliæ circumstantiæ id suadent, etiam tum accipitur fidejussor, cùm ex delicto qualificatè probato, infligenda veniret pœna corporalis; Sed interim certum est, quod toties, quoties, in criminalibus fidejussores accipiuntur, summa certa pecuniæ, loco pœnæ ipsis nominatur, welche sie zuerlegen sich verpflichten müssen / da sie den Beklagten nicht stellen, nec liberantur ab hac obligatione, antequam vel sententiam passus est Reus, vel id solutum, quod in cautione fidejussoria continetur, *Ioh. Andr. ad Spec. tit de Accus. §. sequitur. verb. exceptio vers. formabat, Afflict. decis. 130. Dan. Mol. lib. 2. semest. c. 2. n. 1.* ubi hinc rectè concludit, si fidejussores reum semel sistant, & is effracto carcere aufugiat, quod iterum sistere cum teneantur, etsi primò sistentes potestati sint, se amplius pro eo teneri nolle *vid. etiam* Bocr. *dec. 315.* Thessaur. *dec 202. per tot.* ubi diligenter & accuratè illa quæ huc pertinent pertractat. Quibus adde quæ habet hic *Auth. infr de Citat. reor. n. 11.*

Ad *n.* XV. Fidejussor mutuam pecuniam, sub illicitis usuris accipiens, eamq; creditori solvens, an illas usuras à debitore repetere possit, & an ad illas consequendas, executio illi contra debitorem concedenda sit? *vid. Dan. Moll. lib. 2. sem. c. 40. Berl, part. 2. conc. 38. n. 27, 28 Carpt. part. 2. const. 30. def. 16.*

Ad *n* XIX. Regula illa, *Auth. pr. C h t principali non excusso, fidejussorem conveniri non posse* eleganter esse latè per ampliationes & limitationes explicatur *à Schrod. in Miscell. c. 5. per tot. Vigel. in M. l. R. lit. 5. c 4. Reg. 5. Exc. 24. Berlich. part. 2. concl. 22. 13. & 14.*

Ad *n.* XXIV. An sit differentia inter fidejussorem indemnitatis (Schadloßbürgen) & inter fidejussorem succedaneum. (Rückbürgen) *vid. Besold. in thes. pract. verb.* Rückbürg. *& verb.* Schadloßbürg. *Gail 2. obs. 27. n 13 23.*

Ad *n.* XLV. Ejus patris nomine, quæ ipsum fidejussorem solventem contingit, actio ei cedenda non est, *sec. Hartm. Pistor. lib. 1. quæst. 48. n 4. & seq. Matth. Coler. de process. execution. part 2. c 2. n. 19. Anton. Hering. de fidei c. 27 part. 3. n. 28. & seqq. Carpt. Iurispr. forens part. 2 c. 17. def 18. per tot. Arum. disp. 23. ad Pandect. thes. 4.*

TITVLVS II.

De novationibus & delegationibus.

SVMMARIVM.

1. *Novatio quid?*
2. *Novatur & obligatio naturalis tantùm.*
3. *Novatio quo modo fiat.*
4. *Novatur obligatio & in diem & conditionalis.*
5. *Novare qui possint, vel non.*
6. *Novatio alia voluntaria, alia necessaria.*
7. *In judicio quasi contrahi qualiter dicatur.*
8. *Novatio inducitur per judicatum, non per litis contestationem.*
9. *Novatio voluntaria requirit stipulationem.*
10. *Et animum novandi.*
11. *Animus ille hodie exprimendus à partibus.*
12. *An per pœnam subjunctam inducatur novatio.*
13. *Effectus novationis.*
14. *Delegatio quid, & quomodo fiat.*
15. *Quid legent: Non delegatur invitus.*
16. *Delegatio an expressim fieri debeat.*
17. *Effectus delegationis.*
18. *Exceptio, quæ poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui est delegatus.*
19. *Quod & in exceptione S.C. Mac. locum habet.*
20. *Fallit in muliere, quam delegatam tuetur S.C. Velleianum.*

à quo petat *l. 2. C. h. t.* possit petere ab altero, qui non impedivit, qui propter factum alterius damnabitur ad rei præstationem, vel æstimationem citra injuriam, cùm conveniatur ad id, ad quod se obligavit, licet præstare nequeat, propter factum alterius, adversus quem illi est regressus. Atque ita accepta *l. pen. h. t.* non pugnabit cum *d. §. penult.* Barbosa *ad l. Si constante 21. in pr. nu. 114. sup. Soluto matrim.*

13 Dubitatum & illud, An solutio uni creditorum facta, sit cum altero communicanda? Quod negandum, cùm cuilibet in solidum debeatur, ut non possit videri res communis accepta, sed sua & præoccupantis conditio sit melior. Eadem ratione, si unus reorum debendi solverit solidum, à correo nihil repetet, cum desit illi actio: quæ si qua esset, vel foret mandati, de quo non patet, vel negotiorum gestorum, quæ competere nequit, quòd non tam alienum, quàm proprium negotium gesserit correus solvendo, utpote ipse in solidum obligatus. Nisi tamen sint socii, *l. 3. Cod. hoc tit.* tunc enim ut commodum est commune, ita & onus; neque enim jus patitur, rem communem uni tantùm oneri esse.

TITVLVS III.

De stipulatione servorum.

SVMMARIVM.

1. *Servi ex persona dominorum stipulantur.*
2. *Fallit quoad res, quæ sine persona esse non possunt ut usufructus.*
3. *Item si factum stipuletur servus.*

1 Stipulationis, cùm actus sit civilis, exercitium ad servos non pertinet, qui non sunt capaces jurium civitatis; ex persona tamen dominorum & stipulantur, & iis quærunt, quasi illorum instrumenta: & hoc sive impersonaliter stipulentur dari, fieri, sive sibi, sive domino aut conservo; *l. 1. h. t.* Quod & obtinet in servo alieno, aut libero homine bonâ fide serviente, & fructuario, quatenus operas ejus aut rem nostram concernit, *d. l. 1. §. 1. l. Liber 20. l. Jussu 31 h. t.* Servus communis utriq; domino pro rata quærit, nisi uni nominatim stipuletur aut ex re unius, *l. 5 h. t.* Servus universitatis eidem quærit, *l. 3. h. t.* hæreditarius hæreditati jacenti, quæ dominum repræsentat, *l. Si servus 25. h. t.* Servus capti ab hostibus, quod stipulatus, cedit domino, jure postliminii reverso *d. l. 25.* aliàs hæredi. Et hoc, si simpliciter stipulatus fuerit, nam si ipsi domino, nihil egit stipulando, si dominus apud hostes decesserit, quia alii stipulatus videtur, *l. Si servus 18. §. 2. h. t.*

2 Quod dictum, per servum domino quæri, exceptionem patitur, Primò, in rebus, quæ sine persona esse non possunt, ut in usufructus, quem servus hæreditarius inutiliter stipulatur, quamvis ei rectè legetur, *l. Vsusfructus 26. h. t.* Ratio differentiæ in eo ponitur, quòd stipulationes judicentur secundum tempus præsens, nec suspensionem admittant, quam legata non refugiunt, *l. fin. sup. Commune divid.* † Secundò, si factum

3 in obligationem sit deductum per servum veluti ire, agere sibi licere; hoc enim per servum explicandum, qui ejus est capax, non per dominum, idque ne ampliùs quàm stipulatione est comprehensum, petatur, *Inst. h. t.* Jus tamen obligationis in persona domini consistit, cui stipulatio committitur, servo impedito ire, agere.

FINIS LIBRI XLV.

HENRICI ZOESII I.C.
IN LIBRVM XLVI.
DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITVLVS I.

De Fidejussoribus & Mandatoribus.

SVMMARIVM.

1. *Fidejussio quid, & quomodo fiat.*
2. *Differt à constituto: item fidejussor ab expromissore, correo, mandatore.*

3. Fi-

PRincipales obligationes in creditoris securitatem cautionibus solent firmari, præcipuè interventu rei, uti pignoris, aut personæ, veluti fidejussoris. Cujus usus licet ad alios etiam contractus pertineat, *l. 1. h. t.* de eo tamen hic rectè subjungitur, quòd fidejussio soleat constitui stipulationibus.† Est enim species obligationis verborum, quâ quis ad creditoris interrogationem, quod alius debet, soluturum se promittit, salvo manente principali debito. Ut fide ussor sit is, qui alienam obligationem suscipit, & fide suâ esse jubet. Dico, stipulationibus; inspecto jure Quiritium, nam hodie ut pactis nudis est sua firmitas, ita & fidejussioni nudo pacto adhibitæ erit sua vis.† Excluditur constitutum, quia fit nudo pacto, ab ipso etiam qui debet. Expromissor excluditur, quia alienum debitum ipse suscipit alium liberando, *l. qui liberrimus in fine sup. De operis libert.* Correus, quia non accedit alieni obligationi, sed se principaliter obligat. Non pertinet huc mandatum, quia & hoc nudo pacto initur; est tamen affine fidejussioni, quæ mandatum in se continet, & hæc Rubrica loquitur de fidejussoribus & mandatoribus. Inter quos tamen est differentia, cùm non tantùm præsens, verùm & absens mandet, quia solo consensu mandatum contrahitur; fidejubeat autem nemo nisi præsens, quia verbis opus, saltem de jure scripto, ut dixi, Unde fidejussor videtur olim dictus Præs, quia præsens & auctor credendi.

1

2

Cautionem hanc præstant, qui se obligare possunt; quo modo non est habilis pupillus, furiosus, aut

3

aut similis. Minor curatorem habens fidejubere posse rectè dicitur, cùm persona ejus sit libera, licet dispositio rerum sit penes curatorem, *l. Puberes 101. inf. De V. O. ubi* Cujac. Servus non nisi ex causa peculiari fidejubendo obligatur, *l. Servus 19. h. tit.* eatenus enim facit deteriorem domini conditionem. Mulieri post intercessionem salvum est beneficium S.C. Velleiani per quod intercessio fit inutilis, ut traditur suprà, *Ad S.C. Velleian.* Militum fidejussio non tenet, ne à militia avocentur, *l. Milites Cod. De locato.* Mutus ut stipulari nequit, ita nec fidejussionem contrahit, quæ requirit verborum interventum.

4 An filius pro patre rectè interveniat quæri posset? Quod dicendum est per *l. 8. Cod. h. tit & l. 1. C. De filiofam. minore*, ubi non aliàs ei subvenitur, quàm si minor fuerit Facit, quod pro extraneo intervenire possit. Nec obstat, quòd non possit à patre suum consequi, cùm non sit actio inter patrem & filium, quia ea res non facit, quò minùs fidejussio ej[9] teneat, *arg. l. Marcell. 25. h. t.*

5 Apponitur fidejussio omni obligationi, etiam criminali, quatenus civiliter agitur; nam ad corporalem pœnam nemo pro alio se rectè obligat cùm non sit membrorum suorum dominus, *l. Si quis 56. in fine h. t. l. Liber. 13. Ad L. Aquil.* Excipitur dos, quæ non fert fidejussorem, *Cod. Ne fidejuss. dot. dentur*, stante scilicet matrimonio. Ratio ej[9] redditur, quòd cùm credendam se suamq; dotem mariti fidei mulier existimaverit, nullum bonum sit, fidejussorem vel aliam intercessionem exigere, ut causa perfidiæ in connubio generetur.

6 Necessarium autem est aliquam præcedere obligationem, cui applicetur fidejussio, cùm sit accessoria, ut stare nequeat sine principali. Civilis ea sit, an naturalis tantùm, non refert, cùm & hæc obligationem ponat. Quo modo pro pupillo, qui tenetur naturaliter, fidejubens, non tantùm naturaliter, sed & civiliter obligatur, ita ut ne quidem exceptionem pupillo competentem habeat, *l. 7. sup. De except.* Ut enim solutio facta secundùm naturalem obligationem non condicitur, ita nec fidejussionis retardatur effectus, cum sit quædam solutio, aut ejus securitas, quæ eò tendit, ut quod uni personæ deest, per alterum suppleatur, *l. 1. Cod. De fidejuss. min.* Idem in servo juris, qui cùm naturaliter obligetur, potest quis pro eo intercedere, etiam apud dominum, *l. Si à reo 70. §. adeo h. t.* non è contrà. Pro domino apud servum non rectè quis intercedit, quia pro eodem apud eumdem quis intercedere ret, cùm servo quæsita obligatio domino cedat.

7 Non est itaque sine principali fidejussio, nec illud egreditur, quia contingeret esse accidens sine subjecto, & plus esse in accessorio, quàm est in principali, *§. fidejussores Inst. eod.* Quò facit *l. Græcè 8. §. illud h. t.* ubi in duriorem causam non potest obligari fidejussor; veluti si pro obligato in Stichum quis fidejusserit in Stichum aut decem: futurum enim, ut Sticho mortuo teneatur ad decem, quæ non sunt in principali obligatione, *d. l. 8. §. si quis Stichum*, ultra quam non tenetur fidejussor, *l. Si ultra 22. C. h. t.* Quo modo & ad interesse non tenebitur fidejussor, nisi & principalis teneatur, & hoc sit actum. In leviorem causam quin obligetur non est controversum: quo modo fidejubens in decem pro obligato purè rectè obligatur sub conditione, *d. §. illud.*

8 Controversum admodum est, An fidejussio excedens principalem quantitatem teneat pro summa concurrente, veluti si quis pro obligato in decem fidejusserit in viginti? Sunt qui negativam amplectantur, I. Per *d. l. 8. §. illud*, ubi qui pro aliis obligantur, si in duriorem causam adhibeantur, uti in proposito casu, dicuntur omnino non obligari, id est, nullatenus & nullo modo, cum negativa postposita signo universali, æquipolleat suæ contrariæ propositioni, ut videre est ex variis Juris locis, in *l. Legitimos §. an ergo sup. De legit. tutorib.* in verbis, *Si omnes satis non dederint*, id est nulli, & in *l. fin. C. De bonis libertor.* in verbis, *omnes non ignorant.* id est nulli, II. Per textum in *§. fidejussores Institut. eod.* qui habet, fidejussores ita obligari non posse, ut plus debeat quàm reus, subjunctâ ratione, quòd plus esse nequeat in accessione, quàm est in re principali. III. Quòd istis locis promittens majorem summam conjungatur cum eo, qui pro obligato sub conditione obligat se purè: hunc autem nullatenus obligari certum est, ut de illo idem sit dicendum, ne notetur temeritatis auctor conjungens dissimilia. IV. Quòd erratum sit in forma, cujus vitium facit rem non subesse. Ita Glossa *Inst. h. t.* Bart. *in d. §. illud*, Connanus *6. Com c. 6. n. 8.* Hippol. de Marsiliis *De fidejussorib. n. 291.*

9 Communior tamen & verior est affirmantium sententia. Pro qua facit communis & vulgata regula, utile per inutile non vitiari in his, quæ divisionem admittunt: & textus in *l. 1. §. si stipulanti sup. De verb. oblig.* ubi diversitas quantitatis responsionis non impedit, quò minus pro concurrenti quantitate sit contracta stipulatio; subjunctâ ratione, quòd summa minor insit majori, ut majorem promittens censeatur & promisisse minorem petitam. Unde & constituens in plusquam debetur,

debetur, obligatur pro concurrente quantitate, *l. Hactenus* §.1. *sup. De const. pec.* & stipulatio supra modum legitimarum usurarum vires habet, detracto superfluo, *l. Pecunia sup. De usur.* Ut idem hac in materia sit statuendum, cum non detur commoda ratio disparitatis. Et videtur hoc velle textus in *l. Si à reo 70. hoc tit.* ubi qui pro reo obligato sub conditione, spopondit sub eadem conditione; & sub alia aut alternativè, videtur quidem non teneri, quasi in plus obligatus, respondetur tamen ibi, magis esse, ut teneatur, si conditio communis prius evenerit. Pro ea parte videtur facere textus expressus in *l. Rogatus 33. sup. Mandati*, ubi qui in majorem summam, quàm rogatus erat, fidejussit, hactenus mandati actionem habere dicitur, quatenus rogatus esset, quia id fecisset, quod mandatum ei est, quia usque ad eam summam, quam rogatus erat, fidem ejus spectasse videtur, qui rogavit; qui textus clarior videtur, quàm ut in dubium sit revocandus.

Nihil obstat *d.* §. *illud*, cui aptantur variæ solutiones. Nam secundum aliquos verba, *omninò non*, transponenda videntur, & legendo, *non omninò*, ut vult Haloander, ut ista oratio æquivaleat suæ contradictoriæ, non etiam contrariæ, Verùm obstat constans lectio, & vulgaris & Florentina, quæ habet, *omninò non*, ut ab ea non sit

10 recedendum. † Deinde non est opus mutare lectionem, ut oratio ista æquivaleat suæ contradictoriæ, cùm non semper sit verum, quod negatio præposita signo universali æquivaleat suæ contradictoriæ, cùm & inveniatur æquivalere suæ contrariæ, veluti, *Non omnia possumus omnes*, id est nulli; *Non omnis fert omnia tellus*, non etiam quædam, quasi quædam omnia ferret, quod est absurdum: & contrà non semper negatio postposita signo universali æquivalet suæ contrariæ, nam & interdum suæ contradictoriæ, ut tradit Alciatus 5. *Parer. c. 17.* Exemplum est in *l. Si servus in fine, sup. Si quis cautionib. &c.* quia verum sit *omnes statos non esse*, id est, non omnes, quia aliqui staruerant: & in *l. De pupillo* §. *si plurium 6. sup. De novi oper. nuntiat. ibi, omnibus non sufficere*, id est, non omnibus, quia aliquibus sufficiebat. Ut non possit vis poni in præposita aut postposita negatione, sed ea res veniat metienda secundùm materiam subjectam, & mentem legis, quæ hac in materia talis est, ut non sit omninò fidejussio nulla in casu proposito, sed valida pro parte concurrente, sive intra metas principalis obligationis subsistat. Ultra hanc solutionem dici potest, in *d.* §. *illud*, tantùm agi de fidejussore in duriorem causam assumpto, in qua non potest fieri separatio, secundùm exemplum ibidem subjunctum, quando quis fidejussit purè pro obligato sub conditione; neque enim obligatio pura inest conditionali, secundùm dicta *sup. De verbor. oblig.* Ut meritò dicatur durior conditio fidejussoris, de qua & accipienda *l. 16.* §. 1. *l. 34. 38. 42. & similes h. t.* non etiam in casu, quo in summam majorem se obligavit, quia summa divisionem admittit, secundum dicta *sup. d. tit. De V. O.*

Unde patet solutio ad secundum; cùm non obligetur in plus fidejussor, quàm ipse reus, cùm excessus habeatur pro non adjecto.

Non obstat tertium; neq; enim necesse est, ut duo determinabilia semper determinentur æqualiter, cùm satis sit in aliquo conveniant, uti hîc in eo, quia non valet in solidum, uti concepta.

11 Non obstat quartum; cum nullum contineat vitium in forma, quam ponit stipulatio, quæ fuit adhibita, sed tantum circa excessum materiæ; in plus intercedendo, qui non facit viriari totam fidejussionem, sed tantum quoad excessum; ad modum donationis quæ ultra summam non insinuata non habet vitium, nisi in materia excessa, ne utile per inutile vitietur. Et hanc posteriorem sententiam, quæ benignior est, & de jure verior, tenet Azo *in Summa C. h. t. n. 7.* quem sequitur Alciat. *d. loco*, & pleríque alii.

12 Alia hîc movetur quæstio, An juramentum additum faciat fidejussorem teneri ultrà, quàm tenetur principalis? Quod posset videri, quia juramentum servandum est, quatenus servari potest, sine detrimento animæ jurantis, uti hoc in casu, cum cuilibet sit liberum arbitrium rerum suarum. Dicendum tamen, non obstante juramento, fidejussorem non teneri ultra debitum principale, ex eo, quòd juramentum sequatur naturam actus, cui apponitur, minimè autem muret aut alteret, *l. fin. C. De non num pecun.* Covar. *De pactis p. 1.* §. 4. *n. 1.* Si tamen summam excedentem sciens, quis se daturum juraverit, tenebitur ad totius exsolutionem, non ut fidejussor, sed ut principalis, quoad excessum, nam operatur juramentum enixæ voluntatis argumentum, *l. Cum pater 77.* §. *filius De leg. 2.* Bart. *ad l. Si quis 36. h. t.* Hippol. *De fidejuss. n. 291.*

13 Ut autem in plus non obligetur fidejussor, quàm principalis, arctiùs tamen obligari eum nihil implicat, cum fidejussor obligari possit pro eo, qui tantum naturaliter tenetur, & contra quem excussus non habet mandati actionem, *l. Marcellus 25. h. t.* Potest & fidejussor obligari

sub poena, quam non promisit principalis, quæ tendit ad efficaciam obligationis, ratione moræ ipsius fidejussoris, Gl. in l. *Sicut* 95. *h.t.* Ex mora principalis teneri non potest, nisi & ipse principalis ad eam teneatur, quia durior ejus causa foret, Bart. in *l. Hi qui* 34. *n.* 12. *h.t.* Similiter & potest fidejussor se obligare sub hypotheca aut pignore, ipso principali non obligato nisi personaliter, quòd non tam in plus obligetur quàm efficaciùs, cùm non crescat summa debiti. Faber *Inst. h.t.* §. *fidejussores*; nam si aliquo modo cresceret, non teneretur, ut in *d. l.* 8. §. *Idem Iulianus h.t.* ubi si is, qui hominem aut decem stipulatus, ita fidejussorem acceperit, hominem aut decem, utrùm ego velim, non obligat eum, quod durior ejus sit conditio propter electionem principali competentem, sublatam fidejussori.

14 Itaq; fidejussio dirigenda venit secundum terminos principalis, quia accessoria, ut non extendat se ultra quàm fuit in principali tempore interpositæ fidejussionis; ut ei nihil nociturum sit, si postea, facto principalis, creverit obligatio, *l. fin. h.t.*

15 Ubi quæsitum, An fidejussor possit conveniri ad usuras ex causa moræ principalis. Quæ quidem quæstio non patitur magnam controversiam quoad contractus stricti juris, quibus accessit fidejussio; nam receptum communiùs, non teneri ex mora principalis, quòd in iis non veniant usuræ nisi in stipulationem deductæ, *l.* 3 C. *De usur.* Quò facit textus in *l. Cùm quis* 22. *sup. De oblig. & act.* ubi fidejussor non tenetur ad aliam æstimationem, quàm quæ fuit tempore fidejussionis; nec debet illi imputari factum principalis, cùm alii per alium non inferatur pejor conditio. Facit *l. Fidejussor.* 10. *C. h.t.* ubi in usuras obligatus, non rectè eas recusat, ut dicendus sit rectè recusare non obligatus. Quantum verò ad judicia bonæ fidei, sunt qui putant, si non vi obligationis, saltem judicis officio teneri fidejussorem ad usuras, ratione moræ principalis, ex eo, quòd fidejussor teneatur in id, ad quod principalis tenetur, tenetur autem ex mora ad usuras. In quam partem adducunt *l. Quæro* 54. *sup. Locati l.* 10. *inf. Rem pupilli salvam fore,* & *l.* 1. §. *bellissimè sup. Vt legator. nomine.* Probant & per *d. l.* 56 §. *si nummos*, & per *l. Mora* 88. *sup. De V. O.* In quibus locis etiam mora principalis nocet fidejussori.

16 Verùm, iis non obstantibus, rectiùs dicitur, ne quidem in bonæ fidei judiciis fidejussorem teneri ad usuras ex causa moræ principalis. Cujus ratio est, quòd non teneatur ad aliud, quàm quod fuit in principali obligatione, quæ non augetur ratione moræ commissæ, *l. Centum sup. De eo quod certo loco*, & *l. Fidejussores* 68. *h.t.* ubi fidejussor, qui nomine conductionis in sola centum se obligavit, non etiam in omnem conductionem, non tenetur ad usuras. Facit, quod aliàs contra mentem noceret fidejussori mora. Nihil obstat *d. l.* 54. quia ibi ita conventum esse patet ex ipso textu. Non obstat quoq; *d. l.* 10. quia ibi in omnem causam intervenit, quæ posset oriri ex judicio tutelæ, idq; in securitatem pupilli. Non etiam obest *d.* §. *bellissimè*, quia ex natura actus videtur se ibi obligasse fidejussor in omnem causam, qui aliàs non teneretur, *d. l.* 68. *h.t.* Ut neq; obstat *d.* §. *si nummos*, quia ibi verba, *in omnem causam*; non extenduntur ad usuras, aut moram, sed tantùm respiciunt principalem obligationem, ut satis ibi indicatur. Non obstat deniq; *d. l.* 88. quia in ea non agitur de usuris, sed de perpetuatione obligationis, quæ tenet fidejussorem, re interempta propter moram principalis, *l. Si à colono* 58. *in fine h.t.* Ita tenet Coras. 2. *Miscell. c.* 11. Donel. *ad l.* 10. *C. h.t.* Vult. *Instit. eod. n.* 4. & *seq.* Pac. *Cent.* 3. *q.* 32.

17 Est itaq; effectus fidejussionis, quod fidejussor obligetur, non tantum si post obligationem contractam accipiatur, aut etiam in ipso contractu, verùm & si ante; potest enim & præcedere principalem obligationem, §. *fidejuss. Instit. h.t.* non aliter atq; cautionem contingit dari ante numeratam pecuniam, *l. Qui pecuniam C. si cert. pet.* Non est tamen ejus obligationis ullus effectus ante principalem positam, ne, contrà quàm fert natura, accessorium sit sine principali. Sequitur ille effectus hæredē, §. *fidejus. Inst. eod.* nam ex contractu oritur,

18 Hunc effectum comitatur excussio, quæ olim etiam ante principalem fieri poterat, uti & hodie licitum creditori, utrum velit, primò fidejussorem aut debitorem impetere, *l.* 2. *C. h.t.* & ex pluribus fidejussoribus unum seligere, à quo solidum exigat, § *si plures Inst. eod.* Contra quem effectum duplex beneficium fidejussoribus indultum.

19 Prius est ordinis, sive excussionis, quo fidejussor hoc consequitur, quod conventus possit repellere agentem creditorem, donec excusserit principalem, *l.* 3 *C. h.t.* Si tamen iste sit præsens; nam si absit, non repelletur creditor à fidejussore, nisi hic promiserit sistere principalem ante certum tempus, *Auth. præsente C. h.t.* Non repelletur etiam creditor, si notorium sit, debitorem non esse solvendo, cùm quæ sunt certa, non sint amplius certioranda. Quod & obtinere volunt, si excussio principalis fuerit difficilis, fidejussoris autem facilis. Jason in *l. Si quis stipulatus sup. De V. O.* Non competit etiam

iam idem beneficium, si fidejussor ei renuntiaverit, cùm favori pro se introducto quivis renunciet, *l. pen. C. de pactis*. Quod omnino procedit, si specialiter renuntiavit. Vid Mynsing. *Cent. 2. Obs. 5.*

20 Quæstionis est, An generalis renuntiatio, quâ quis renuntiat juribus & beneficiis sibi competentibus, excludat fidejussorem ab hoc beneficio? Sunt, qui hoc velint, relati per Tiraq. ad *l. Si unquam pr. n. 117. & seqq. C. De rev. donat.* quòd generalis dispositio tantum operetur quoad omnia sub genere contenta, quantum specialis, & quod generalitas in qualibet specie indistinctè operetur. Præses in *loco à generalitate*, Jas. in *l. 1. §. quæsitum n. 54. sup. Si quis cautionib.* Contraria tamen sententia videtur verior, quòd renuntiatio sit stricti juris, ut, nisi de ea expressè disponatur, non veniat subintelligenda, *l. Emptor 47. §. Lucius sup. De pactis*, ne aliàt contra regulam juris quis suum donare vel jactare videatur, seque excludere à beneficio, de quo non cogitavit. Facit *l. 5. sup. De transact.* ubi dicitur interpretatio prudentium fugisse captiosam liberalitatem, qualis hoc casu foret, si generalibus istis verbis excluderetur quis à beneficio, de quo minimè cogitavit. Quam opinionem tutiorem & humaniorem vocat Tiraq. *d. loco n. 122.*

21 * Quam & limitat primò, nisi renuntians verbis utatur generalibus, quæ in effectu sint specialia, veluti se soluturum ante principalem, quæ nihil aliud sonant, quàm se non usurum beneficio ordinis. Secundò, quando aliqua beneficia sunt specialiter expressa, & deinde subjuncta clausula generalis, videtur enim de unoquoque specialiter actum, Hippol. *De fidejussorib. n. 28. Glos. in l. Sed & si quis §. quæsitum, V. specialiter sup. Si quis cautionib. &c.*

22 Q. An specialiter censeatur renuntiasse, qui se ut principalem obligavit? Si de animo novandi constet, cessabit hoc beneficium, cùm novationis effectus sit, dissolvere priorem obligationem, & novam constituere, ut dicetur infrà *De nov.* Si de animo non constiterit, probabile quidem est, renuntiatum esse huic beneficio, ne verba contrahentium nihil operentur, *l. Si Iures 89. sup. De V. O.* Probabilius tamen, isti verborum formulæ non subesse renuntiationem, quam specialem esse oportet, ad effectum dictæ exclusionis, *Auth. Hoc ita C. De duob. reis*, cùm dictis verbis tantùm contineatur generalis, per quam nemo jure suo cadit, uti dictum. Hippol. *d. loco n. 62.* Barbosa *ad l. Si filiofam. in p. n. 116. sup. Soluto matrim.* Gail. *2. Observ. 23. n. 2.* Facit, quòd dicta conventio respondeat dispositioni juris communis, quò conveniri poterat fidejussor ante principalem, ut rectè secundùm istam intelligatur, *l. 3. in fine C. h. t.* ubi si id, quod inest, exprimatur, non mutabit conditionem juris. Videantur citati à Thessauro *Decis. 166.*

23 * Multò minùs renuntiasse censebitur promittens se soluturum, cùm simpliciter prolata intelligantur secundùm naturam & conditionem actus celebrati, *arg. l. Quaro 54. §. inter sup. Locati.*

24 Fidejussor indemnitatis, qualis est, qui promittit solvere istud, quod creditor non potest à reo consequi, etsi omnibus beneficiis renuntiaverit, etiam specialiter, non poterit tamen excuti ante excussum principalem, quia tantùm promisit in subsidium, ut priùs sit excutiendus reus, quòd ante sciri nequeat, quantum ab eo non potuerit consequi creditor. Suarez *Comm. Op. V. Fidej. indemnit.*

25 Q. An censeatur renuntiasse, qui cum juramento fidejussit? Si simpliciter adjectum sit juramentum, non potest videri renuntiatum huic beneficio, quod, uti dictum suprà, juramentum sequatur naturam actus, cui apponitur, neq; extendatur ultra id, de quo agitur; agitur autem de munienda fidejussione, à quo diversa est renuntiatio beneficii. Non obstat *c. Ex rescripto ꝟ De jurejur.* in quo non aliàs conveniuntur fidejussores jurati, quàm si principales non satisfecerint. Nec facit, quod ibi mulier juratò intercedens jubeatur satisfacere, non attento S. C. Vellejan. beneficio; nam hoc ideò, quia specificè juravit solutionem, quam non citra perjurium recusaret, objiciendo Vellejanum: per ejus enim objectionem non posset esse salvum juramentum, per quod firmata fidejussio, & per hanc solutio, quam omninò enervaret objectio Velleiani, quæ in effectu liberaret mulierem à fidejussione, atq; ita contraveniret suo juramento, non sine periculo. Aliter se res habet in hoc beneficio, cujus objectione non tam recusatur solutio, aut infringitur fidejussionis effectus, quàm potiùs differtur. Vid. Gomez. *2. Variar. Resolut. c. 13. n. 14.* Gutierrez. *De jurament. confirm. c. 20. n. 2.* Gail. *2. Observat. c. 27.*

26 * Si juramento firmaverit renuntiationem fidejussor, verius est, eum non posse uti hoc beneficio, quòd juramentum habeat vim specialis renuntiationis, *l. Cum pater 77. §. filius matrem. De leg. 2.* & servandum sit, quatenus servari potest, sine detrimento animæ jurantis, aut tertii. Gail. *d. loco n. 22.*

27 Q. An competat ei, qui falsò negavit se fidejussorem? Non videtur, si arguatur dolus, *arg. l. Si dubitetur §. ita demum h. t.* ubi in pœnam menda-

mendacii non est locus huic beneficio, qualis & al is in casibus imponitur, uti in *l. fin. sup. De rei vindic.* & *in l. Sed hoc ita, §. 1. sup. De re judic. Auth. Item possessor. Cod. Qui potiores in pig. hab.* Thessaurus *Decis. 30.* Gomez. *d. n. 14. limit. 7.*

28 Alterum est beneficium divisionis, ex epistola divi Hadriani competens, quo hoc consequuntur plures pro uno fidejussores, quòd, licet in solidum singuli obligentur, non tamen nisi pro virili excutiantur, *§. si plures Instit. eod.* quatenus tamen omnes sunt solvendo tempore propositæ exceptionis. Neq; enim aliàs concessum hoc beneficium, quàm quatenus fieri potest, sine gravi creditoris detrimento; non est autem ita grave, à pluribus petere, qui sunt solvendo, grave verò foret tum actionem dividi, quando aliqui non sunt solvendo. Si contingat post divisam legitimè solutionem aliquos fieri non solvendo, hoc damno erit creditori, qui sibi imputet, quod tempestivè eos non excusserit, minimè autem tanget fidejussores alios, qui semel liberati non reducuntur inviti in obligationem, *l. Liberum 16. C. h. t.*

29 Competit hoc beneficium cuicumque fidejussori, simul cum altero intervenienti, nisi vel se malitiâ suâ eo privaverit, veluti falsò negando se fidejussisse, vel renuntiârit in specie, non etiam in genere, secundùm dicta. Non ideo hoc beneficio aliquos privari, quòd in solidum se obligaverint, expressum est *l. 3. C. h. t.* subjunctâ ratione, quòd Juris constitutio divisionem admittens, non mutetur tali conventione, à Jure non tam dissentiente, quàm eidem consentiente, quo in solidum obligatio unumquemque tenet; licet si omnes solvendo fuerint tempore divisionis, non nisi pro virili conveniantur cum effectu, secundùm quod dicta conventio rectè accipitur. Nec facit, quòd ita nihil sit operatura, contrà *l. Quoties 80. sup. De verb. oblig.* & *l. Si quando 109.*

30 *in pr. De leg. 1.* * ubi illa oratio sic accipi debet, ut aliquid partes videantur egisse: nam hoc ita interpretandum, modò sententia, quam accipi volumus, etiam verbis contineatur; imputandum enim creditori potiùs, quòd verba plenius non expresserit, *l. Labeo 22. sup. De contrah. empt* Donel. *ad l. 3. num. 7. C. h. t.*

31 Q. Utrum beneficium divisionis competat fidejubenti simul cum muliere? Negandum hoc est per *l. Titius 48. in pr. h. t.* ubi dicitur in solidum teneri, eo quòd mulier cum effectu non interveniat, ita ut tota obligatio resideat in persona conjuncta, quæ scire potuit, aut ignorare non debuit, mulieri succurri per Vellejanum, ut imputare sibi debeat, quòd unà cum muliere intervenerit.

32 Nec obstat *d. l. 48. §. 1.* ubi cum minore fidejubens non nisi pro virili tenetur, licet per restitutionem minori consuli possit, aut de facto consulatur. Diversitatis ratio ibi indicatur quòd licet non rectè minor interveniat, propter restitutionis beneficium, quod illi salvum, ignorare tamen potuerit alter ætatem alterius, non etiam sexum, & per eum competens beneficium Velleiani, per quod infringitur fidejussio: vel, si non ignoraverit ætatem, potuit tamen cogitasse, Prætorem non esse accommodaturum suum auxilium, quod non accommodat nisi causâ cognitâ. Et hoc ita, si simul intercedant, nam si primò intercesserit major, & deinde adsumptus sit minor, hujus restitutio faciet in totum teneri majorem, quòd solus obligationem ab initio susceperit, quæ, restituto minore, redintegratur creditori. Cujac. *in Recit. C. De constit. pecunia* & *10. Obser. c. 23.* qui in *d. §. 1.* pro *sponte* legit, *postea*: & rectè, cùm ita velit sensus loci istius, qui est. Si simul cum minore intercessero, & is restitutus fuerit, tum demùm mihi totum onus irrogandum, si primo loco intervenerim, & postea sit adsumptus & minor.

33 Non competunt autem hæc duo beneficia ipso jure, sed ope exceptionis, ut patet ex *§. si plures Inst. eod.* & *Auth. Præsente C. eod.* Quo modo si ante excussum principalem solverit fidejussor, non repetet à creditore tamquam indebitum, cùm ipse debeat; uti nec si omiserit exceptionem divisionis, contra alios fidejussores regressum habebit, *l. Cum alteri 11. C. h. t.* qua de re infrà latiùs.

34 Verùm dubitatur, Quando hæc beneficia sint opponenda? Quantum ad exceptionem divisionis, usque ad sententiam eam opponi posse traditum in *l. Fidejussor 10. C. h. t.* quòd videatur sapere naturam peremptoriarum, quæ usque ad sententiam opponuntur, non postea: nam in solidum conventus, antequam demnaretur, si non opposuerit actionis divisionem, sed in solidum se sit passus condemnari, cœpit judicati actione in solidum teneri creditori, quàm semel quæsitam iniquum est invito auferri per partis oblacionem, *arg. l. fin. sup. De pactis*, & *l. Habere 57. in fine De evictionib.* Donel. *ad d. l. 10.* Nisi à sententia fuerit appellatum, cum per appellationem extinguatur judicatum, *l. 1. §. fin. inf. Ad S. C. Turpillian.* & reponatur res in statu, quo erat ante litem contestatam. Gomez, 2. *Var. cap. 13. n. 15.* Cujac. *in Recit. C. De constituta pec. in fine.*

Quan-

35 Quantum ad exceptionem excussionis, videtur non nisi ante litem contestatam opponi posse, quod sit dilatoria, differens excussionem fidejussoris, donec excessus fuerit principalis, & quidem concernens judicium constituendum: est enim intentionis, quòd non rectè primò agatur in fidejussorem, & sic impediens litis ingressum, cùm sine actione nemo experiatur. Ita Faber *Cod. de except.* Gomez. *d loco n.* 14. Grivel. *decis.* 71. *nu* 8. Contrariam tamen tenet Suarez, in *tit. Fidejussor ordinis*, quam & Gail. 2. *Obs c.* 27. *n.* 3. putat humaniorem.

36 Si prædictis beneficiis fidejussor uti nequeat, propter renuntiationem, vel nolit, habet tertium remedium, cedendarum scilicet sibi actionum, quarum exceptionem rectè objicit creditori agenti. Quæ ita justa est, ut, si cedere recenset creditor, ab actione repellatur, & decursi interea temporis usuras non debeat fidejussor, licet non obsignaverit debitum; etiam in casu, quo dies aut locus solutioni est dictus, cùm in solvendo non possit videri moram fecisse is, à quo propter justam exceptionem pecunia malè petitur, *l. Sciendum* 21. *sup. De usur.* † Cedendæ sunt actiones contra pignorum possessores, *l. Si mandato* 13. *h t. l.* 2. *l. Cùm alter* 11 & *l. Mandati* 14. *C. eod.* nisi & in aliam causam sint obligata, *d. l.* 2. quia cessio foret damnosa creditori. Cedendæ etiam contra alios, qui unà fidejusserunt, *l. Fidejussoribus* 17. *l. Cum is* 36. *h t.* idque ex æquo & bono, cùm fidejussori ea res prosit, creditori non noceat, *l.* 2. §. 5. *V. quamquam sup. De aqua pluvia.*

37

38 Ubi quæritur, An possit hæc cessio peti post solutionem? Quantum ad debitorem non est necessaria hæc cessio fidejussori, cùm illi sit consultum actione mandati, vel negotiorum gestorum, uti inferiùs dicetur. Potest tamen, si velit, dum solvit petere, per *Novel.* 4. §. 1 *in fine*, etiam contra invitum, cùm omninò debeat suscipere actionem debitor, *l. Aliquando* 13. *in fine sup. Ad S. C. Velleian.* eamque tenetur cedere creditor, *l.* 2. *C. h. t.* ita postulante æquitate. Post solutionem non videtur cessio tenere, cùm nulla supersit actio, quæ cedatur, *l. Modestinus* 76. *inf. De solutionib.* utpote debitore jam liberato, ut extinctæ sint & accessiones, *l. In omnibus* 43 *inf. eod. tit.* Quia tamen tamquam fidejussor solvit suo nomine, ex ratione mandati, ipso jure non liberat reum, ut videatur postea petere posse contra eum sibi cedi actiones, *l. Papinianus* 28. *sup. Mandati.* Non obstat *d. l.* 67. quia loquitur de pluribus tutoribus, quorum unus solvendo liberat reliquos, uti jam dicetur

39 Quantum ad pignorum possessores, & alios fidejussores, frustra contra eos petitur actionum cessio post solutionem; nam, numerato eo, quod debetur, habetur extincta obligatio principalis, quoad ipsum creditorem, ut fidejussio aliorum tamquam accessoria cesset, qui semel liberati inviti in obligationem reduci nequeunt. Quo modo in *d. l.* 76. dicitur nihil agi cedendo post solutionem, propterea quòd nulla supersit actio: quæ si aliqua superesset, vel foret mandati, de quo non patet, vel negotiorum gestorum, quæ esse non potest, quod non tam alienum, quàm proprium negotium sit gestum, cùm, uti dictum suprà, ipse fidejussor de jure in solidum sit obligatus. Nec obstat, quòd per solutionem unius contigerit & aliorum liberatio; hoc enim non quia id actum, ex officio gestionis, sed per consequentiam tantum, ex natura actus, ut non veniat considerandum, Gl. *ad l. Ex facto* 20. *V. qua actione sup. De neg. gestis.* Nisi tamen initio solutionis convenerit de cedendis actionibus, quia ista conventio facit non tam esse peremptas actiones per solutionem, quàm venditas, *d. l.* 76.

40 In mandatore, qualis est, qui mandat credi, aliud juris est, quòd scilicet & post solutionem possit petere sibi cedi actiones, ex eo, quòd non sit liberatus ejus solutione, ipse principalis *l. Si quid* 31. *in pr. sup. De hered. petit.* cùm solverit proprio nomine, ex causa sui mandati, non etiam nomine debitoris, *d. l.* 28. Imò necessaria huic est cessio, cùm ex propria persona nullam habeat actionem contra debitorem, atque ita in damno moraretur, si per cessionem ei non subveniretur. Donellus ad *l Cum alter* 11. *n.* 6. *C. h. t.*

41 Alia quæstio est, Quatenus creditor teneatur præstare actionem contra alios fidejussores, an in solidum, an verò pro rata? Loquuntur leges indistinctè: ut eatenus sint cedendæ actiones, quatenus sunt apud creditorem, *d. l.* 76. ut videatur fidejussor, cui sunt cessæ, in solidum alios convenire posse. Verùm non fert juris & æquitatis ratio, ut quis ejus portionis, pro qua ipsemet propriâ obligatione obstrictus fuerat, cessionem impetret, atque quod ipsemet liberaturus solvit, ab alio repetat qui est in pari causa. Est enim pro regulâ traditum, ejus, quod quis proprium debitum agnoscendo solvit, actionem adversus alium cedendam non esse, Bart. *ad d. l.* 76. *n.* 9.

42 Potest autem ista actionum cessio peti etiam ab eo,

ab eo, qui renuntiavit beneficio divisionis, nam ea renuntiatio tantùm spectat commodum creditoris, ut non cogatur dividere actiones, non etiam ipsos fidejussores inter se, Pistorius *1. p. qu. juris c. 48. n. 6. & 8.*

Actionibus cessis, & solutione factâ, habet fi- 43 dejussor actionem mandati contra debitorem, si pro mandante vel præsente fidejusserit, *l. 6. C. Mandati*; vel negotiorum gestorum, si pro absente, vel ignorante, *l. 1. & 2. sup. De neg. gest.* contra eos, qui fidejusserunt, pro rata, & pignorum possessores, *l. 2. 11. 14. C h. t.* ad consequendum debitum, & omne damnum, ne officium suum ei sit damnosum, *c. 2. ✠ eod.* Nisi pro invito fidejusserit, quia videtur donasse, *l. fin. C. De negot. gest.* vel ipsi imputari possit, quòd exceptione non sit usus contra creditores, *l. Si pro ea 10. sup. Mandati.*

Ante solutionem fidejussori non est actio, 44 quod necdum mandatū peregerit, aut negotium gesserit: nisi tamen vel jam sit condemnatus, quia sententia habet paratam executionem *l. Post rem. 56. sup. De re judic.* vel ipse reus ad inopiam vergat, bona sua dilapidando, quia æquum est, sibi provideat fidejussor, vel solutionem diu protrahat *cap. fin. ✠ h. t.* Quando autem diu protrahere sit dicendus solutionem, est in arbitrio judicis, uti tradit Menoch. *2. Arbitrar. quæst. casu 41.* Adde, si conventum fuerit inter reum & fidejussorem, quòd etiam ante solutionem possit fidejussor conveniri.

Hæc de fidejussione & ejus effectu. Quem 45 contingit omni eo casu cessare, quo principalis cessat, veluti per solutionem, acceptilationem, pactum de non petendo, & aliam exceptionem realem, aliamque satisfactionem, præscriptionem, *l. Si quis 37. h. t.* per litteras etiam dilatorias à Principe impetratas, de quibus *l. 4. C. De precib. Imp. offeren.* ex sententia & rationi & juris textibus magis respondente, de qua sup. *tit. De exceptionib.* Est enim fidejussio accessoria, ut, quatenus diminuitur principale debitum, censeatur diminuta.

Idem operatur novatio, per quam extingui- 46 tur obligatio prior, & nova ponitur, pro qua non est interventum; quatenus tamen novatio subsit. *l. fin. Cod. De novat.* cùm non tam volueiint contrahentes priorem obligationem extinguere, quàm in aliam transfundere, quam proinde subesse, est necesse ad extinguendam priorem obligationem. Et in genere non extenditur fidejussio ad aliud, quàm de quo convenit: quo modo qui coram uno judice promisit judicatum solvi, non tenetur, si coram alio agatur, *l. 3. inf. Judicatum solvi*, quod & traditur *l. Cum quærebatur 13. in fine d. t.* & *l. Non ab Judice 64. sup. De judic.* subjunctâ ratione, quod de alia re cautum videatur. † Extinguitur etiam confusione, sive 47 debitor succedat creditori, sive contrà, *l. Si duo 93. inf. De solut.* cùm pro eodem apud eumdem non intercedatur. Nisi sit factum inventarium, per quod omnia jura hæredi sunt integra perinde ac si non adivisset hæreditatem, *l. fin. C. De jure deliber.* Idem erit, si fidejussor extiterit hæres debitori, *l. 5. h. t.* qui tunc tantùm tenebitur ut hæres, vel ut reus. † Cessione debitoris non liberari 48 fidejussorem certum est, cùm per eam non extinguatur principalis obligatio, sed tantum concedatur competentiæ beneficium, quod est personale, & competere fidejussori nequit, qui in eum casum acceptus, quo contingeret principalem non esse solvendo. † Confiscatio bonorum 49 debitoris minimè fidejussorem liberat, durat enim principale debitum per fiscum, qui in bona rei successit, repræsentatum, ut & duret accessoria obligatio, prius tamen excutiendus fiscus, *l. 1. C. h. t.* ubi Donel.

Q. An prorogatione temporis per reum libe- 50 retur fidejussor? Non potest teneri ultra tempus, quod adjectum, restringendæ & limitandæ fidejussionis causâ, veluti ad triennium conductionis; neq; enim iterata conductio aut ultra triennium protracta faciet fidejussorem teneri, *l. 7. C. Locati*, quia factum debitoris noceret fidejussori, contra juris æquitatem; nisi hic de novo consenserit, *l. Item quæritur 13. §. qui impleto 11. sup. Locati*, ubi pignora quidem manent, data ab ipso reconducente, non etiam à tertio, nisi ipse consenserit. Aliter se res habet, si tempus limitandæ fidejussionis causâ non sit adjectum, sed simpliciter quis fidejusserit pro Titio in centum, tunc enim prorogatio solutionis non facit finiri obligationem fidejussoriam. Nam cùm purè pro debito intervenerit fidejussor, quod certo die solvendum, in omnem eventum non factæ solutionis manet obligat⁹, cùm ideo sit acceptus, ut creditori esset cautum; aliàs daretur occasio per prorogatam solutionem fraudandi creditorem suâ securitate, Alex. in *l. Si unus 27. in pr. n. 8. sup. De pactis.* Mynf. *Cent. 6. Obs. 53.* Gail. *2. Obs c. 30. n. 11.* Gomez. *2. Var. c. 13. n. 21.* Thessaur *Decis. 125.*

Quid si contingat creditorem morari in ex- 51 cutiendo debitorem, qui interim factus non solvendo? Si mora imputari possit creditori, eidem nocebit, non etiam fidejussori, cum ille imputare sibi debeat, quòd, cùm potuerit tempori non excusse-

cusserit reum, ne in damnum alicujus taceuerit, *l. Fidejussores 41. h. t.* ubi Cujac. 13. *Respons. Modestin.* Gomez. 2. *Var. c. 13. n. 9.* Si creditori mora imputari nequeat, nihil inde subsidii erit fidejussori.

52 De compensatione principali competente, ex debito etiam naturali tantum, an & eâ utatur fidejussor, quæri posset? Et primâ facie videri possit, non posse eâ uti, ex eo, quòd compensans agere videatur, ad agendum autem sit opus mandato, quo caret fidejussor. Dicendum tamen, posse fidejussorem compensationem ex parte principalis objicere creditori, cùm possit solvere creditori ex substantia principalis, *l. 8. §. si ignorantes sup. Mand.* Solvere autem & compensare paria sunt. Facit in hanc partem *l. 4. 5. De compensat.* quæ id ipsum satis indicant; & vult ratio, cùm non intersit creditoris, à quo debitum accipiat & quomodo, solvendo, an compensando.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 46. ff. tit. 1. de Fidejussoribus & Mandatoribus.

AN liceat fidejubere; vid. Bacc. *ad Treut. vol. 2. disp. 28. th. 1. lit. A. Mol. tract. de usur. n. 253.* Schütz. *disp. 15. ad Instit. th. 3.*

Ad n. V. Imò interdum, si dignitas accusati vel aliæ circumstantiæ id suadent, etiam tum accipitur fidejussor, cùm ex delicto qualificatè probato, infligenda veniret pœna corporalis; Sed interim certum est, quod toties, quoties, in criminalibus fidejussores accipiuntur, summa certa pecuniæ, loco pœnæ ipsis nominatur, welche sie zuerlegen sich verpflichten müssen / da sie den Beklagten nicht stellen, nec liberantur ab hac obligatione, antequam vel sententiam passus est Reus, vel id solutum, quod in cautione fidejussoria continetur, *Ioh. Andr. ad Spec. tit. de Accus. §. sequitur. verb. exceptio vers. formabat, Afflict. decis. 130. Dan. Mol. lib. 2. semest. c. 2. n. 1.* ubi hinc rectè concludit, si fidejussores reum semel sistant, & is effracto carcere aufugiat, quod iterum sistere eum teneantur, etsi primò sistentes potestati sint, se amplius pro eo teneri nolle *vid. etiam* Boet. *dec. 315.* Thessaur. *dec 202. per tot.* ubi diligenter & accuratè illa quæ huc pertinent pertractat. Quibus adde quæ habet hic *Auth. infr de Citat. reor. n. 11.*

Ad *n.* XV. Fidejussor mutuam pecuniam, sub illicitis usuris accipiens, eamq; creditori solvens, an illas usuras à debitore repetere possit, & an ad illas consequendas, executio illi contra debitorem concedenda sit? *vid. Dan. Moll. lib. 2. sem. c. 40. Berl. part. 2 conc. 38. n. 27. 28 Carpz. part. 2. const. 30. def. 16.*

Ad *n* XIX. Regula illa, *Auth. pr. C h t principali non excusso, fidejussorem conveniri non posse* eleganter esse latè per ampliationes & limitationes explicatur *à Schrod. in Miscell. c. 5. per tot. Vigel. in M. I. R. lit. 5. c 4. Reg. 5. Exc. 24. Berlich. part. 2. concl. 22. 23. & 24.*

Ad *n.* XXIV. An sit differentia inter fidejussorem indemnitatis (Schadloßbürgen) & inter fidejussorem succedaneum. (Rückbürgen) *vid. Besold. in thes. pract. verb.* Rückbürg. *& verb.* Schadloßbürg. *Gail 2. obs. 27. n 13 23.*

Ad *n.* XLV. Eius partis nomine, quæ ipsum fidejussorem solventem contingit, actio ei cedenda non est, *sec. Hartm. Pistor. lib. 1. quæst. 48. n 4. & seq. Matth. Coler. de process. execution. part 2. c 2. n. 19. Anton. Hering. de fidei c. 27 part. 3. n. 28. & seqq. Carpz. Iurispr. forens part. 2 c. 17. def 18. per tot. drum. disp. 23. ad Pandect thes. 4.*

TITVLVS II.

De novationibus & delegationibus.

SVMMARIVM.

1. *Novatio quid?*
2. *Novatur & obligatio naturalis tantùm.*
3. *Novatio quo modo fiat.*
4. *Novatur obligatio & in diem & conditionalis.*
5. *Novare qui possint, vel non.*
6. *Novatio alia voluntaria, alia necessaria.*
7. *In judicio quasi contrahi qualiter dicatur.*
8. *Novatio inducitur per judicatum, non per litis contestationem.*
9. *Novatio voluntaria requirit stipulationem.*
10. *Et animum novandi.*
11. *Animus ille hodie exprimendus à partibus.*
12. *An per pœnam subiunctam inducatur novatio.*
13. *Effectus novationis.*
14. *Delegatio quid, & quomodo fiat.*
15. *Quid legent: Non delegatur invitus.*
16. *Delegatio an expressim fieri debeat.*
17. *Effectus delegationis.*
18. *Exceptio, quæ poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui est delegatus.*
19. *Quod & in exceptione S.C. Mac. locum habet.*
20. *Fallit in muliere, quam delegatam tuetur S.C. Velleianum.*

HActenus, quatenus obligatio contrahatur. Restat videre, quatenus distrahatur, quod contingit vel ipso jure, vel ope exceptionis. Utriusq; idem est effectus, sed modus diversus: illo enim casu actio tollitur, hoc tantùm infringitur & impeditur, ut dictum suprà de exceptionibus Modi, quibus ipso jure tollitur obligatio, tres præcipuè ponuntur, Novatio, Solutio, Acceptilatio. † De novatione ideo primo loco agitur, quia non planè ab obligatione liberat, sed pro una aliam ponit, cùm sit transfusio prioris obligationis in aliam, mediâ stipulatione, *l. 1. h. t.* Dicitur transfusio; quia ejus finis non est perimere omninò obligationem, sed tantùm mutare; unde necesse est aliam subesse. † Ubi etiam naturalem tantum subesse sufficiet, cùm ea sit vera obligatio: unde per pupillum suscipientem alienam obligationem contingit novatio, *l. 1. h. t.* non etiam per servum, qui licet naturaliter obligetur, alienam tamen obligationem non novat, *Inst. Quib. mod. tollit oblig. §. præterea*, qui de ea consistere nequeat ex parte servi, qui capite caret, *l. 2. h. t.* neque domini, cujus non agitur commodum. Nulla si subsit obligatio, non potest videri facta novatio. † Quæ fit vel eadem manente personâ; mutatâ solummodò obligationis causâ, & in specie Novatio dicitur; vel mutatâ personâ, quando debitor vice suâ alium dat creditori reum, & dicitur Delegatio.

Novatur obligatio non tantùm purè contracta, verùm & in diem, *l. 5. & l. Si Stichum 8. §. 1. h. t.* & sub conditione, *d. §. 1.* Non antè tamen, quam conditio prioris obligationis extiterit, novatio effectum habet, nam ea non eveniente ab initio est nulla, ut deficiente materiâ, quam ponit præcedens obligatio. Nec constituta tantùm & præsens, verum & futura obligatio novatur; veluti si à Seio novandi causâ stipuler, quod à Titio stipulatus fuero, eodemque tempore & nascetur & novabitur obligatio.

Novat quilibet creditor, qui sui sit juris, aut alius ejus jussu, *l. Novare 20. h. t.* Is quoque, cui rectè solvitur, *l. Cui rectè 10. h. t.* Quod tamen perpetuum non esse ex ista lege patet, cùm adjecto licet rectè solvatur, denegetamen licentiam novandi, uti & *l. 10. inf. tit. seq.* His quoque, qui sunt sub nostra potestate, rectè solvitur quod crediderunt, novare tamen non est permissum, *l. Servus 26. h. t. l. Non ideo 25. eod.* nisi habeant liberam peculii administrationem, maximè si meliorem conditionem suam faciant, *l. fin. h. t.* Pupilli, prodigi, & his similes, absque tutorum & curatorum auctoritate, non novant suas obligationes, nisi conditionem suam faciant meliorem, *l. 3. h. t.* neque enim eo casu indigent alicujus auctoritate; alias tutori aut curatori ea est licentia, si expediat *d. l. 20. & d. l. fin. §. 1.* cùm in his, quæ administrationem rerum hujusmodi personarum spectant, sint pænè loco domini, Procuratori omnium bonorum, cum libera, novandi est potestas, *d. l. 20. & l. Procurator 51. sup. De procurat.* Materiam ponit omne & quodcumque contractum est, sive verbis, sive aliàs quàm verbis, *l. 2. h. t.*

Novationis propriæ duplicem ponunt speciem, aliam voluntariam, aliam necessariam, quam volunt induci per litis contestationem, per *l. Aliam 29. h. t.* quæ habet, aliam esse causam novationis voluntariæ, aliam judicii accepti; videtur enim J.C. dicens aliam esse voluntariam, innuere, esse & quamdam non voluntariam, quam causat judicium acceptum, cùm reddatur in invitum, *l. Inter 83. §. 1. sup. De V. O.* Verùm illa divisio non est extra reprehensionem, cùm novatio nomen habeat à Novando, quòd præcedente actione sublatâ nova inducatur; litis autem contestatione non tantùm nova nulla constituatur, sed nec aliqua tollatur: integrum enim est actori commodum veteris actionis post contestationem, cùm sine actione non agit, ut ea maneat necesse sit. † Nec facit, quòd vulgò jactatur in judicio quasi contrahi; quia non habet hunc sensum, ut ex eo quasi contractu nova detur actio, sed demùm ex judicato, ut colligitur ex *l. 3. §. idem scribit sup. De peculio*, ubi Ulpianus ait, non originem judicii spectandum esse, sed ipsam judicati velut obligationem, quam parit sententia, condemnato scilicet reo, non etiam absoluto, quia non potest actio nasci ex sententia, quæ non irrogat condemnationem, nec consequenter novatio fieri potest per sententiam quæ nullam parit actionem, neq; enim tam sententia ipsa, quàm actio ex ea orta novat obligationem & actionem præcedentem. Quo modo Justinianus in *l. fin. C. De usuris rei judic.* dicit judicati actione novati priorem contractum, & alterius modi usuras deberi post sententiam, quam antè ex pristino contractu debebantur: semel enim causa transire videtur in condemnationem, & inde pecunia deberi, ait Paulus, in *l. Si fundus 16. §. si pluris 6 sup. De pignorib.* † Ut non nisi per judicatum dicendum sit induci novationem non etiam per solam contestationem, cùm contestando actor meliorem suam conditionem faciat, *l. Non solet l. Nemo De R. I.* Nihil obstat *d. l. 29.* quæ aliam causam dicit esse voluntariæ novationis, aliam judicii accepti;

accepti; neque enim per hoc vult induci continuo novationem solâ contestatione, sed demùm per sententiam subsecutam, quæ actionem ponit. Vid. Faber 26. *Conjectur. cap. 4.* Donel. 16. *Comment. cap. 20 circa finem.* Non negandum tamen, non ita omnia perire prioris causæ, quin commoda quædam maneant: neque enim liberantur pignora, quorum ea est conditio, ut demùm satisfactione solvantur, *d. §. si pluris* Quod idem & de fidejussoribus dicendum, quod scilicet non liberentur per sententiam: neq; enim hoc ratio patitur, cùm non ob aliam causam sint accepti, quàm ut secutâ quandoq; sententiâ conveniri possint.

9 Voluntaria novatio, ut effectum suum, de quo mox, consequatur, requirit stipulationem; neque enim de jure pacto nudo ea est vis; quamvis de moribus aliud dicendum videatur, quibus stipulationum solemnitas non ita est in usu & pactis uti sua vis gignendæ obligationis ita & tollendæ; quod & in acceptilationibus expressum, *inf. De ac-*

10 *ceptilat. ubi ea de re agitur.** Non aliàs autem, etiam stipulatione interpositâ, contingebat olim novatio, nisi animus novandi adesset, *l. 2. 8. §. 1. & in fine h. t.* nam aliàs prior obligatio manet, *d. l. 8. §. idem Celsus.* Qui animus colligebatur ex circumstantiis, qui exprimendus non esset. Sed cùm variæ ea de causa inciderent de stipulantium mente dubitationes, & in obscuro sæpiùs positum esset, quam illi mentem habuissent, induxit Justinianus *l. fin. C. h. t.* in veteris juris emendationem,

11 *non aliter deinceps novationem factam intelligi, quàm si novare se contrahentes disertè expressissent; aliàs & stare priorem obligationem, & posteriorem illi accedere, ita ut integrum sit creditori, quâ velit uti, *d. l. fin.* cujus meminit *§. præterea Inst. Quib. mod. toll. oblig.* Nec obstat, quòd non desint loca quædam juris veteris, quæ requirunt, ut exprimatur in stipulatione animus novandi specialiter, *l. Qui usumfruct. 58. sup. De verb. oblig. & l. Si rem 31. in fine h. tit.* ut possit videri res ista non inducta per Justinianum; non proculdubio ista additio Triboniano imputanda, qui pluribus locis juris veteris interposuit ea, quæ posteà demùm fuêre statuta. An verò hodie animus iste novandi ex probabilibus argumentis & conjecturis colligi possit, quæsitum fuit: & plures hoc affirmant, uti in praxi receptum, *arg. d. l. ult. Cod. h. t.* Fachin. 3. *Contr. cap. 92.* Gail. 2. *Obs. c. 30. n. 4.*

12 Quæri hîc etiam posset, An per pœnam subjunctam censeatur inducta novatio? Quæ quæstio non tam hodie obtinet, propter *d. l. fin.* quàm secundum jus pristinum fuit controversa. Affirmant aliqui, per *l. Si quis à socio 41. sup. pro socio*, ubi à socio pœnam stipulatus pro socio non agit: & per *l. Obligationem 44. §. fin. sup. De oblig. & action.* ubi obligationi faciendi navem subjuncta pœna centum, si non fecerit, dicitur inducere quasi novationem. Eodem facit *l. 1 sup. De penu legata* & *l. Si penum 24. sup. Quando dies leg. ced.* ubi penum dare damnatus hæres, & si non dedisset, decem, dicitur & penus legata, & translata in decem. Estque ea opinio Brissonii *lib. 2. De solut. cap. De novationib.* Contrariam tamen sententiam plerique amplectuntur juri magis conformem scilicet pœnam subjunctam non facere, quò minùs principali actione liceat uti actori. Quæ probatur variis textibus, uti *l. Prædia 28. sup. De actionib. empti*, ubi pœna subjuncta non facit, quò minùs principali actione agatur quod & traditur *l. Si pacto 14. C. de pactis & l. Duo 71. sup. Pro socio*, ubi initâ societate, subjectâ pœnâ viginti millium, si adversus conventa factum fuerit, non aliàs pro socio agi non posse responsum, quàm si causâ novationis adjecta fuerit pœna, ut sola adjectio non faciat præsumi novationem. Ad idem facit *l. Lucius 47. sup. De act. empti*, ubi subjecta pœna non facit ex empto actionem non superesse. Facit & ratio, quod stipulationis natura sit confirmare prioris obligationis causam, non etiam evertere, si aliud non pateat; & quòd pœna adjecta sit favore stipulatoris, ne cogatur probare, quanti sua intersit si principale negotium non fiat, quod est facti proba & difficillimum. Ita tradit Alciat. *1. Parad. c. 12.* Zasius 1. *Singul. Resp. c. 4.* Hotom. *Illustr. Quæst. c. 10.* Mudæus *ad d. l. 71.* Non obstat *d. l. 41.* nam ex illa non rectè colligitur inducta novatio per subjectam pœnam, cum ex *l. 41.* eandem sequente pateat, utrique actioni locum esse, sed ita, ut quod per unam actionem consecutus fuerit actor, per aliam non exigat, *d. l. Prædia*, ne bis idem petat, quod genus potiùs est prædæ, quam bona fides non patitur, quatenus ejusdem rei nomine agitur; nam si diverso respectu, unius solutio alterius exactionem non consumit, ut in *d. l. 47.* ubi & petitur pœna, nomine rei non traditæ, & usuræ exiguntur nomine pretii, in antecessum venditori per emptorem numerati, in quo reddendo venditor moram fecit, Cujac. *in Recit. d. l. 47.* Non obstat *d. l. 44. §. fin.* Nam quod ibi dicitur quasi novatio prioris fieri, non est ratione stipulationis pœnalis immediatè, sed ratione moræ commissæ,

quæ facit actori licere pœnam petere, *l. Ita stipulatus 115 in fin. sup. De verb. oblig.* Idem dicendum ad *d. l. 14. & 24.* nam & in istis non inducitur novatio ex causa pœnæ, sed tantùm ex mora hæredis, qui penum dare cessaverat, ut verum maneat, per subjectam pœnam non novari hoc ipso principalem.

13 Effectus novationis est, pristinâ sublatâ obligatione novam inducere: ubi & simul accessoria pristinæ obligationis tolluntur, veluti pignora, fidejussores, nisi sint repetita, & cursus usurarum sistitur, *l. 4. Cod. De fidejuss. l. Novatione 18. hoc. tit.* Impeditur & pœnæ commissio, *l. Creditor 15. h. t.* quòd recessum sit à priori obligatione, cui pœna erat subjuncta. Et hoc ita in novatione voluntaria, secundùm antè dicta, non etiam in necessaria.

14 Altera Rubricæ pars est de Delegatione, quæ est species novationis, eamque in se continet, secundùm effectum, de quo mox. Fit autem interventu novæ personæ, quæ debitum suscipiat, *l. Delegare 11. h. t.* Ubi delegare est vice suâ alium reum dare creditori, vel cui is jusserit. Fit per stipulationem, vel per litis contestationem, *d. l. 11.* Exemplum est in *l. 1. Cod. eod.* ubi si mandata fuerit actio, mandans non prohibetur convenire suum debitorem, donec per mandatarium lis contestetur. Facit enim contestatio, debitorem non posse alteri solvere, quàm mandatario.

15 Delegant iidem, qui & novant, *l. Pupillus 15. inf. tit. seq.* Ad effectum hujus etsi non sit necesse, delegantem stipulari à debitore, nam & scripturâ & nutu delegatur debitor, *l. Delegare 17. h. t.* est tamen necesse, ut debitor novus stipulatione obligetur creditori secundo, cui delegatur, *l. 1. Cod. hoc tit.* Non delegatur autem invitus, cùm obligatio non contrahatur per invitum. In quo distinguitur delegatio à cessione, & nominis venditione, quæ fit etiam debitore invito, *d. l. 1.* Uti & in eo, quod ante delegationem ex cessione non liberetur debitor ipso jure à suo creditore, cui adhuc actio est salva, donec lis contestata fuerit cum cessionario, aut ei solvi cœptum, aut ab eo denunciatum debitori, ne solvat alii, facit enim ea res jus quæsitum cessionario, *l. 3. Cod. h. tit.* qua de re actum suprà *De oblig. & actionib.*

16 Dubitatur, An delegatio debeat hodie fieri expressim, secundùm *l. fin. C. h. t.* Quod negandum, cùm *d. l. fin.* se fundet in ambiguitate, quæ olim ex eo oriebatur, quòd sæpè non constaret de animo contrahentium an novare vellent, qui hac in parte satis indicatur, dum creditori delegatur debitor, qui eidem promittit, stipulando se eidem soluturum. Gail. 2. *Observ. c. 30. n. 9.*

17 Effectus delegationis idem est, qui novationis; est enim delegatio pro justa præstatione, *l. Quod debitor 31. sup. De pecul.* & solutionis vicem obtinet, *l. Quamvis 8. §. interdum sup. ad S. C. Velleian.* Nec quidquam facit, quòd delegatus postea appareat non solvendo, quia bonum nomen creditor accepisse videtur, qui eo contentus fuit, idque ipsum quale initio obligationis fuit, secutus est, ut ejus periculo id nomen sit. Nisi tamen periculum debitoris ab ejus debitore stipulatus fuerit, tunc enim pecuniæ, quæ à delegato servari non potuit, exactio est salva, *l. Si mandatum 45. §. pen. & fin. sup. Mandati.*

18 Est & ille effectus, quòd exceptio, quam poterat deleganti opponere delegatus, cesset in persona creditoris, cui est delegatus, cujusmodi est exceptio doli, & similes quæ dantur ejus causâ, cum quo agitur, uti pacti conventi, rei judicatæ, jurisjurandi, quod metus causâ, *l. Doli 19. h. t.* ex subjuncta ibi ratione, quòd non facilè creditor secundus scire possit quid inter eum, qui delegatus est, & delegantem sit actum, aut si scit dissimulare debet, ne videatur curiosus.

19 Extenditur id ipsum ad exceptionem S. C. Macedoniani, quam filiusfam. delegatus non opponet secundo creditori, qui scire non potuit, qua ex causa deberet, & quòd ex promissione secunda nihil fiat contra S. C. cum secundus creditor filiofam. pecuniam non credat, sed quam alii credidit à filiofam. sibi reddi stipuletur. Ubi non rectè objicietur *l. 7. §. non solum sup. Ad S. C. Macedon.* ubi & successoribus denegatur actio, & ei, qui stipulatus est; cùm agatur de eo, qui eadem persona cum creditore, ejusque nomine stipulatur, cum quo non est eadem persona secundus creditor, qui sibi, non illi stipulatur.

20 Excipitur ab illa regula mulier ex causâ intercessionis, quæ delegata à creditore suo tuebitur se suâ exceptione contra secundum, *d. l. 19 §. diversum*, quod & apud secundum creditorem videatur intercedere, ut & S. C. ejus intercessionem infirmet, *l. 8. §. 2. sup. Ad S. C. Velleian.* Excipitur etiam minor, qui si circumscriptus promiserit, delegatus tuebitur se exceptione adversus eum, cui delegatus, quòd duret circumscriptio, *d. l. 19. §. ideoq.* Marito quoque priori id tributum, ut, si post solutum matrimonium alii in dotem, cujus est debitor delegetur à muliere, eatenus dumtaxat, quatenus salvâ dignitate facere potest, teneatur, *l. Si prior 32. sup. Soluto matrim.* cum subsit idem inconveniens in hac delegatione, quòd antè fuit.

ADDI-

ADDITAMENTA.

Ad tit. 2. De Novationibus & delegationibus.

AD n. I. Hodie etiam per nudum pactum fit novatio: quia nudum pactum obligat. *Treutl. vol. 2. disp. 29. th. 5. lit. A. Althus. 1. Iurispr. 69. adde quæ inf. h. t n. 9.*

Ad n. XIII. An pignora in novatione, repetita censeantur cum privilegio prioritatis repetita? *vid.* Gail. 2. *Obs. 30. n. 10. ubi id affirmat per l. 3. qui potior. in pign. Neg. de pignor. part. 5. memb. 2. n. 13.* Cujac. *11. Obs. 32.*

TITVLVS III.

De Solutionibus & liberationibus.

SVMMARIVM.

1. *Solutio quid, ejusq; effectus.*
2. *Solvere qui possint, vel non.*
3. *Solvit rectè reus creditori suo.*
4. *Solvit debitor, vel alius ejus nomine sine mandato.*
5. *Item procurator, ex mandato.*
6. *Solutio quibus rectè fiat, vel non.*
7. *Minori sine curatore non rectè solvitur.*
8. *Servis vel filiisfam. an & quando rectè solvatur?*
9. *Procuratori habenti mandatum proficit solutio.*
10. *Non etiam sine mandato, nisi domino ratum habendi.*
11. *Solventem non excusat, quòd crediderit quem esse verum procuratorem.*
12. *Solutio rectè fit adjecto stipulationi.*
13. *Etiam invito stipulatore.*
14. *Creditori creditoris ex mandato rectè solvitur.*
15. *Citra mandatum facta hoc modo solutio, an liberet debitorem ipso jure?*
16. *Reo criminis quando rectè solvatur.*
17. *Aliud pro alio solvi creditori invito nequit.*
18. *Nisi necessitas cogat acceptare aliud creditorem vel conventio aliud solvere debitori permittat.*
19. *Volenti creditori aliud pro alio solvi rectè potest.*
20. *Alterius generis nummi quàm promissi an solvi possint?*
21. *Solvi alia in moneta creditori damnum inde passuro non potest.*
22. *Nummos reprobos solvens non satisfacit.*
23. *Hominem seu servum debens qualem præstare debeat.*
24. *Hominem in genere debens an liberetur præstatione ejus, qui tempore stipulationis erat stipulantis, tempore verò solutionis extraneus.*
25. *Intellectus & lectio* l. Qui decem 27. §. 4. vers. sed et h. t.
26. *In stipulatione alternativa utraque res obligatione continetur.*
27. *Intellectus* l. Mævius 66. §. non idem De leg. 2.
28. *Solvenda res integra, non per partes.*
29. *Idq; loco convento, & non alio.*
30. *Item die dictâ, non etiam post eam.*
31. *Ante diem an rectè fiat solutio.*
32. *Effectus solutionis.*
33. *Ex pluribus causis debitum in quam causam solutum esse censeatur.*
34. *Liberationis nomine quid hic veniat.*
35. *Oblatio rei debitæ similis solutioni.*
36. *Oblatio verbalis quid operetur.*
37. *Effectus realis oblationis.*
38. *An sistat cursum usurarum ex mora?*
39. *Pœnam commissam non impedit.*
40. *An operetur sortis liberationem.*
41. *Oblatio cum depositione operatur plenam liberationem.*
42. *Debitor pecuniam consignatam recipere potest.*

PRæcipuus, quo tollitur obligatio, modus est solutio, quæ in genere quamlibet liberationem denotat, sive naturalem sive civilem: ut complectatur & compensationem, acceptilationem, & aliam satisfactionem, *l. Satisfactio 52. & 54. h. t.* Hic strictè sumitur, ut sit ejus, quod debetur, ut debetur, sive naturalis ejus, quod debetur, præstatio, *l. Solutam 49. h. t.* Effectus ejus est obligationem tollere, & inducere liberationem omnimodam. [1]

Ad quem effectum desideratur I. Solutio fiat ab eo, cui rerum suarum libera est administratio, & distrahendi licentia, alias uti solutio facta non censetur, quia solutum vindicari potest, *l. Quod si 14. h. t.* si nimirum extet, ita nec continget liberatio. Si consumptum sit, pro soluto habetur. Sic pupillus prodigus, furiosus, non rectè solvunt, uti nec reliqui omnes quibus bonorum alienatio interdicta, alii verò, quibus interdicta non est, solvendo se liberant: ut & filiusfam. & servus, quibus est peculium, ejusque administratio, & cujus nomine contrahunt, tacito patris aut domini consensu, etiam solvunt, *l. Si servus 32. & 35. h. t. & l Contra 28. in fine sup. De pact.** Nec obstabit creditori reatus, *l. Sed nec 42. h. t*, quia solutio fit ex [2] [3]

causa

causa necessaria, quæ non denegatur reo, dum ne majestatis perduellionisve postuletur hunc enim nihil ex bonis post admissum crimen imminuere posse placuit, *l. Ex judiciorum 20. inf. De accusat.* idque eâ ratione, ne fiscus, cui bona hoc ipso committuntur, ementiti æris alieni specie defraudetur. Idem in iis, qui repetundarum postulantur, admissum est, ex simili ratione, *d. l. 20.* Quæ postulat idem poni in causa hæreseos. Donationes factæ ab iis, qui in reatu sunt, quatenus salvæ maneant, dictum suprà de donationibus.

4 Ab ipso debitore, an ab alio ejus nomine solutio fiat nihil interest, etiam citra mandantem, *l. Solutione 23. h. t.* cùm ignorantis & inviti conditio per alterum melior fieri possit, *l. Solvere 53. h. t.* Nihil obstante regulâ, quæ habet, invito non dari beneficium, *l. Invito 69. De R. I.* quia ea hoc sensu accipienda, quando immediatè ad ipsum invitum commodum dimanat, non etiam quando per consequentiam tantùm uti hoc in casu, quo nihil interest creditoris, à quo debitum recipiat. Quamvis si de repetitione soluti quæratur, alia sit ejus, qui pro invito solvit, causa, alia ejus, qui pro ignorante: ille enim donasse censetur, ut repetitio illi non sit, *arg. l. fin. sup. De negot. gest.* huic, si utiliter & de re debitoris solverit, parata est negotiorum gestorum actio, * Procuratores, quibus vel

5 hoc mandatum, ut solvant, vel qui omnium bonorum sunt procuratores, rectè solvunt, quia id mandatum videtur, *l. Quod libet 87. hoc tit.* qui tamen ea debita actoris exemplo exsolvent, quæ exactionem habent, non etiam, quæ retentionem solùm, ut creditori naturali tantùm, non rectè solvant, quia non est verosimile, id dominum mandatum fuisse, *l. Qui peculii 46. sup. De peculio.*

6 II. Fiat ei, cui debetur, & cui distrahendi obligationem, est licentia: quomodo non rectè solvitur pupillo, furioso, prodigo, à quibus gesta non aliàs rata habentur, quàm si certa indubitataq; utilitatis species subsit. Nam si subsit quidem utilitatis species, ita tamen, ut damnum sequi possit, auctoritas tutorum & curatorum est necessaria, ut in casu præsenti, sine qua solventes non liberabuntur, quia potest pecunia ætatis facilitate & mentis imbecillitate perdi ac profundi, ut solutio non

7 proficeret solventibus.* Quod & in minori dicendum, quia nec ei rectè solvitur sine curatore, propter restitutionem in integrum ex læsione. Quæ & salva, factâ solutione cum curatore, ut potius apud ædem sacram sit deponenda pecunia, vel exspectandum decretum, quod dabit omnimodam securitatem, *l. Ait Prætor §. 1. sup. De minorib. l. Sancimus Cod. De administ. tutor.* neque enim fraudi alicui esse debet, qui magistratus imperio obsecutus, cui parere necesse habuit, *l. Qui jussu inf. De R. I.* Si tamen absque decreto soluti nummi fuerint salvi, ut quia penes pupillum aut minorem extant, ut quia ex iis factus locupletior, quòd in rem ejus sint versi, exceptione repelletur denuò nummos exigens ne alieno incommodo contra æquitatem naturalem ditetur, *l. Pupillo 25. h. t.* Pro tutore negotia gerenti solvens non aliàs consequitur liberationem, quàm si in rem pupilli pecunia pervenerit *l. Debitores 28. h. t.*† Servis & filiisfamilias, qui mutuis dandis

8 exigendisque pecuniis sunt expositi, vel liberam peculii administrationem habent, vel quod ab eis creditum depositumve, jure solvitur, *l. Si quis servo 18 & l. Quod servus 35. h t.* dominorum enim voluntate solutum accipere intelliguntur. Quod & procedet, si post mortem domini iis solvatur aut alienatis aut manumissis, si tamen adsit solventi bona fides, *d. l. 35.* ne ignorantia ei sit damnosa, qui justâ ac probabili causa ad solvendum ducitur, *l. Ejus qui sup. Si cert. petat.*

9 Procuratori factam solutionem, cui hoc specialiter mandatum, proficere, expeditum est; uti & si omnium negotiorum administratio ei sit commissa, *l. Verò 12 in pr. h. t.* quia intelligitur dominus per hoc mandare debitoribus, ut ei solvant, quibus non obstabit mandatum, iis ignorantibus revocatum, *l. Qui hominem 34. h. t.* ignorantia enim est justa. † Qui procuratori nec

10 expressum nec tacitum mandatum habenti solverit, non antè liberabitur, quàm dominus ratum habuerit, secundum quod sunt intelligendæ leges, quæ absentis procuratori solutionem factam tum demùm liberare dicunt, ubi dominus ratum habuerit, uti *l. Si quis 58. in princ. & §. 1. h. t.* quem & procuratoris nomine venire paret ex ista *l. 58 in fine princ.* alii voluntarium

11 appellant. † Nihil excusat solventem; quòd putaverit esse verum procuratorem, quia id ipsum vanæ suæ credulitati & facilitati expensum ferre debet, ne falsa ejus æstimatio ponat gravamen alteri, *d. l. 34. §. Si nullo.* Non liberat etiam debitorem solutio facta procuratori ad agendum dato, neque enim per hoc potest dici datus ad accipiendam solutionem, *l. Hoc jure 86. h. t.* Ut nec iis rectè solvatur, quibus sine mandato alieno nomine agere licet: sic enim filio non jure solves, quod patri debes, *l. Filiusfam. 22. h t.* etsi agentem nomine patris sine mandato tamquam proxima persona non repellis, *l. Sed & hæ sup. De procurat.*

Solvitur

12 Solvitur etiam rectè adjecto stipulationi, uti traditum suprà *De V. O.* Ubi nihil interest, adjectus sit justæ ætatis an pupillaris, cùm pupillo nullum jus quæratur, qui tamquam alii restituturus accipit. Ubi etiam non laborandum, quòd pecunia non sit in tuta manu, cùm perdi possit: nam jactura ista non imputanda solventi, sed stipulatori, qui sibi imputet, quòd hujusmodi personam stipulationi adjecerit; promissori autem nihil imputandum, qui jure stipulationis est usus, *arg. l. 3. §. fin. & l. Cùm mandato 3. sup. De minorib.* † Et hoc etiam invito stipulatore, *l. Ve-* 13 *ro 12. §. pen. h. t.* quòd non pendeat ista res à prohibentis arbitrio, *l. Papinianus 14. sup. De public. act.* propter quæsitum promissori jus alteri solvendi, quòd invito non est extorquendum; *arg. l. fin. sup. De pact.* Nisi promissor vel constituerit soli stipulatori se soluturum, aut etiam partem eidem solverit, aut creditor sibi solvi petierit per adjectum, quia per hoc libertas solvendi adjecto est adempta. Quod & dicendum, si mutaverit conditionem adjectus, ut dictum *sup. De V. O.*

14 Creditoris creditori ex mandato solvens quin liberetur non est dubium, adeò ut etiam uxori donaturus si ei solvi jubeat, liberet debitorem, etsi pecunia accipientis non fiat, *l. 3. §. sed si debi-* 15 *torem sup. De donat. inter vir. & uxor.* † Sed quæstio est, an creditoris creditori solutio facta citra mandatum, liberet debitorem ipso jure? Quod videtur dicendum, quatenus subest eadem obligationis causa, ut in specie, *l. Si liber homo 36. sup. De neg. gest.* ubi solutio facta ei creditori ab eo, in cujus rem pecunia mutuò sumpta per tertium est versa, liberat solventem, & in specie *l. Solutum 11. §. solutum sup. De pignorat. act.* Si non fit eadem causa, versa tamen fit solutio in rem creditoris, non ipso quidem jure liberatio continget, verùm ope exceptionis, *l. Si opera 6. sup. De doli mali except.* quia iniquum, creditorem petere pecuniam, quam habet, utpote in ejus rem versam, licet sine mandato. Nisi tamen intersit creditoris non solvi suo creditori, ut quia exceptione tutus erat, aut quia retentionem compensationemve haberet. *Gl. in l. Cùm pecuniam 43. sup. De neg. gest.*

16 Q. An rectè solvatur reo criminis? Quod dicendum ante condemnationem, ne aliàs plerique innocentum necessario sumptu indigeant, *l. Reo 41. & 43. in fine h. t.* cùm per reatum non adimatur administratio, *l. Post contractum 15. sup. De donat. l. Aufertur §. in reatu inf. De jure fisci,* nam lite pendente nihil solet innovari. Excipitur crimen læsæ majestatis, propter sui enormitatem, *l. fin. Cod. Ad L. Iul. majestatis.*

17 III. Solvatur res, quæ debetur, neque enim aliud pro alio rectè obtruditur invito, *l. 2. sup. De reb. cred.* etiamsi melius fuerit, quia invito ad rem obligatam non est auferendum jus: quo modo nomen in solutum non rectè datur invito, *l. Eum à quo 16. C. h. t.* uti nec pretium loco speciei promissæ, cùm aliud sit res, aliud pretium, *l. 1 sup. De rerum permut.* Nisi aliud singulari favore, ratione certarum causarum, sit receptum, veluti si res obligata non extet, præstarivè nequeat. † Fa- 18 cit enim necessitas, ut aliud pro alio cogatur acceptare creditor, si velit sibi satisfieri; & ita edixit Justinianus in *Nov. 4. §. fin. ex qua sumpta Auth. Hoc nisi C. h. t.* si pecunia vel res mobilis debita præstari nequeat, solvi posse rem immobilem, quam subtili æstimatione factâ creditor in solutum accipiat. Habet & interdum debitor ex conventione solvendi aliud pro alio potestatem, *l. Ita stipulatus 115. in fine sup. De V. O.* aut à lege, uti in noxalibus. In re quoque aliena legata, si dominus neget eam vendere, aut immensum ejus rei pretium petat, æquissimum est, concedi ea ex causa æstimationem Judicis officio præstari posse, *l. Si domus 71. §. 2. De leg. 1.* † Vo- 19 lenti creditori res una pro alia in solutum rectè datur, *l. Manifesti C. h. t.* Si tamen res fuerit debitoris; nam alias evicta faciet pristinam manere obligationem, *l. Si quis aliam 46. h. t.* Quod & dicendum, si pro parte evicta, quia partem non accepisset creditor, *d. l. 46.* Quod si res integra non fuerit, potest tamen ad interesse agi, *l. Libera C. De sentent.* aut utili actione ex empto, *l. Eleganter 24. sup. De pignor. act. l. 4. C. De evict.*

20 Posset hìc in dubium vocari, num alterius generis nummi, quàm promissi, solvi possint? Sunt hac in re dissidentes opiniones: nam quidam putant, aliud pro alio solvi, si, promissis legatis decem aureis, solvatur valor in alterius monetæ specie. Quæ opinio omninò procedet si nominatim quantitas certi generis sit promissa; tunc enim in alio genere solvendo non satisfiet, tamquam aliud pro alio solutum esset, nisi causa, de qua antè, excuset. Aliàs si nominatim non promissa certi generis quantitas, verior eorum sententia, qui volunt etiam alia in moneta solutum debitum parere liberationem; nam licet formaliter omninò idem, quod debetur, non videatur solvi, æquipollenter tamen idem solvitur; imò satis formaliter, quia post percussum & formatū publicâ auctoritate nummum, magis attenditur æstimatio secundum formam & quantitatem, quàm

quàm secundùm substantiam & metallum, *l. 1. sup. De contrah. empt.* Quò facit & textus in *l. Si is cui 94. §. 1. h. t.* ubi nummis creditis dicitur credita quantitas, non etiam corpora, ut quantitate redditâ videatur satisfactum. Et ita plerique tenent, Pinel. *De rescind. vendit. p. 1. Rub. c. 3 n. 16.* † Ita tamen, nisi ex pecuniæ mutatione aliquod incommodum accidat creditori, neq; enim æquum foret, alterius formæ nummos ei obtrudere. *l. Creditorem 99. h. t.* Incommodum tale fit oportet, quod patrimonii diminutionem concernat; neque enim ex nuda creditoris affectione res ista æstimanda, quæ in nummorum corporibus justam ac probabilem rationem habet, cùm in iis magis quantitatem atq; æstimationem, quàm speciem intueamur.

21

22 Hinc reprobos & adulterinos nummos solvendo non satisfiet, *d. l. Eleganter §. qui reprobos De pig. act.* uti nec alienos, quia non potest videri solutum, quod avelli potest. Si tamen creditor non offerens quos penes se habet nummos pergat debitum petere, exceptione doli submovebitur, *d. l. 94. in pr. h. tit.* Communes solvens pro parte tantum liberabitur, *d. l. 94. §. 1.* nam pro parte tantùm eos facit creditoris. † Hinc & hominem qui debet, talem præstabit, qui creditoris fiat, ut avelli nequeat. Unde statu liberum, vel eum, cui ex causa fideicommissi præstanda libertas, solvens, non liberatur, *l. Qui sibi 33. l. Qui decem 2. §. pen. h. t.* Ille enim habet implicitum casum libertatis, huic omnimodò danda libertas, ut auferri creditori possit. Sic & noxæ debitum, sive noxâ non solutum solvens, non liberatur, quia hæ causæ retinendi servum potestatem adimunt. Idem in servo pignori dato ante dissolutum pign⁹. *l. Si hominem 69. h. t.* Et generaliter qui hominem debet, talem præstare habet necesse, quem, si velit, creditor ad libertatem perducere possit, *d. l. 72. in fine h. t.* Ubi etiam turpem & infamem solvendo liberabitur, quia homo est solutus, veluti vespillonem sive vespilionem, id est vilium atque abjectorum cadaverum latorem, *d. l. 72. § pen.* Est enim electio penes debitorem in debito generali, uti & inalternativo, *l. Plerumque in fine sup. De jure dot.* nisi creditor electionem sibi reservaverit, *l. Si quis stipulatus 130. in pr. sup. De V. O.*

23

24 Posset hic quæri, An debitor hominis in genere possit eum solvere, qui tempore obligationis erat in bonis stipulantis, desiit autem esse tempore solutionis? Et hoc responsum est in *d. l. Qui decem 72. §. Stichum 4. vers. sed ei h. t.* ubi qui hominem stipulatus est, unum etiam ex his, qui tunc stipulatori servierant, dando, promissor liberatur; atq; ita *Glossa ibi* Bart. & Castrensis. Verùm scrupulū movet, *d. §. Stichū*, ubi qui non fuit in obligatione tempore stipulationis non rectè solvitur: quod & habet *l. Si duo 128. sup.* De V. O. ubi ad tempus obligationis respiciendum dicitur, non ad tempus solutionis. † Unde Cujac. 14. *Obs. c. 20.* recedit ab antiquorum opinione, corrigendo textum in *d. vers. sed ei*, & substituendo pro verbo *unum* adverbium *num?* interrogativè. Sed Cujacio obstat comunis lectio, & adversativa, *sed*, quæ ponit casum priori contrarium. Nec facit pro ejus opinione versiculus, *vi quidem ipsi & hic ex his dari stipulatus est, qui ejus non erat*; sensus enim est, Etsi videatur quidem non alium velle dari, quàm qui ejus non erat, quia nemo rem suam stipulatur sibi dari, tamen quia generalibus verbis stipulatio est concepta, etiam is solvi poterit, qui licet stipulationis tempore erat stipulantis, alienus tamen invenitur tempore solutionis. Ut veterum opinio sit probabilis.

25

26 Nec obstat *d. §. Stichum in princ.* quia loquitur de stipulatione alternativa sive disjunctiva, in qua utraque res obligatione continetur, ideoq; si earum altera obligatione sit exempta, quia nemo rem suam stipulatur utiliter, *l. Nemo 28. sup.* De V. O. una tantùm debetur, nec potest alterius obligatio reviviscere hoc solo, quod esse stipulatoris desierit, *l. Quod ab initio inf.* De R. I. Aliud est in stipulatione generali, quâ nulla certa res continetur, & ex solutione demùm, quid in stipulationem venerit declaratur: ut homo ingenere promissus, qui tempore stipulationis fuit stipulatoris, si tempore solutionis sit extraneus, rectè solvatur; uti & si tempore stipulationis non existens, tempore solutionis sit in rerum natura. Quò facit quod habet *d. §. Stichum in fine*, ubi uno ex iis, quos reliquit Sempronius, promisso, si is tres reliquisset, quorum unus fuerat stipulatoris, duobus mortuis dicitur deficere stipulatio, nisi ante mortem desierit reliquus esse stipulatoris; ut satis esse videatur, tempore solutionis non sit in dominio stipulatoris, cum recipiat rem promissam. Ad idem facit *l. Si duos 67. in pr. h. t.* ubi qui duos homines Titio promisit, si unum dederit, eumdem ad se reversum solvendo liberatur, quia duos homines dedit. Idem habetur, *l. Mevius 66. §. sed si pars De legat. 2.* ubi pars fundi promissa soluta iterum solvi potest: ut nihil obstet *d. l. Quod ab initio*, quia nulla certa res continetur istâ stipulatione.

Verùm

27 Verùm ex diametro repugnat *d. l. 66. §. non idem*, ubi si generatim homo legatus fuerit duorum testamentis, solutus ex altero testamento non potest idem alienatus ab altero hærede solvi, ubi eadem ratio dicitur esse stipulationis: ut non possit dici, causam legati & stipulationis hac in parte differre, ut quidam volunt, dicentes illum versiculum *eademque ratio & stipulatoris est*, esse Interpretis. Conjecturæ, quæ adferuntur in conciliationem, non tollunt difficultatem, nec sani hominis videntur explere animum. Unde Ant. Faber. 2. *Conjectur. c. 15.* tenet dissensisse Papinianum à Marcello. Idem tradit Brisson. *De solutionib. lib. 1. non procul à fine.* Posset dici, Papinianum isto §. *non idem* non quærere, nec disputare, quid sit in obligatione generis, nec an homine promisso singuli homines sint in obligatione, sed an idem homo ex duplici causa lucrativa debitus, semel solutus iterum solvi possit? Quod negat, sive ex duobus testamentis, sive ex duabus stipulationibus debeatur, subjungens, quòd hominis legatum orationis compendio singulos homines contineat, id est, de singulis prædicetur, & in singulis exequi seu impleri possit, & consequenter utriusque obligationis executio vel solutio cadere seu fieri & concurrere in eodem homine solvēdo. Verùm quia tum offenderetur regula, quæ negat duas causas lucrativas in eamdem rem & personam concurrere posse, non tantum in testamentis, §. *si res aliena Inst. De legat.* sed & obligationibus, *l. Non omnes 17. sup. De oblig. & act.* dicit Papinianus. *d. §. non idem*, ex duorum testamentis vel promissionibus lucrativis, quibus idem homo vel aliud quid in genere legatur vel promittitur, non posse eumdem hominem, qui semel solutus est alienatus iteratò solvi, quia concurrent duæ causæ lucrativæ circa eumdem hominem, ut extra causam lucrativam possit eadem res soluta, si creditoris esse desierit, eidem iteratò solvi *d. l. 67 & 72.* Sarment. 8. *Select. interpr. §. duobus n. 12.*

28 IV. Solvenda res integra; partem recipere nemo cogitur etiam in casu, quo debitum est dividuum, nisi aliter conventum fuerat, *arg. l. 9. h. t.* Ratio est, quia particularis solutio multa habet incommoda, *l. 3. sup. Famil. ercisc.* Nihil obstat textus in *l. Quidam 21. sup. De reb. cred. t.* cùm agat, ut aliqui volunt, de debito partim liquido, partim illiquido, ut patet ex verbis, *& reliqua persequi*; ut rectè dicatur ibi liquidum acceptandum, quasi solum jam debitum. Posset fortè rectius dici in *d. l. 21.* non hoc velle Jurisconsultum, quòd ipso jure cogatur creditor acceptare partem, sed quòd humanius sit, cogatur per Prætorem, ita exigentibus causæ meritis, ut in specie *l. 5. Cod. De distract. pig.* ubi qui partem solvit, pactus residuum solvere, rationibus excussis, impedit pignoris distractionem. Quòd acceptilatio pro parte admittatur, est, quia fit à volente. Compensatio pro parte debitum tollit ideo, quia inducitur per legem ex æquitate. Quod inter hæredes dividantur debita defuncti est speciale, ne debitum commune unum tantum gravet.

29 V. Fiat solutio loco convento, non etiam alio, *l. 8. C. h. t.* quia creditoris conditio in solvendo non facienda deterior. Si tamen ratio habeatur commoditatis, quam creditor haberet, si loco convento solutio fieret, alibi rectè solvitur, *l. 3. §. Julianus sup. De eo quod certo loco*, ubi ea de re latius actum.

30 VI. Fiat dictâ die; post diem dictam malè solvitur, ut enim bis dat, qui citò dat, ita minus dat, qui tardius dat, *l. Ut si cui 12. in fine inf. De V. S.* Si dies talis sit, qui possit ad plures referri, veluti *Dabis in Pascate*, *Dabis Calendis, Idibus Majis* de proximis accipitur, *l. Eum qui 41. sup. De V. O.*

31 Q. An ante diem rectè fiat solutio? Distinguendum; an dies in gratiam debitoris adjectus sit, an in gratiam creditoris. Priori casu rectè solvitur, per *l. Quod certâ die 70. h. t.* quia quilibet favori suo renunciat, *l. Continuus 137 §. cùm ita sup. De V. O. l. Cùm tempus 17. inf. De R. I.* Posteriori casu non rectè antè solvitur, & solutio oblata invito non liberat. *l. Si ita relictum §. Pegasus sup. De leg. 2. l. Eum qui 17. sup. De annuis leg.* quia nulli jus suum aut sua commoditas diminuenda. Et ita procedit opinio Cujacii 23. *Obs. c. 23.*

32 Positis prædictis, solutio liberationem operabitur; quatenus tamen res soluta fit ejus, cui solvitur, ejusq; manet, aliàs sine effectu foret, *l. Qui sic 55. h. t.* quomodo solvens servum noxâ non solutū non liberabitur, uti nec liberatur solvens rem, quæ evincitur, secundùm dicta superius. †In casu 33 solutionis rectè factæ, si ex pluribus causis debeatur, explicare potest debitor, in quam causam solutum velit; aliàs erit in arbitrio accipientis cui potissimùm debitor acceptum ferat, modò cōtinuò constituat, & in id, quod ipse, si deberet, soluturus esset, altero consentiente, *l. 1. & 2. h. t.* Si à neutro explicetur, in duriorem causam est accipiendum. *l. 3. h. t.* Inter plures summas debitas gravior est illa, quâ ad solvendum quis cogi potest, *l. Cum ex pluribus 103. h. t.* præ alia, cui non est eadem vis, ut quia naturaliter tantùm debetur,

aut in diem, aut sub conditione. Si omnes summæ tales sint, ut exigi possint, ea tum censebitur durior, cui subest infamia, deinde quæ pœnam continet, tum cui adest hypotheca aut pignus. Post hunc ordinem propria erit potior, quàm aliena, qualis est fidejussoria. Si nulla causa prægravet, in vetustiorem solutum accipietur, *l. 3. 4. 5 l. Cùm ex pluribus 93. & 103. h. t.* Si temporis & contractuum sit paritas ex pluribus summis pro portione omnium solutum accipietur, *l. 8. h. t.* Si cum sorte debeantur usuræ, solutum priùs in usuras quàm in sortem acceptum feretur, *l. 1. C. h. t.* & hoc in gratiam creditoris, ne fortè soluta usurarum obligatio ei pereat. In aliis, in quibus fortè unâ solutâ altera est salva, non versatur damnum creditoris. Ut non sit iniquum concedi debitori, quod ei prodest, non autem nocet creditori.

Hæc de priori Rubricæ parte, quæ agit de Solutionibus, id est præstationibus ejus, quod de-34 betur. † Posterior pars est de Liberationibus sub qua continentur alii modi, præter præstationem naturalem ejus, quod debetur, veluti Acceptilatio, de qua Tit. seq. Compensatio, de qua actum suprà libro XVI. Liberat & rei interitus, absque facto seu mora debitoris, quatenus tamen res in specie est debita, secundum ea, quæ traduntur sup. *De peric. & commodo rei vend.* Operatur & confusio liberationem, quâ jus duarum personarum, quas in obligatione constituenda distinctas esse oportet, in unam eamdemq; personam concurrit, *l. Stichum 95. §. aditio h. t. l. pen. eod.* Idem contingit per concursum duarum causarum lucrativarum in eamdem personam, quia rei debitæ solutio ex una causa facit non posse peti ex altera, *l. Omnes 17. sup. De oblig. & act.* Res enim habetur, ut ampliùs peti nequeat, nisi pretium rei comparatæ ex causa onerosa absit, secundùm ea quæ traduntur *Inst. De leg. §. si res aliena.* Procedit & liberatio debitoris citra solutionem, si tantum ex pignoris ab illo dari distractione redegerit creditor, quantum debetur, *l. Creditor 16. h. t.*; nam cùm id, quod debetur, receperit, nihil est, quòd queri possit.

35 Est denique & oblatio rei debitæ similis solutioni. Cujus effectus ut intelligatur, Notandum est, aliam esse verbalem, quando debitor dicit se esse paratum solvere; aliam realem, quando debitor rem ipsam præsentans paratus est illam de manu in manum tradere, ut creditor liberè eam 36 habere possit. † Verbalis regulariter nullum effectum producit, ne quidem moram incursam purgans, nec adversarium in mora constituens. Jason. in *l. Si ita quis 115. §. Seia n. 18. sup. De V. O.* Et hoc in rebus mobilibus, quia tantum ponit nudum propositum quod est citra effectum. In immobilibus verbalis oblatio in mora ponere videtur; cùm enim ejusmodi res portari nequeant, lex est dictâ oblatione contenta, ne quem ad impossibile obliget.

37 Realis oblatio aut nuda est, aut habet conjunctam obsignationem & depositionem, si ejus generis sit debitum, quod sacco concludi possit. Prior illa varios effectus habet, scilicet quòd moram emendet, periculum oblatæ pecuniæ in creditorem transferat, idque vel ipso jure, si res certa debita post oblationem perierit, *l. Si stipulatus 105. sup. De V. O.* aut per exceptionem, si res in genere debita, uti pecunia, post oblationem perierit, *l. Interdum 73. in fine sup. eod. l. Qui decem 72. in princ. h. t.* Ratio diversitatis esse videtur, quòd priori casu rei certæ interitu liberetur debitor, quia periit quod debebatur, si nulla ejus arguatur culpa vel mora. Posteriori verò casu cùm tantùm in genere res debeatur, non potest quidem dici periisse id, quod debebatur, cùm genus non pereat; quia tamen iniquum, exuti debitorem, qui pecuniam oblatam amisit, quam non amisisset, si creditor eam accepisset, lex ei dedit exceptionem contra creditorem, *l. 72. in princ.* Et hoc ita in contractibus stricti juris; nam in iis, quæ sunt bonæ fidei, etiam ipso jure liberatur debitor in casu, *d. l. 72. in fine princ.* Ratio est, quòd exceptiones insint his contractibus, *l. 3 sup. De rescind. vend.* etiamsi non sint contestatæ. Illis verò non aliàs insunt, quàm sint contestatæ; *l. 8. & 9. C. De except.* Dixi periculum rei amissæ transferri in creditorem; nam secus, si salva sit, ut mox dicemus. Dicta procedunt, si oblatio fiat opportuno loco & tempore, *l. Si soluturus 99. h. t.* & non sit causa, quare creditor oblatum debitū non acceptet, *l. creditor 102 h. t.*

38 Præterea, secundùm aliquos, sistit cursum usurarum ex mora, per *d. §. Seia*, de quo tamen dubitari posset, cùm leges passim requirant dispositionem in eum finem, *l. 1. §. fin. sup. De usuris*: nisi accipias textum istum de cursu jam inchoato, secundùm *l. 7. sup. De usuris*, dictum verò §. *Seia* de cursu inchoando, secundùm *l. 9. Cod. De usuris.* † Ad pœnam commissam quod attinet; 39 eam non impedit ista oblatio, uti nec solvit pignus, *l. Nec creditores 10. in fine C. De pignorat. act.* ubi requiritur solutio, vel oblatio cū depositione. 40 † Multò minùs operatur sortis liberationem, qua-

quatenùs extat, cùm liceat creditori recusatam pecuniam exigere, in cujus solutione debitor moram faciens tenebitur, Quò facit, quod in *l. Qui Romæ* 122. §. *Seia in fine sup. De V.O*, dicitur, *si non cessasset offerre*, id est denuò exactus moram non commiserit; posterior enim mora nocet ulrimo morosο, *l. Illud sup. De perse. & com. rei vend.* Qua in re aliqui volunt esse differentiam inter ultimas voluntates & contractus, quòd scilicet in illis omninò liberetur dare jussus, si stet per eum, in cujus persona conditio implenda, quò minùs adimpleatur, uti dictum suprà, *ad tit. De condit, & demonstr.* Sed hoc ita tantùm in conditionibus receptum, nec tantùm iis, quæ appositæ ultimis voluntatibus, sed & quæ contractibus, *l. Labeo De contrah. empt. l. In omnibus* 39. *inf. De R. I.* Aliter se res habet in iis, quæ purè debentur, in quibus recusatio oblatæ pecuniæ non excusat debitorem, quò minùs eam extantem postea solvat.

41 Plenum effectum liberationis ipso jure operatur oblatio cum depositione obsignatæ pecuniæ, *l. 9. C. h. t.* etiam facta propriâ auctoritate. Cujus ratio est, quòd debitum videatur hoc modo quasi traditum & translatum in creditorem, cui, quòd non acceptaverit, imputatur; quo modo & per eam usuræ currentes sistuntur, quæ dantur nomine usus rei apud debitorem consistentis, qui per depositionem ei aufertur, *l. Socium* 60. *sup. Pro socio.* Oblatio ejusmodi oportet sit facta tempore opportuno & loco *d. l. 9.* in sacro scilicet, aut publico, aut adsignato per judicem, præcipuè post contestationem, *d. l. 9.* Consignationem habeat adjunctam, pecuniæ scilicet conclusæ in sacculo per sigillum signato, *l. 1. §. si pecunia sup. Depositi.* Nam si deponatur non consignata, non videtur pecunia esse in ea conditione, ut salva sit, & parata creditori eam recipere, ubi velit, cùm ejus usus sit penes depositarium, qui poterit moram committere in ea reddenda creditori, damno deponentis; & deinde ut sciri possit, an debitum totum sit conclusum, quod necesse est, nam ut non rectè pars solvitur, ita nec deponitur, cum effectu liberationis, *l. 9. C. h. t. l. Tutor §. 1. sup. De usuris*, adeò ut simul usuræ commissæ sint deponendæ, utpote debitæ, *l. 6. C. De usuris.*

42 Q. An liceat debitori consignatam pecuniam recipere? Omninò, cùm in ejus dominio permaneat, *l. Acceptam. 19. C. De usur.* non etiam transeat in dominium creditoris, necdum ab eo acceptata. Verùm non operabitur liberationem eo casu depositio, sed ejus effectus resolvitur perinde, ac si numquam fuisset facta. Super quo frustrà conqueritur creditor, cum recusaverit pecuniam recipere; quod sibi imputet.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 3. De Solutionibus & liberationibus.

AD *n. XVIII.* Ut debitor ad beneficium dict. Auth. *Hoc nisi* admittatur, requiritur I. ut ostendat, se non habere facultatem solvendi, in pecunia numerata. II. Quod probet, se fecisse exactam diligentiam, reperiundi emptorem, & quod non reperierit, III. Quod offerat bona meliora, ad electionem creditoris. IV. Quod caveat de evictione, V. Quod transferat dominium. VI. Quod det instrumenta titulorum, *vid. Dd. ad dict. Auth.*

Hodiè secundum Noviss. Recess. Imp. Ratisb. de ann. 1654. §. So viel nun creditori aliud pro alio solvi potest: quod quidem satis durum, sed tamen servandum est, quia ita lex scripta *sic. l. Prospexit* 12. *inf. Qui & à quibus manum.*

Ad n. XXVIII. Quando debitor offert pecuniam mutuam creditori in Judicio, & creditor dicit, plus sibi deberi, debet Judex cogere actorem, ut accipiat oblatam pecuniam, & postea cognoscat, an plus debeatur, vulgò Gelt vor/ Gelt nach. Quod tamen verum est, quando debitum est illiquidum, alias in debito liquido firma manet regula: *Solvenda est res integra vid. Oldend. tract. de action. class. 4. action. 7. in fin. Besold. in thes. Tract. verb.* Gelt.

Ad n. XXX. Si quis promissionem promittat, his formalibus: Ich will diß dieser Tagen entrichten: quot dies subintelligantur? *vid. alleg.* à Wesen. *in obs. pract. verb.* dieser Tagen. *Pag.* 102.

Ad n. XXXI. Debito soluto, non modo reddenda est obligatio, sed & quietatio, ad utrumq; enim creditor tenetur *sec. Gail. 2. obs. 37. n. 4. & allegatos* à Wes. *dict. tract. verb.* Quitantz *pag. 554. vid. etiam tit. seq. n. fin.*

TITULUS IV.
De Acceptilationibus.
SUMMARIUM.

1. *Acceptilatio quid?*
2. *An sit juris civilis, an verò gentium.*
3. *Effectus acceptilationis.*
4. *Acceptilatio est purè facienda.*
5. *Acceptilatio inutilis habet vim pacti utilis.*
6. *Modi alii, quibus obligatio ipso jure tollitur.*
7. *Tempus adjectum non est modus tollendæ obligationis.*
8. *Chirographi redditio operatur liberationem.*

1 Tollit etiam ipso jure obligationem Acceptilatio, quæ est liberatio per mutuam interrogationem, quâ contingit utriusque ab eodem nexu absolutio, *l. 1. h. t.* vel generaliùs, est conceptio verborum, quâ creditor debitori quod debet acceptum fert, veluti si quis dicat suo creditori, *Decem, quæ promisi, accepta habes?* & creditor respondeat, *Habeo*.

2 Ubi dubitatur, An sit juris civilis, an gentium? Rectiùs ejus originem juri civili attribueris, cùm fiat per stipulationem, cujus originem juri civili attribui dictum est suprà *De V. O.* Obstare videtur *l. 8. in fine h. t.* ubi dicitur esse juris gentium; verùm hoc ibi ita, quia agitur de tollenda obligatione per acceptilationem, ut, licet sint ejus incapaces servi & deportati, non debeat tamen iis obesse ista incapacitas, quoad obligationis dissolutionem, cùm jura sint proniora ad dissolvendam obligationem, quàm ad contrahendam, idque propter pactum quod subest, cujus sunt capaces.

3 Effectus hujus est liberatio omnimoda, ad instar solutionis, unde & dicitur imaginaria solutio. Non contingit autem ab alia obligatione liberatio, quàm quæ verbis contracta fuit, *Instit. Quibus mod. tollit. oblig. §. item acceptilatio*, cùm sit naturale, unumquodque eo modo dissolvi, quo colligatum est. Quo modo obligatio consensu, litteris, aut re inita non tollitur acceptilatione; nisi priùs translata fuerit in eam, quæ verbis fit, per stipulationem Aquilianam, secundum formam ab Aquilo inventam, quâ primò novatur prior obligatio in eam, quæ fit verbis, deinde hæc tollitur acceptilatione, v. g. *Quod tibi debeo ex empto, habes tibi debitum ex stipulatione? Habeo?* deinde, *Quod ex ista stipulatione debeo acceptum fers? Fero. Inst. d. t. §. est autem prodita.*

4 Facienda est purè acceptilatio, ut pariat liberationem, nam diem & conditionem respuit, uti solutio, ad cujus exemplum inducta, *l. 4. & 5. h. t.* Opus enim in ea est verbis, quæ præsentis actus sint significativa, & ab ipso facto executionem actus sumant, cui dies & conditio repugnant. Debitum tamen in diem & sub conditione rectè acceptilatione tollitur, ita ut postea dies eveniens aut conditio faciat nihil debeti, *l. Quod in diem 12. l. Sub conditione 21. h. t.*

5 Quæritur hîc, An acceptilatio inutilis habeat vim pacti utilis? Quod dicendum, quatenus vitium ponit materia, ut quia accepto latum, quod debebatur ex causa mutui, quòd scilicet inutiliter fiat, quia acceptilatio, ut dixi, non extinguit nisi verbis initam obligationem; inde tamen oritur exceptio pacti de non petendo, *l. Si unus 27. §. si acceptilatio sup. De pact.* cùm acceptum ferendo hoc agatur, ut non petatur, atque ideo eatenus actus ille est utilis. Si vitium fuerit in forma, si nutu facta fuerit, nihil illam operari probabile est, *arg. l. 1. §. si quis ita sup. De V. O.* eo quòd formæ defectus faciat rem non videri subesse. Volunt tamen quidam indistinctè eam habere vim pacti utilis, inter quos est Cujac. ad *d. l. Si unus sup. De pact. lib. 3. Pauli ad Edictum*, & Donel. *ad l. 1. §. si stipulanti n. 5. sup. De V. O.*

6 Hæc de modis, quibus ipso jure tollitur obligatio. Sunt & alii, quibus per exceptionem tantùm obligatio perimitur; cujus ordinis est pactum de non petendo, per quod non tam tollitur obligatio, quàm enervatur ope exceptionis, uti dictum sup. *De except. doli mali*. Idem, si per sententiam verus debitor absolvatur, qui nihilominus manet debitor, quamvis per exceptionem se tueatur, uti dictum *ad tit. De except. rei judicatæ*. Idem & datum jurejurando, uti dictum ad *tit. Quarum rer. actio non dat.* Operatur & legata liberatio, ut se per exceptionem tueatur debitor contra hæredem; imò & potest ipsum cogere, ut liberetur per acceptilationem, *l. 3. §. nunc videamus sup. De liberat. leg.* quæ & proficiet ejus fidejussoribus.

7 * Per tempus quoque adjectum non tam ipso jure extinguitur obligatio, quàm per exceptionem; nam quod alicui deberi incœpit, certis modis deberi desinit, inter quos non est tempus. Si tamen post tempus stipulator petat, rejicietur doli mali exceptione, quia pactis conventis naturali ratione inductus Prætor stari voluit, *l. Obligationum 44. §. placet sup. De oblig. & act.*

8 Non malè etiam liberationis effectum attribueris redditioni chirographi per ipsum creditorem, aut ejus mandato per procuratorem, *l. 7. C. De remiss. pign.* quòd non possit videri alio fine quàm liberationis redditus, *l. 2. sup. De pact.* Cujus ratio est,

est, quòd principalis obligationis auctoritas contineatur chirographo. Vt non obstet, quòd redditio pignoris non liberet debitorem, *l.3.sup. De pact.* quia continet causam accessoriam, quâ sublatâ non tollitur principale. Non operatur autem hæc redditio liberationem ipso jure, sed potiùs per exceptionem, *d.l.2.* parit enim tantùm pactum de non petendo; nisi sit alia mens reddentis.

TITVLVS V.
De Prætoriis Stipulationibus.

SVMMARIVM.

1. *Prætoriæ stipulationes quæ dicantur.*
2. *Earum finis & effectus.*
3. 4. 5. *Aliæ Iudiciales, aliæ Cautionales, aliæ Communes.*

1 STipulationes alias esse Prætorias habet *l. 5. sup. De verb. oblig.* quas J. C. hoc Tit. seorsim exequitur, quod habeant quædam specialia; dictæ ex eo, quòd Prætor in edicto suo eas interponi jubeat. In iis id observatur, ut, si quid obscuri aut controversi oboriatur, ejus cognitio & interpretatio sit penes Prætorem, *l.1.§.pen. & l. 2.h.t.* Ad cujus etiam jurisdictionem pertinet, si quid addi aut detrahi oporteat, *d.l.1.§.fin.* & pro eo, quod fieri convenit, caveatur, non per pignora aut depositionem auri vel argenti, sed per personas, veluti fidejussorem, *l.7.hoc tit.* Sunt tamen quædam, quæ nudâ repromissione sunt contentæ, eæque paucæ, quas Vlp. *d.l.1.§.stipulationem hoc tit.* enumerat. Continent autem vel restrictionem rei, ut stipulatio ex novi operis nuntiatione; quâ cavetur, ut opus restituatur, vel in certam quantitatem, ut judicatum solvi, damni infecti, *l.2.h.t.*

2 Finis earum est, ut cautum sit stipulatori. Vnde sæpiùs interponuntur, si sine culpa stipulatoris cautum esse desierit, *l. 4. hoc tit.* ut si stipulator fidejussori hæres extiterit, aut è contrà, *l. de die 8. §. si fidejussor sup. Qui satisdare cog.* aut fidejussor ad inopiam redactus fuerit, *l. Si ab arbitrio.10. sup. d. tit.* Commodius etiam est in iis, quæ quanti ea res est, promissionem habent, quia incertum continent, pœnam subjicere, quæ committatur nisi fiat, quod promissum, idque ad evitandam probationem ejus, quod interest, quæ est difficilis, *l.6. & fin. h.t.* Est & procuratori in his satisdandum, *l.3. h.t.* cujus stipulatio dat utilem actionem domino, *l.5. h. t.* Effectus est, ut, nisi quod convenit, fiat, agatur adversus debitorem, ejusque fidejussores.

3 Proponuntur autem *d. l. 1. hoc tit.* tres harum stipulationum species, Judiciales, Cautionales, & Communes. Judiciales non à judice dictæ, sed à judicio, cujus servandi & firmandi causâ interponuntur, ne inane sit & inutile, ut judicatum solvi, quæ stipulatio habet tres clausulas, *l. 6. inf. judicatum solvi.*

4 Cautionales non ita dictæ proprio nomine, quòd per eas stipulantibus caveatur, cùm ea omnium stipulationum sit natura, ut ideo interponantur, quo quis fiat tutior & securior, *l. 1. §. & sciendum h. t.* sed quod intercedant, ut nova sit actio, sive, ut alii legunt, fiat novatio, *d.l.1.§.cautionales.* Vt sensus sit, hujusmodi stipulationes ideo interponi, ut pristina actio, quæ stipulatori competebat: in stipulationem jure novationis transfundatur; ut proinde tota stipulationum ratio in stipulatione cautionali consistat. Sic stipulatio legatorum vel fideicommissorum nomine interposita novat actionem ex testamento, ut qui legatum sibi relictum stipulatus est, ampliùs ex testamento non agat, *l.Si sub conditione 21.sup. De acceptilat.* & stipulatio, rem pupilli salvam fore, novat tutelæ actionem, *l.Si pupillus 9.sup. De novationib.* Stipulatio, rem ratam haberi, novat condictionem ante competentem, *l.fin.in fine inf. Rem ratam hab.* Stipulatio damni infecti novat actionem si quæ possit competere de damno, ut in *l. Si Fistula 18. sup. De servit. urban. præd.* Si nulla competat, uti communiter, *l.6.§.1.sup. De dam. infecto*, non ideo minùs cautionalis, sed potiùs talis dicenda, quòd eâ non interpositâ, nullo remedio ei, qui damnum passus cautum esse possit, *d. l. 6.* sit autem cautum per eam interpositam.

5 Communes definit Ulp. *d.l.1.* quæ fiunt judicio sistendi causâ, ut ad præparandum judicium pertineant. Rectè dicuntur communes, quòd mixtam naturam habeant, cùm non possint inferri ad judiciales, quia non interponuntur præcipuè, ut judicium sit firmius; neque etiam ad cautionales, quia pertinent aliquatenus ad judicii firmitatem, ne frustrà dies agendi præstituatur. Alia ratio est earum communium stipulationum, de quibus Pomponius in *l.5.sup. De V.O.* nam illæ ita dictæ, quòd interdum à Judice dato interdum à Prætore exigantur.

TITULUS VI.
Rem pupilli vel adolescentis salvam fore.

SVMMARIVM.

1. *Cavere rem pupilli salvam fore qui teneantur.*

2. *Caven-*

2. *Cavendum ipsi pupillo stipulanti, vel servo ejus, loco absentis, vel si fari nequeat.*
3. *Stipulatio hæc committitur finitâ tutelâ.*
4. *Idq; si agatur generali judicio tutelæ.*
5. *Et quidem contra singulos fidejussores in solidum.*
6. *Fidejussoribus pluribus non est beneficium divisionis.*

1 PLeræque stipulationes superiùs sunt expositæ: aliquarum adhuc expositio subjungitur sequentibus Titul. Prima est, Rem pupilli salvam fore. Hanc tutores, curatores præstant, *l. 4. §. illud. h. t.* exceptis testamentatiis, & iis, qui ex inquisitione sunt dati. *Inst. De satisdat. tutor.* Illorum ratio est, quòd fides eorum & diligentia per patrem sit approbata, cujus approbatio est loco satisdationis, *l. fin.* & *l. Si quidem C. de curat. furiosi.* Horum ratio est, quòd inquisitio super conditione sit loco satisdationis, ut non videatur vacare contumeliâ, de eorum fide dubitare, *l. 17. in fine sup. De testam. tut.*

2 * Cavendum autem ipsi minori stipulanti, etjam pupillo, si sit præsens, & fari possit, licet ejus ætatis sit, ut non intelligat, quid agat; benignè enim receptum est, ut stipulari possit, *l. 6. h. t.* Si absit, aut fari non possit, servus ejus stipulabitur, aut Prætor aliquem dabit, qui pupillo stipuletur, eique acquirat saltem utilem actionem, *l. 2. 3. 4. in princ. h. t.* non directam, quia nemo alteri stipulatur. Furioso stipulabitur curator, etiam filius, si sit in potestate. *l. 5. h. t.*

3 Stipulatio hæc non committitur nisi demùm finitâ tutelâ, *l. 1. & l. 4. §. hanc stipulationem h. t. l. 4. sup. De tut. & rationib. distrah.* Ratio est, quòd absurdum lex judicaverit, aliquem urgeri ad rationem administrationis, in qua perseverat, *l. Si tutor, 9. §. generaliter sup. d. tit.* Quæ ratio & in curatore obtinet, ut, quamdiu administratio communis durat, contra eum judicium exerceri nequeat, *l. 2. Cod. De administ. tutor.*

4 * Et hoc, si agatur generali judicio tutelæ aut curæ; Nam speciali super certa re, quæ dolo aut culpâ curatoris, salva esse desiit, contra curatorem rectè agitur, durante administratione, de qua accipiendus §. *hanc stipulationem in l. 4. hoc tit.* dum inter tutorem & curatorem hac in re distinguit, & *l. Cùm adhuc 16. sup. De tut. & rationib. distrah.* & *l. Cum curatore 26. sup. De administ. tutor.* quæ cum curatore agi posse tradunt, etiam durante administratione, speciali scilicet actione; quâ tamen non agitur contra tutorem, ex ratione, quòd tutelæ actio semper sit generalis. Cujac. in *Recit. C. Arbitrium tutelæ.*

5 Committitur & tum demùm contra fidejussores, & quidem singulos in solidum, cessante beneficio divisionis, *l. fin. h. t.* quæ dicit pupillum non distringendum in plures, id est non cogendum, ut in singulos agat, & actionem dividat. Quod accipiendum de pluribus fidejussoribus ab uno tutore datis, nam à pluribus tutoribus dati, ut ipsi tutores, habent divisionis beneficium.

6 * Quòd autem fidejussoribus pluribus pro uno tutore non sit beneficium divisionis, cum tutoribus pluribus detur, ideò est, quia actio tutelæ, quâ tenentur plures tutores, est bonæ fidei; æquitas autem arbitrii atque officii boni viri seu bona fides desiderat, hujusmodi divisionem admitti, maximè cùm propterea non distringatur pupillus pluribus judiciis, quandoquidem plures mittantur ad unum eundemque judicem, *l. 5. Cod. Arbitr. tutelæ.* Actio verò, quâ tenentur fidejussores, est ex stipulatu & stricta, non admittens facilè æquitatis divisionem, agente pupillo, quem distringi in plures fidejussores ex facto tutoris minùs æquum, cum quo non contraxit, sed in quem incidit: datur enim tutor invito & ignoranti.

TITULUS VII.
Judicatum solvi.

SUMMARIUM.

1. *Stipulatio hæc quando & à quo præstanda.*
2. *Ejus partes tres. I. De judicato solvendo.*
3. *II. De re defendenda.*
4. *III. De dolo malo.*
5. *Ex uno casu commissa ex alio committi non potest.*

1 SEcunda stipulatio est Judicatum solvi, cujus finis est, Ut res judicato facto parata sit. Præstanda olim erat à reo convento in actione reali, non etiam personali: hodie nec in reali nec in personali eâ gravatur reus, in propria persona conventus, *Inst. De satisdat. §. sed hodie.* Quòd si per procuratorem quis conveniatur, stipulatio hæc præstanda, vel à reo ipso comparente in judicio, & sui procuratoris personam firmante, aut etiam extra judicium, pro eo satisdationem interponente, *Inst. d. tit. §. si verò aliquis,* vel reo absente ab ipso procuratore, absentis defensionem suscipiente: nemo enim alienæ rei sive in personali sive in reali defensor idoneus sine satisdatione intelligitur, *Inst. d. tit. §. fin.* ne judicia fiant elusoria. Formula stipulationis judicatum solvi traditur à Cujacio 10. *Obs. c. 29.*

2 Ejus tres sunt partes. Prima est de judicato solvendo, *l. 6. h. t.* per quam in tantum committitur stipulatio, quantum judex deberi pronuntiaverit, *l. 9. h. t.* Et hoc tantùm quoad causam principalem

leminam, secundùm dicta superiùs de fidejussoribus, non tenetur fidejussor ad ea, quæ per moram aut contumaciam rei acciduut. Committitur hæc stipulatio, ceduque ejus dies statim post rem judicatam: venit demum, id est, exactio differtur in tempus, quod reo ad solvendum indulgetur, *l. 1 h. t.* quod est quatuor mensium, *l. 2. C. De usur. rei judicatæ.*

3 Secunda est de re sive causa defendenda, cui locus est, si viri boni arbitratu non defendatur reus, quo nomine exiget actor quanti interest à reo aut ejus fidejussore. Non priùs autem committitur ista stipulatio, quàm ex ea lis fuerit contestata, & duraverit; nam eà finità solutione, transactione, acceptilatione, aliove modo, evanescet & ista stipulatio, *l. cum quærebatur 13. h. t.* Impeditur & commissio ex his causis, si judex mutetur, *l. 3. in pr. h. t.* si mutetur persona litigantis, quia non est eadem, quæ comprehensa stipulatione, *l. 7. h. t.* si mutetur actio, *d. l. 13. in fine,* quia non est eam in rem cautum, *l. Non ab judice 14 sup. De judiciis.*

4 Tertia, dolum malum abesse & abfuturum, *l. 4. h. t.* quæ & præsens & futurum tempus respicit, ut si aliquo tempore dolus non abfuerit, committatur ista stipulatio, *l. Novissima 19. h. t.* Triplex itaque clausula hac stipulatione continetur, quæ ab ea, quæ præcipua est, scilicet Judicatum solvi, nomen sortita; † non tamen pluries

5 committitur, sed ex una clausula commissa, ex aliis ampliùs committi nequit, *l. 5. §. in hac hoc tit.* quòd hæ stipulationes unà verborum complexione contineantur. Et hoc si una sit persona, contra quam agatur; nam si sint diversæ, veluti si promittendi reus duos hæredes reliquerit, quorum alter defendit, alter non, ille ob rem judicatam convenietur, hic ob rem non defensam, *l. fin. hoc tit.* ubi Faber vult ultimum versiculum esse subjectum à Triboniano, quod non est in jure infrequens, *Conjectur. lib. 12. c. 17.*

TITVLVS VIII.

Rem ratam haberi, & de ratihabitione.

SVMMARIVM.

1. *Stipulatio hæc quo modo fiat.*
2. *Habet locum in procuratore actoris.*
3. *Defensor rei quando hujusmodi satisdatione gravetur.*
4. *Finis stipulationis de rato.*
5. *Præstanda ab initio litis.*

1 Tertia est de rato, sive, ut habet Rubrica, Rem ratam haberi, id est, comprobare & agnoscere, quod à falso procuratore actum, *l. Quo enim 12. §. 1. h. t.* quod non fit verbis tantùm, verùm & actu, ut si litem per procuratorem inchoatam dominus persequatur, *l 5. h. t.* † Habet locum in

2 procuratore actoris, de cujus mandato aliqualiter dubitatur, *l. 1. Cod. De procur.* ut quia non est actis insinuatum, vel alioquin mandatum non cogitur exhibere, cujus ordinis sunt conjunctæ personæ, *l. Sed & hæ 35. sup. De procurat.* nam ut ait Ulp. *l. Non solùm 31. §. 1. sup. eod. tit.* qui alieno nomine agit, id ratum habiturum eum, ad quem res ea pertinet, cavere debet, ne judicia fiant elusoria. Hanc satisdationem tutor, curator præstant, *Inst. de satisdat. §. fin. si autem* † Rei

3 defensor si judicatum solvi satisdederit, non alio satisdationis onere gravandus; excepto casu *d. l. 31. §. si status sup. De procur.* quod quasi actor habeatur; & ibidem casu §. *& est casus*; ubi cavet procurator ejusdem actionis nomine & judicatum solvi & rem ratam haberi, ex eadem ratione. In actione quoque in rem defensor de rato cavet *l. Defensor 40. §. sed & sup. d. t.* quia si pro actore pronuntietur, posset dominus reversus eamdem rem petere. In duplicibus judiciis datus ad defendendum duplici cautelâ oneratur, quòd videatur & ad agendum datus, *l. Si defunctus 15, in fine sup d. t.*

4 Hujus stipulationis de rato effectus est, ut si ratum non habuerit dominus, ea committatur, & agatur adversus promissorem, ejusque fidejussores & successores, *l. Si sine 22. h. t.* in id quod interest stipulatoris, *l. Si commissa 13. & l. 19. h. t.* Et hoc, si in totum stipulatio committatur. Si pro parte tantùm non habeatur ratum, veluti si is, cujus nomine cautum, decesserit, duobus relictis hæredibus, quorum alter tantùm ratum habet, alter non, pro hujus parte tantùm committetur stipulatio, *l. Si procurator 81. h. t.* est enim hæc stipulatio dividua ut in partem tantùm committi possit. † Præstanda satisdatio ista ab

5 initio litis, quia spectat ad dilatoriam exceptionem, ut lite semel contestatâ non cogatur procurator satisdare, *d. l. 40. §. ratihabitionis sup. De procur.* Quod accipiendum, si ab initio procurator intervenerit; nam si demùm post litem contestatam constituatur, tunc & ab eo satisdandum, sive de rato, sive judicatum solvi, secundùm *l. 2. Cod. De consortib. ejusdem litis,* quæ alias obstaret.

FINIS LIBRI XLVI.

HENRICI ZOESII I.C.
IN LIBRUM XLVII.
DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.
De privatis delictis.

SUMMARIUM.

1. *Delictum sive maleficium quid.*
2. *Aliud publicum, aliud privatum.*
3. *Privatum aliud verum sive proprium, aliud improprium.*
4. *Ex vero maleficio quæ actio competat, & quæ sint propria hujus judicii.*
5. *Sunt judicia hujusmodi vel ordinaria, vel extraordinaria.*
6. *Delictorum privatorum species.*

1 EXpositis in libris præcedentibus tum realibus actionibus, tum personalibus, sive ex contractu, sive quasi ex contractu, superest videre de iis, quæ oriuntur ex delicto sive maleficio, secundùm *l. 1. in princ. sup. De oblig. & actionib.* quæ habet, omnes obligationes nasci aut ex contractu, aut ex maleficio, id est, turpi admisso, quo alteri malè fit. Est enim maleficium offensio, sive factum, quo quis contra jus læditur dolo culpâve alterius; ut ex maleficio teneri nequeat, qui est 2 extra dolum & culpam. † Aliud est Publicum, quod legibus publicis vindicatur, & propriè dicitur Crimen, de quo infrà libro XLVIII. Aliud Privatum, quo privati hominis læditur utilitas, secundùm aliquos; minùs tamen accommodatè, cùm & ex privata læsione agatur criminaliter, ut in casu atrocis injuriæ, damni dati coactis hominibus, Ut rectiùs dicatur privatum delictum, quod civili & privatâ actione ab eo, ad quem res pertinet, vindicatur.

3 Agitur de privato hoc libro XLVII. quòd ejus actio magis cohæreat & sit vicina judiciis superioribus civilibus. Aliud est verum sive proprium, cui verus dolus sive culpa causam dedit, aliud improprium, quod vero dolo aut culpâ caret; adest tamen nonnulla culpa, quam ponit imperitia, ut in judice, qui litem suam fecit, dum per imprudentiam malè judicando alteram partem læsit, *Inst. De oblig. quæ quasi ex delicto nasc. in pr.* qualis litem suam facere dicitur, quòd periculum seu damnum alienæ litis in se transferat; quod & luit, in quantum pro ratione commissi erroris judicanti æquum videbitur. Dico, per imprudentiam; nam si id dolo fecerit, & arguatur ejus evidens vel gratia, vel inimicitia, vel sordes, ex vero maleficio tenebitur, eritque illi pœna gravior, ut videre est *tit. C. De pœna jud. qui malè judicavit.* Ponit & causam obligationi quasi ex delicto, effundere vel dejicere ibi, quà vulgò iter est, quo alicui nocitum, suspensum quid habere, quod cadere possit, *sup. De his qui vi dejecerunt vel effud.* Ejus ordinis est & factum alterius, qui nobis cohabitat, aut quo utimur in nave, caupona, stabulo, qua de re suprà, *t. Nauta, caupones, stabul. &c.*

4 Hic agitur de vero maleficio, ex quo non tantùm competit actio civilis, quam lex induxit, verùm & criminalis, uti dictum suprà *De oblig. & actionib.* Ubi etiam dictum, in hæredem non rectè agi ex delicto defuncti, *l. 1. h.t.* quòd delicta suos teneant auctores; quamvis è contra hæredi liceat agere contra delinquentem, ne delictum maneat impunitum. Dictum etiam ibidem circa finem, quod, licet plures actiones ex causa contractus vel quasi competere possint, unâ tamen tantummodò sit utendum, non pluribus; ex causa verò maleficii pluribus pœnalibus agi posse, quod numquam plura delicta faciant, ut nullius impunitas detur, *l. 2. hoc tit.* Singulis enim delictis sua pœna debetur, *d. l. 2. t. 1. & §. penult.*

5 Sunt hæc judicia ex privatis his delictis vel ordinaria, quibus ad pœnam lege præscriptam agitur, quo casu in crimen subscribere nihil est necesse, eo quòd agatur de judiciis pecuniariis, vel extraordinaria, quibus agitur ad pœnam jure non definitam, sed Magistratus arbitrio, pro varietate

rietate circumstantiarum, infligendam. Quæ cùm talia sint, ut etiam ad corporis castigationem extendi possint ad quæstiones, imò & mortem (quâ de re infrà *tit. De pœnis*) necessarium est in crimen subscribere, *l. fin. h. tit.*

Ad species delictorum privatorum quod attinet, illæ quatuor præcipuæ ponuntur. Committuntur enim vel in personæ contemptum, & ponitur injuria; vel in res alicuius idque animo vel lucri faciendi, ut per fraudulentam contrectationem, & est furtum, aut per vim apertam, & dicitur rapina, vel nullius lucri causâ, sed lasciviæ exercendæ aut vindictæ, & vindicatur lege Aquiliâ. De tribus prioribus delictis in sequentibus agitur, de postremo actum sit suprà inter actiones reales, propter vicinitatem, quam cum iis habet.

TITULUS II.
De Furtis.
SUMMARIUM.

1. *Furtum quid nominis & res.*
2. *Furtum an naturâ turpe?*
3. *Materia furti est res aliena: item propria quoad usum & possessionem.*
4. *Contrectatio dolosa requiritur, & animus furandi.*
5. *Res aliena qualiter contrectanda.*
6. *Furti tenetur sollicitans servum, ut domino etiam consentienti quid subripiat.*
7. *Inventam rem detinens an sit reus furti.*
8. *Falsus procurator debitum accipiens tenetur furti: idem possessor rei alienæ.*
9. *An & rem suam subtrahens.*
10. *An auferens sibi debitum propria auctoritate?*
11. *An filiusfam. subripiens res paternas?*
12. *Furti tenetur, qui opem consilium dedit.*
13. *Actio ex furto triplex I. Rei vindicatio.*
14. *Emptor rei furtivæ vindicata non repetit à vindicante.*
15. *II. Condictio furtiva, adversus quos & ad quid detur.*
16. *Auferens rem alienam ex causa extrema necessitatis an teneatur restituere?*
17. *III. Actio furti pœnalis; ad quid detur.*
18. *Competit domino, & cujus interest.*
19. *Domino rei commodatæ subreptæ qua actio & adversus quem detur.*
20. *Depositario non datur.*
21. *Emptori ante rem traditam non competit.*
22. *Fur ipse furti non agit.*
23. *Actio furti adversus quos detur.*
24. *Contrà domesticas personas non datur.*
25. *Neque contra uxorem.*
26. *Quid si uxor commodatarii rem commodatam subripuerit?*
27. *Pœna subripientium in casu naufragii.*
28. *Pœna furti extraordinaria & criminalis.*
29. *Pœna servorum fugitivorum.*
30. *Pœna laquei & fustigationis, ex Constitutione Friderici Imp.*
31. *Pœna hæc capitalis an & qualiter justa?*

INter cætera privata delicta frequentissimum est furtum, ejusque actio antiquissima, descendens ex L. XII. Tabb. † Nominis etymon, sive Græcum sive Latinum inspicias, à ferendo sive auferendo rectè deduxeris, quamvis & aliam originem videatur J. C. in *l. 1. h. t.* & Imp. *Inst. eod.* non respuere. 1

Definitur esse contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratiâ, vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisvè, quod lege naturali prohibitum est admittere, *d. l. 1. in fine.* Quæ posterior particula non tam facit ad definitionem, quàm indicat furti turpitudinem, ut quam & natura adversetur. Quò respicit Ulp. *in l. Probrum 42. inf.* De V. S. dum dicit, probra quædam naturâ turpia esse, quædam civiliter, & quasi more civitatis, ut puta furtum, adulterium naturâ turpe est. Rectè, cùm jure gentium distincta sint dominia *l. Ex hoc jure sup. De just. & jure.* Nec audiendus Aleiatus, qui vult Ulpianum istâ lege velle, furtum more civitatis turpe esse, quòd Ægyptii & Lacedæmonii impunita furta reliquissent, ut videre est apud A. Gellium *Noct. Attic. lib. 11. c. 18.* quibus exercitio & disciplinæ furta erant. † Quasi verò sequiora aliquarum gentium facta possint quidquam ex divina omnium consensione pervertere, sic enim & parentum concubitu abstinere ideo turpe non esse dixeris, quod Persis non abstinere moris esset, ut juri gentium id minùs prudenter videatur attribuisse Harmenopulus *lib. 1. cap. 4. in fine.* Itaque furtum est prohibitum jure naturæ, propterea quòd rem jure gentium alteri attributam eidem auferat, quod non patitur ratio naturæ. Vid. Gœddæus *ad d. l. 42. n. 7. & 8.* 2

Materia furti est res aliena, ut rectè Theophil. addat definitioni nomen, *aliena*: neque enim rei suæ quis potest dici furtum facere, cùm nemo re propriâ dicatur abuti cujus liberum habet arbitrium. Et hoc quoad proprietatem; nam quoad usum & possessionem quis furtum rei suæ facit sub- 3

 cit sub-

eit subripiendo eam creditori, cui pignori eam tradiderat. Parva sit res, an magna, non interest, *l. 5. §. pen. sup. De acquir. rer. dom.* Necesse tamen aliquis sit dominus; nam rei pro derelicto habitæ furtum fieri nequit, quod res ista nullius sit. Sic & hæreditati jacenti res subrepta non ponit furtum, quòd hæreditas necdum dominum habeat, qua de re infrà *tit. Explicata hared.*

4 *Contrectatio* ponitur loco generis, & dat formam, non simplex, sed qualificata, scilicet fraudulosa, quia non quælibet contrectatio rei, sed ea, quæ dolosè fit, ponit hoc maleficium. Rectè autem loco generis ponitur, cùm furtum non versetur nisi circa res mobiles, quæ secundùm etymon verbi moveri & auferri possunt, non etiam circa res immobiles, quæ moveri nequeunt. Requiritur & animus, ut rectè quis fur dicatur: quo modo non faciet furtum quisq; sensu & dolo caret, uti pupillus infantiæ proximus; nam qui est pubertati proximus potest furtum committere, quia potest habere sufficientem sensum, ut patet ex iis, quæ traduntur, *tit. De delict. puer.* Non furiosus, quia sensu caret, uti & amens. Prodigum non rectè exceperis, cùm in delictis illi sensus sit, & ex delicto veniat puniendus.

5 Sive autem contrectetur res aliena per amotionem, sive sine ea non interest, modò quis abutatur re alienâ: quo modo creditor re creditâ, depositarius depositâ utens, commodatarius commodatâ abutens, furti vitio se obligant. Nisi dominus non fuerit invitus, vel probabiliter eum invitum non esse crediderint, quia furtum continet injuriam, quæ non fit volenti, nec ab eo, qui extra dolum est, qualis est iste, qui probabiliter credidit dominum esse volentem.

6 Unde dubitatum, An domino consentiente, ex servi indicio & permittente delationem rerum ad corruptorem, furti aut servi corrupti agi possit? Ratio dubitandi est in domini consensu. Rescriptum tamen est in *l. Si quis 20. C. h. t.* furti agi posse, nihil obstante domini consensu, qui non intendit, ut corruptor rem lucretur, sed ut res penes eum deprehendatur, cui & concessa actio servi corrupti, *d. l. 20.* eò quòd non steterit per corruptorem, quò minus servus alienus corruptus fuerit; cujus & improbus conatus meretur hanc pœnam, ut alii deterreantur ab hujusmodi cogitatione.

7 Quæsitum & de eo. An rem detinens inventam sit furti reus? Quod videri posset, si res probabiliter sit alicujus, & inventor non inquirat de domino per præconem aut scedulam publicè affixam, cùm non tantùm furtum committatur injustâ acceptione, sed & detentione, quàm hic injustam facit affectata ignorantia, *l. Inficiando & l. Falsus §. qui alienum h. t. can. Si quid invenisti xiv. q. 5.* Quod si sufficienter inquisiverit inventor, nec compareat dominus, non videtur furtum committere, rem inventam detinendo, cùm nec naturali nec divino jure jubeatur eam dare pauperibus; quamvis hoc sit tutiùs, ut saltem aliquatenus expendatur in utilitatem domini ignoti. Pro qua parte videtur facere textus in *Auth. Omnes C. Communia de success.* ubi peregrinorum intestatorum bona deferuntur pauperibus. Covarr. *ad c. Peccatum p. 3. §. 1. n. 25.*

8 Falsus procurator quin exigendo vel recipiendo debitum alienum furtum committat, non sinit dubitari *l. Falsus 19. C. hoc tit.* cùm rem alienam contrectet animo lucri faciendi. Quod & dicendum de eo, qui in officio existens pecuniam consumit, lucri faciendi causâ *l. 2. sup. De tutela & ration. distrah.* Possessorem alienæ rei facit huic vitio obnoxium mala fides, contrectat enim rem alienam, eam detinendo, quam scit alienam. Bona fides ab hoc vitio defendet, quamvis, si titulum non ostendat, non sit evitaturus alienam à bono viro suspicionem. *l. 5. C. h. t.*

9 Subtrahens rem suam apud alium existentem nullo titulo, extra furti vitium est dicendus, cùm non subripiat alienam, sed propriam. Vbi tamen requiritur primò, res sine dubio sit ejus, qui clam eam subripit: nam si dubium fuerit, potior erit causa possidentis. Secundò, ut aliâ viâ citra molestiam eam consequi nequeat. Tertiò, ut absit scandalum, quia aliàs in foro exteriori non foret talis extra furti suspicionem. Absit etiam detrimentum alterius, cui posset furtum imputari, quæ tamen conditio concernit potiùs leges charitatis, quàm justitiæ. Idem dicendum de auferente sibi debitum propriâ auctoritate, si alia via commoda illud recipiendi desit, cùm absit affectus furandi, & læsio proximi.

10 Quo tamen casu oportet debitum sit verum & liquidum, & lege justitiæ, non etiam gratitudinis tantùm; nam antidotalis obligatio tantùm dependet arbitrio ejus, qui beneficium accepit, nec ponit verum debitum. Jason *ad. l. 6. n. 72. sup. De just. & jure.* Vbi compensatio facienda erit in re ipsius debitoris, non etiam aliena, & quoad fieri poterit in re fungibili ejusdemq; speciei cum ea, quæ debetur, ut minùs gravetur debitor. Cavendum autem erit, ne iterata solutio fiat, quia res ista gravaret eum, qui hac viâ sibi consu-

consuluit. Est etiam cavendum scandalum, ut rectè monet Covarr. *1. Variar. Resol. c. 2. num. 15.* Navar. in *Summa c. 17. n. 112. cum seqq.*

11 Furtum itaque fit contrectando rem alienam, lucri faciendi gratiâ. Unde quæsitum, An filiusfam. subripiendo res paternas possit dici committere furtum? Ratio dubitandi est, quia eadem cum patre persona & bonorum ejus quasi dominus est. Verùm, hoc non obstante, non est extra furti vitium, §. *hi qui in parentum Inst. h. t.* nam verè diversa persona est à patre, & verè contrectat rem alienam, cujus non est verus dominus. Similiter

12 & in servo dicendum. * Nec tantùm qui contrectat rem alienam, fur dicendus, verùm & qui concurrit ope, consilio, non tantùm conjunctim, sed & separatim, sive tantùm consulendo, quatenus effectus subsequitur, ne obstet §. *interdum furti vers. certè Instit. hoc tit.* sive tantùm opem ferendo, veluti scalas eum in finem supponendo, *l. In furti 50. §. rectè h. t.* Dico eum in finem, nam aliàs animus deesset.

13 Triplex ex furto actio est. Prima rei vindicatio, quæ datur domino, cujus res est ablata, neque enim per furtum amittitur dominium. Competit contra quemcumque possessorem, §. *fin. Inst. h. t.*

14 Perditæ rei debetur æstimatio.* In casu autem vindicatæ rei emptor licet bonæ fidei, pretium à vindicante frustrà repetit, *l. 2. C. h. t.* discat enim cautè mercari. Nec juvabit eum, quod emerit in finem restituendi rem domino, cùm per hoc non possit tolli domino jus competens, *l. Id quod nostrum 11. De R. I.* Nisi res aliàs peritura fuisset, vel numquam ad dominum reversura, uti ea, quæ ab hostibus redempta, *l. 6. inf. De capt. & posthum. reversf.* aut pretium conversum in domini utilitatem, ne fiat locupletior damno alieno. Alciat. *p. 3. Præsumpt. c. 34.* Emptæ quoque rei alienæ in taberna publica, aut foro, pretium repeti posse, videtur, cùm nihil sit imputandum emptori, qui probabilem habet ignorantiam, *arg. l. 5. Ad S. C. Macedon.*

15 Secunda est condictio furtiva, inventa in odium furum, quæ aliàs domino non competit, §. *fin. Inst. hoc tit.* Competit illa contra quemvis furem, ejusque hæredem, ut quod ablatum est restituatur, etiamsi ad hæredem nihil pervenerit; quod hoc casu est singulare, ne facilè fures hæredes habeant. *l. 7. & 9. sup. De condict. furtiva.*

16 Ubi quæri posset, An teneatur restituere, qui accepit rem alienam ex causa extremæ necessitatis? Et posset videri non teneri, sive inspicias acceptionem, quæ justa fuit & legibus permissa, *c. 3. hoc tit. can. Discipulos De consecr. dist. 5.* sive rem acceptam, quæ consumpta est ut propria, non ut aliena, per *L. 2. §. cum in eadem sup. Ad L. Rhodiam, & can. Sicut dist. 74.* ubi dicuntur bona communia in tali casu, & crimen dicitur, cùm possis, denegare indigenti: qui proinde non videtur peccare, si sibi provideat, ad evitandum mortis periculum, eo modo, quo quisque contra violentum invasorem se defendit. Quod tamen ita procedet, nisi & dominus sit in eadem necessitate, cui citra juris læsionem quod reliquum ei inopia fecit, non abstulisset, *arg. l. Præses Cod. De servitut.* Dicendum tamen, non excusari à restitutione, si ad pinguiorem fortunam devenerit, cùm non tam acceperit rem communem, quàm communicandam, ut patet ex *d. §. cùm in eadem,* nec teneatur dominus donare, cùm satisfaciat per mutuum providendo inopiæ alterius. Navarr. *d. loco n. 61.* Clarus §. *Furtum n. 25.* Ut non obstet argumentum, quòd acceptio fuerit justa, quia non fuit justa simpliciter, sed sub restrictione, ut ditior factus, restituat; vel fuit justa tamquam ex causa mutui, non etiam tamquam rei propriæ. Vid. Covarr. *ad c. Peccatum p. 2. §. 1. num. 4.*

17 Tertia actio est furti, eaque pœnalis, infamans per sententiam. Competit hæc extra rei persecutionem, vel in duplum, si sit nec manifestum, ex Lege XII. Tabb. vel in quadruplum ex edicto Prætoris, si sit manifestum, sine distinctione, an liber, an servus furtum fecerit, §. *Pœna 5. Inst. h. t.* nisi quòd hic noxæ dedi potest, *l. pen. Cod. h. t.* Manifestum est, quando in ipso furto fur deprehenditur, scilicet antequam eò pervenerit quo destinaverat eo die. Et hoc, sive ab ipso domino, cui furtum factum, sive ab alio deprehendatur fur, accurrendo, acclamando, *l. 5. h. t.* Quo casu non potest dici alteri per alterum quæri actio, quia potiùs per eum officium impletur, ex quo causatur hæc

18 actio, *l. Si quis 24. §. 2. De usur.* * Competit domino, & ei, cujus interest rem non perire, non tamen cuilibet, sed ei tantùm, qui eam ob rem, quòd culpâ ejus res perierit, tenetur, *l. Eum qui 14. §. an patri h. t.* Sic competit creditori ex subrepto pignore, commodatario ex re commodata, fulloni, qui vestem poliendam recepit, quatenus solvendo sunt; nam qui non habet, quod perdat, ejus periculo nihil esse potest, *l. Itaque 12. in pr. h. t.* ut in casu, quo non sunt solvendo, hæc actio non detur.

19 * In casu tamen rei commodatæ subreptæ, licet solvendo sit commodatarius, potest eligere dominus, agat commodati contra commodatarium, an verò furti contra furem, §. *qua fulloni Inst. h. t. & l. Fure §. 1. C. eod.* Quod domino hoc casu concessum

20 cessum, ratione liberalitatis in commodando. * Depositario non videtur competere, quòd ipsius nihil intersit rem esse sublatam, cùm de levi culpa non teneatur, ex lata autem aut dolo non debeat sibi actionem comparare. Quia autem aliquot casibus & de levi culpa tenetur, ut traditur supra *t. Depositi* hanc actionem habebit, cùm positâ eadem ratione, quæ in aliis, idem jus sit ponendum.

21 Emptori ante rem traditam non competit, *d. l. 14. in princ.* quia ei furtum non est factum, cùm non sit dominus, & licet ejus intersit, non tamen tam ratione possessionis, quàm periculi quod in eum redundat, *d. l. 14.* Quæ ratio remotior est, quàm ut illi hanc actionem tribuat. Quomodo & creditori certæ speciei non competit, *arg. d. l. 14. §. 1.* Nihil facit, quòd non intersit venditoris, si nulla ejus arguatur culpa, sed periculum sit emptoris; nam manet dominus rei, tenebiturq; emptori cedere actionem, *d. l. 14. in princ.* Nihil etiam facit, quod habetur *§. item si fullo Inst. hoc tit.* ubi dicitur emptori competere hæc actio; nam agitur ibi de emptore bonæ fidei, qui rem traditam à non domino possidet.

22 Fur ipse etsi ejus intersit, rem non subripi tamen ne ex dolo suo videatur actionem quæsivisse, furti non agit, *d. l. 12.* nisi fuerit dominus, ut in *d. l. 12. §. pen.* & in specie, *l. Qui vas 49. §. si ergo, h. t.*

23 Datur hæc actio contra eum, qui furtum fecit, opem, consilium dedit, recepit, *l. Eos 14. C. h. t.* Contra plures, singulosque in solidum; quot enim sunt delinquentium personæ, tot & delicta, quæ à singulis luenda, nec unius solutio alterum liberat, *l. 1. Cod. De condict. furt.* Quod ita accipiendum quoad pœnam; nam & vindicatio & condictio tantùm est una, cùm in rem unam tendat,

24 cui satisfactum unicâ solutione. * Contra domesticas personas, uti contra filiumfam. servum non datur, quia potestas actionem civilem non admittit, cùm ponat unam patris & filii, domini & servi personam, *l. 4. sup. De judic.* Si tamen filiofam. fuerit peculium castrense, erit huic locus, *l. Si quis 52. §. sed si filius h. t.* Servus ne quidem manumissus hac actione impetetur ob furtum commissum in servitute, cùm actio ab initio non nata non possit postea oriri ex causa præcedente, *l. Servi 17. §. 1. h. t.*

25 * Est & uxor extra hanc actionem, ob res mariti amotas: honor enim matrimonii turpem actionem non admittit, *l. 2. inf. Rer. amot.* Quæ res non excusat eos, qui operam, consilium, accommodarunt, *l. Qui servo 36. §. 1. l. Si quis uxori 52. in pr. h. t.* cùm in iis cesset ratio jam dicta.

26 Ubi quæsitum, An, si uxor commodatarii commodatam rem subripuerit, furti in eam agi possit? Dubitandi causa in eo est, quòd in uxorem non sit actio furti marito, ne benè concordans matrimonium turbetur: verùm ea res non obstabit commodanti, quò minùs furti in mulierem agat, per *l. fin. §. fin. C. h. t.* cùm in commodante cesset ratio, quæ marito actionem furti denegat. Idem obtinet in similibus.

27 Gravior est pœna eorum, qui in casu naufragii res acceptas intra annum non restituunt, tenentur enim in quadruplum, postea in simplum tantùm *l. In eum C. h. t.* Bonorum etiam publicatione mulctantur, *Auth. Navigia C. h. t.* Jure Canonico excommunicantur, *c. Excommun. x. De raptorib.*

28 Est & extraordinaria furti pœna, *l. fin. C. h. t.* In cuj° explicatione videntur mihi aliqui minus rectè sentire, dum secundùm eam volunt & criminaliter agi posse ad pœnam corporalem, & civiliter ad pœnam dupli aut quadrupli; cùm verior sensus istius legis sit, licitum quidem esse, agere criminaliter contra furem, & civiliter ad pœnam dupli aut quadrupli, si velit actor, id est si malit civilem pœnam eligere, non etiam ut utraque actione experiatur, cùm ratio non ferat, ut idem bis puniatur, quod contingeret secundum dictam opinionem, quæ ideo rejicienda, licet eam ut communem amplectatur Gomez. *3. Var. c. 5. n. 4.*

29 † In servis fugitivis id olim juris fuit, ut deprehensi ad barbaros fugientes, pede amputato debilitarentur aut metallo darentur, *l. 3. C. De servis fugit.* Quæ pœna postea mutata in manûs amputationem, & prohibitum pro furto membrum abscindi, *Auth. Sed nova C. d. t.*

30 Postea lata Constitutio à Friderico Imp. quâ jubet laqueo suspendi rapientem quinque solidos, ut amplius, si minus, scopis & forcipe excoriari & tundi, *lib. 2. Feud. t. 27. §. fin.* Ubi solidum aliqui accipiunt de duobus assibus, atque ita pœna ista foret admodum gravis, unde fortè rectiùs accipiendus pro aureo, uti passim in jure capitur: nisi pœnæ gravitatem metiamur ex violata simul pace, de qua loquitur ista constitutio. Hodie generaliter posita est pœna capitalis apud plerosque populos, quemadmodum & olim capitalis fuit apud aliquos, uti videre est apud Menoch. *Arbitrar. 2. casu 295.* Et Draco apud Athenienses furto supplicium capitis constituit indistinctè, sive magnum esset, sive exiguum, quod peccata omnia judicaret esse æqualia, secundum Stoicorum doctrinam; unde ista Draconis pœna tacito consensu oblitterata.

Sunt

31 Sunt qui de hujus capitalis pœnæ justitia dubitant, quasi acerbior foret pro bonis subreptis vitam adimens, quæ superioris est ordinis & multò dignior. Verùm non est faciendus scrupulus, si inspiciamus damnum, quod alteri infertur, & Reip. turbationem, quam causat furtorum frequentia, præcipuè si accedat consuetudo hujusmodi pœnam approbans. Quam non approbat in quovis furto, sed famoso, quale volunt esse tertium, quòd tunc ponatur affectus furandi, & fur fiat famosus. Volunt tamen quidam unum furtum magnum sufficere, propter enormitatem & maximam proximi læsionem, uti tenent citati per Chassan. *ad Consuet. Burg. Rub. 1. §. 5. V. pour la premier n. 14.* Covarr. 2. *Var. Resol. c. 9. n.* 7. & Lud. Peguerain *decis.* 26. quorum opinio procedet præcipuè, si accedat consuetudo. Tria furta hìc accipimus, quæ non continuato actu, sed diversis temporibus sunt commissa; faceret enim continuatio unum actum, Chassan. *d. §. 5. V. simple larreem n. 10.* Commissa sint omnia in eodem, an diversis territoriis non refert, nam & alibi commissa affectum declarant, Chassan. *d. l. n. 10. & 17.* Uti nec refert, quòd priora sint remissa per gratiam, cùm remissio non diminuat affectum, nec faciat iteratum crimen minus, sed potiùs augeat, *l. 3. in fine C. De Episc. audien.* Chassan. *d. loco n. 18. & seq.* Nec facit etiam, quod priora sint punita, *l. Capitalium §. solent. inf. De pœnis*, ubi puniti super prioribus delictis, si eadem continuent, graviùs puniuntur, quia continuatio auget affectum. Et ita receptum tradit Menoch. *d. loco.*

ADDITAMENTA.

Ad lib. 47. ff. tit. 2. De Furtis.

AD *n. VIII.* Sic illi, qui in officio fraudulenter versantur, die Ihren Herrn / in denen Rechnungen was hinterhalten oder sonst abtragen / Ihnen zu nutz / und dem Herrn oder den Unterthanen zu schaden / Furtum committunt, *l. 1. §. 22. l. 2. de tutel. & ration. distrah. l. 33. h. t. l. 22. §. 8. mandat.* Ana. hi mitius quàm alii fures plecti debent. Ita statuunt Dd. communiter, quos refert Tiraq. *de pœn. LL. temp. caus. 58.* Wes. *par. hic n. 42.*

Ad n. XIV. De hac cautela, quando emptor rei furtivæ, dicit, se emisse in finem Domino restituendi, *vid.* Dan. Moller. *l. 3. semestr. c. 10. ibiq. alleg.*

Ad n. XVII. Atqui, qui clam delinquunt, magis delinquunt, quàm qui palàm. Henrich Risvvich. *in Regul.* Wes. *in par. De Furibus balnear. in fin.* Et clandestina delicta graviùs punienda sunt, quàm quæ palàm committuntur, *l. non existimo 54. de administr. tutor. l. fin ff. de rit. nupt. l. nemo 4. C. De summa Trinit. Auth. sed novo Iure C. de serv. fugitiv. Resp.* Distinguendo inter res per se illicitas & medias, seu quæ sua naturâ licitæ sunt, ex adjuncto a. demum illicitæ. Hoc casu, verb. caus. Si agatur de conjunctione matrimoniali, ea quidem per se est res media, sed si detegantur caussæ personæ consanguineæ, gravius delictum habetur, si clam commissum fuerit, *d. l. fin. de R. N.* ac proindè etiam gravius coercetur: Quod si a. factum per se & sua natura, ipso statu & semper illicitum, tunc gravius peccat, & punitur qui manifestè delinquit. *Vt hic & §. pœna 5. Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc. ubi Osterm. in ration. dec. Tabor. in thes. loc. comm. c. 21. lib. 3.*

Ad n. XXIII. Hic quæritur, an hæc duo Ope & Consilio, conjunctim requirantur, vel alterutrum fecisse sufficiat? De qua quæstione *vid. eleg. Arum. disp. 24. ad Pandect. th. 3.* Bacc. ad Treutl. *vol. 2. disp. 30. th. 3. lit. d.* Schneidvv. *ad §. interdum 11. Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc. n. 14. & ad §. in duplum. 23. de actio. n. 5. Dec. & Bronch. ad l. 47. ff. de R. I.* Menoch. *de arbitr. cas. 15.*

Ad n. XXX. Huc faciunt illa, quæ in hanc rem ex multis Authoribus & constitutione criminali collegit Treutl. *vol. 2. disp. 30. th. 3. lit. E. F. & G.*

TITULUS III.

De Tigno juncto.

SUMMARIUM.

1. *Tigni nomine quid hic veniat.*
2. *Tignum junctum cur vindicari non possit, neque de eo ad exhibendum agi.*
3. *Actio dupli datur in eum, qui junxit.*
4. *An hoc procedat in tigno furtivo tantùm?*
5. *Scienter jungens tignum alienum qualiter teneatur.*

Gene-

Generali tractatui de furtis subjiciuntur quædam species singulare quid habentes. Et 1 primò de tigno alieno juncto ædibus aut vineis.* Ubi Tigni nomine venit omnis materia, ex qua ædificium constat, aut vineis necessaria, uti tig- 2 num, tegula, lapis, calx, ferrum, *l. 1. h. t.** In quo hoc singulare est, quòd dum junctum est, nec vindicari possit, cùm vindicatio non sit nisi rei, quæ extat, tignum autem tale habeatur pro extincto; nec ad exhibendum agi, nam tum demùm ad exhibendum agitur, quando res separari potest: hoc autem in casu non potest, non quidem per rerum naturam, sed per Legem XII. Tabb. prohibentem exemptionem tigni juncti alieno ædificio, aut vineæ, ne sub hoc prætextu vel ædificia diruantur, cum deformatione aspectus civitatis, vel vinearum cultus deseratur, *d. l. 1.*

3 Est autem eo casu domino tigni actio in duplum, contra eum, qui junxit, *d. l. 1. in pr. & Inst. De rer. divis. §. cum in suo solo.* Quod aliqui ita accipiunt, nisi velit junctum tignum restituere suo domino, quasi ad hoc quidem cogi non possit, id ipsum tamen ei liceat volenti, ut tenet Donel. 4. *Comment. c. 33.* Sed malè, cùm non privato com- 4 modo, sed publico exemptio sit prohibita.* Videtur autem quod de actione dupli dictum, procedere tantùm, quatenùs tignum est furtivum, secundùm jus pristinum, quo actio non tantùm erat in eum, qui furtum fecerat, verùm & in eum, apud quem, licet ignarum, res furtiva concepta esset; ut, si tignum non fuerit furtivum, non nisi in simplum videatur danda actio, ne puniatur, qui non deliquit, *l. Qui res 98. in fine sup. De solutionibus*, ubi pretium rei junctæ dandum, à bonæ scilicet fidei possessore. Quò facit, quòd *l. In rem 23. §. tignum sup. De rei vindic.* & *l. 1. h. t.* loquantur de tigno furtivo. Eodem facit textus in *l. De eo 63. sup. De donat. inter vir. & uxor.* qui dicit, ideò in du- 5 plum non agi, quòd non sit tignum furtivum.* Qui scienter junxit tignum alienum, tenetur actione pœnali in duplum; & prætereà vindicatione, & actione ad exhibendum, quasi dolo possidere desiisset, non tamen ut eximat tignum, obstante L. XII. Tabb. sed ut pretium solvat, *d. l. 1. in fine.* Nisi sciente domino junxerit, cui tunc est salva vindicatio tigni soluti, *d. l. 63. in fine.*

TITULUS IV.

Si is, qui testamento liber esse jussus erit, post mortem domini ante aditam hæreditatem subripuisse, aut corrupisse dicetur.

SUMMARIUM.

1. *Adversus talem deficit actio civilis.*
2. *Prætor dedit actionem utilem in factum.*
3. *Requisita ad hanc actionem.*

Est & singulare factum servi, qui testamento liber esse jussus, post mortem domini, ante aditam hæreditatem ex ea quid subripuit, aut corrupit, quò minùs ad hæredem perveniret.* Contra 1 quem civilis actio deficit, cùm neque ut servus coërceri possit, tum propter imminentem libertatem, tum quòd hæreditati sit furtum factum, ut domino, cui non est actio in servum, propter potestatem; nec ut liber, quòd hæreditatis jacentis res amoverit, cui furtum non fit, cùm non possideatur, *l. 1. §. Scævola h. t.* * Ut tamen calliditati 2 servorum occurreretur, ut factum tale non esset impunitum, secundùm naturalem æquitatem, Prætor contra talem intra annum dedit actionem utilem in duplum, *d. l. 1. in princ.* ita tamen, si dolo aut culpâ dolo proximâ contra hæreditatem peccaverit, *d. l. 1. §. 2.** Ut etiam ad hanc actionem requi- 3 rantur, dolo scilicet factum sit, post mortem domini, & ante aditam hæreditatem. Vivo domino cessat hæc actio, propter potestatem. Post aditionem quasi liber convenitur, si libertas sit purè relicta; nam si sub conditione, ante ejus eventum ut servus coercebitur, *d. l. 1. §. quid tamen.* Plures si admiscent, singuli in solidum conveniuntur in duplum, quia singuli deliquerunt, & unius pœna non præstat alteri impunitatem, *d. l. 1. in fine.* Datur hæc actio & hæredibus, cæterisque successoribus, *d. l. 1. §. pen.* Præterquam est & rei vindicatio competens ad similitudinem furti, *d. l. 1. §. præter.*

TITULUS V.

Furti adversus nautas, caupones, stabularios.

SUMMARIUM.

1. *Nauta, caupo, stabularius tenentur de furto eorum, quorum operâ usi.*
2. *Exercitor liberatur servum noxæ dedendo.*
3. *Exercitor quoad vectores & viatores non tenetur.*

Nauta

1 NAuta qui navem, caupo qui cauponam, stabularius qui stabulum exercet, id est ad quem lucrum ex istis spectat, hic tenetur, si vel facto suo vel eorum, quorum operâ utitur, furtum factum esse dicetur, *l. 1.* §. *2. h. t.* ubi licet ei cui furtum factum est, eligere, utrum malit contra exercitorem experiri honorario jure, an civili contra eum, qui furtum fecit. Nisi nauta, caupo, stabularius receperit rem salvam fore, tunc enim illi, non domino rei est actio, *d. l. 1.* §. *quod si*, quia jam non interest domini, sed illius tantùm. 2 † Poterit autem exercitor liberari, servum noxæ dedendo, cum liberi hominis nomine, cujus operâ utitur, in solidum teneatur. Ratio diversitatis est, quòd in servo suo sit illi ignoscendum tamquam malo domestico, in libero verò homine statuere debuerit, qualis esset. Quod & in servo alieno dicendum, *d. l. 1. §. penult.* 3 † Et hoc ita quoad inhabitantes, & eos, quorum operâ utitur exercitor; nam quoad vectores & viatores non tenetur, cùm repellere non possit iter agentes, ingenia moresq; eorum probabiliter ignorans, *d. l. 1. in fine.*

TITVLVS VI.
Si familia furtum fecisse dicetur.

SVMMARIVM.

1. *Familia de furto servorum quatenùs teneatur.*
2. *Furtum domino sciente factum obligat eum singulorum nomine.*

1 FAmilia (id est servi) si furtum extraneo fecerit, non in singulos de familia actio furti competit, quia sic everteretur domini patrimonium nequitiâ servorum, sed in totam familiam agetur, & quasi ab uno factũ esset furtum, in duplum pœnæ nomine, & simplum condictionis, *l. 3. h. t.* Nisi malit servos dedere, *l. 1. h. t.* quod illi liberum est. † Et hoc, quoties eo ignorante a familia fur- 2 tum factum; nam si scivérit, singulorum nomine convenietur, nec unâ æstimatione defungi poterit, propter propriam culpam, *d. l. 1.* §. *1.* ibi scire is intelligitur, qui scit, & prohibere potest; scientiam enim eam spectare debemus, quæ habet & voluntatem. Vnde qui scivit, prohibuit tamen, utetur edicti beneficio, *d. l. 1.* §. *is autem.*

TITVLVS VII.
Arborum furtim cæsarum.

SVMMARIVM.

1. *Arborum nomine quæ hic veniant; & quid cædere, cingere arbores.*
2. *Datur eo nomine actio in duplum.*
3. *Concurrunt & aliæ hic actiones.*

ARbores furtim cædi videntur, quæ ignorante domino, celandique ejus causâ cæduntur, *l. 7. & 8.* §. *1. h. t.* Arboris nomine veniunt etiam vites, hederæ, arundines, salicta, 1 quatenùs tamen radicem habent, *l. 3. h. t.* Excepta olea, quam secans, antequam radices egerit, tenetur hoc edicto, *l. 1.* §. *7. h. t.* propter utilitatem fructuum. Cædere est non tantùm succidere, sed & ferire cædendi causâ. Cingere est deglabrare, sive librum aut corticem detrahere, sive in orbem decorticare, quod arbores necat, *l. 5. h. t.* † Actio hæc in duplum est, com- 2 petens domino etiam pluribus; una tamen præstatio iis sufficit: contra eum, qui cædit, cingit, secat, non etiam contra eum, qui arbores evellit, extirpat, *l. 7.* §. *2. h. tit.* Datur & contra eum, qui imperavit cædi, *d. l. 7.* §. *sive autem.* plures si ceciderint, singuli in solidum tenentur, *l. 6 in princ. h. t.* Servus si inscio domino cædat, noxale erit judicium, *d. l. 7.* §. *quod si servo.* Est verò actio pœnalis & perpetua, *d. l. 7.* §. *pen.* Inest enim duplo ipsa æstimatio, quæ deducto arborum pretio duplicanda venit, *l. 8. h. t.* † Variæ 3 autem hîc actiones concurrunt, nam & furti agi potest, si adsit animus furandi, & ex lege Aquilia, si adsit injuriæ animus, *d. l. 7.* §. *2. l. In duobus 26.* §. *colonus sup. De injur.* ita tamen, ut judex in posteriori deducat, quod ex prima consecutus est actor & in reliquo condemnet, *l. 1. h. t.* Est & interdictum. Quod vi aut clam, quo tamen absolvetur, si satis ex prima condemnatione gravatus sit reus. Est item locus actioni locati, si colonus cædat, cingat, secet arbores, *l. 9. h. t.* Cæterùm gravior est pœna cædentium vites aut arbores alienas, cùm puniantur tamquam latrones, *l. 2. h. t.* ut corporali pœnâ affici possint, Paulus 5. *Sentent. tit. 20.*

* * *

TITVLVS VIII.

De Vi bonorum raptorum, & de turba.

SVMMARIVM.

1. *Rapina & raptor in quo cum furto & fure conveniant.*
2. *Actio vi bonorum raptorum quibus detur.*
3. *Adversus quos.*
4. *Ad quid detur.*
5. *Damni in turba dati nomine est actio in duplum.*

DUæ hujus Rubricæ sunt partes, *De vi bonorum raptorum* & *De turba*: tres ponit Cujacius, præponens, *De hominibus coactis*, per *l. Pronuntiatio 195. §. penult. inf. De verb. signif.* Prior pars est de vi bonorum raptorum.* quod crimen vicinum est furto, cùm sit contrectatio dolosa & violenta rei mobilis alienæ, lucri faciendi gratiâ. Rectè dicitur, *contrectatio*, quia nemo magis contrectat, quàm qui rapit, *Instit. h. t.* Per verbum *violenta* distinguitur à furto, & quidem specie, cùm fiat clandestinè citra violentiam, *l. 2. §. si in re h. t.* ubi dicitur raptor etiam publicum crimen admittere. In plerisque tamen cum furto convenit, quòd sit rei mobilis & contineat animum lucri faciendi, quâ parte ab aliis delictis privatis distat.

2 Actio hæc non competit tantùm domino, sed & iis, quorum interest rem salvam esse, quatenus tamen saltem ex bonis eorum fuerit, *d. l. 2. §. in hac actione.* Quo modo ob rem locatam, commodatam, pignori datam, depositam, subreptam huic actioni locus erit, nam & depositarii interest, rem salvam esse, unde ei quoque aliquo casu hæc actio erit, quando scilicet tenetur de levi culpa, uti dictum paulò antè de furtis. Emptori ante traditionem ut non competit actio furti, ut ibidem dictum, ita nec hæc competet, ex eadem ratione; imò, quod magis est, & ipse tenebitur furti, si antè solutum pretium rem venditori subripuerit, *l. Eum qui 14. §. 1. sup. De furtis.*

3 Datur hæc actio contra eos, qui rem subripuerunt mobilem violenter: nam errore ductus suam esse existimans & imprudens juris eo animo rapiens, quasi liceat domino rem suam etiam per vim auferre à possessoribus, absolvi debet, ut habetur *Inst. h. t.* sive, ut veteres Codices habent, absolvi debet de pœna rapti, non de re, ut legit ibi Cujacius. Ne tamen hoc modo contingat illudi leges, noluit Imp. impunitum esse, uti patet ex *l. 7. C. Unde vi*, ubi pœna istius ponitur, quòd rem suam rapiens, eam amittat, alienam verò, & eam restituat, & pretium superaddat; verùm ea pœna non frequentatur.

4 Actio hæc tendit in quadruplum intra annum utilem; post annum verò in simplum ad rem tantùm, quia est prætoria pœnalis, non solita excedere annum. Sub quadruplo autem isto etiam res ipsa continetur, ut tantùm triplum sit in pœna, *Instit. eod.* & *l. 4. h. t.* Ex quo tamen non rectè inferas, rapinam, quæ furto gravius delictum continet, mitiùs puniri: nam furti actio est quadrupli ultra rei persecutionem, & est perpetua, non annalis. Quo tamen non obstante, non rectè furtum dicetur continere graviorem pœnam, cùm raptor sive sit manifestus sive non, teneatur hâc pœnâ, quæ est uniformis; possit etiam conveniri in quadruplum furti manifesti, & ultrà in rem, siquidem & raptor sit fur manifestus, *l. Si vendidero 80. §. cùm raptor sup. De furtis.* Præterea est & contra reum actio de vi privata, *l. 3. inf. De vi publ. vel privata*, cùm dicatur raptor crimen publicum admittere, *l. 2. §. si in rem h. t.*

5 Altera Rubricæ pars est *De turba*, id est, damno in turba dato, quale factum accipimus, quod decem aut quindecim hominibus coactis factum, *l. 4. §. turbam h. t.* Hinc actio est in duplum in anno, quo primùm ea de re experiundi fuerit potestas, post annum in simplum, in eum, qui damnum in turba dedit, vel dolo malo fecit, ut damnum in turba daretur, *d. l. 4. § hoc damnum.* Datur ei, cui damnum datum est, ejusq; hæredibus; adversùs hæredes non aliàs, quàm quatenùs ad eos pervenit, *l. 2 §. fin.* & *l. 4. §. fin. h. t.* Familia si damnum dederit, liberat se dominus noxæ deditione, non totius familiæ, sed eorum tantùm, qui dolo fecisse comperiuntur, *l. 1. §. ex hac actione h. t*, ne nimis gravetur dominus servorum nequitiâ.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 8. De Vi bonorum raptorum & de turba.

AD n. I. Inter prædones & latrones quæ sit differentia *vid. Besold. in thes. Pract. verb.* Raub: ibi nulla ad hanc materiam pertinentia habet.

Ad

Adn. IV. Hodiè ex hoc debito ferè agitur criminaliter ad pœnam gladii. Peinl. Halsg. Ordn. *art.* 126. quod & olim fieri potuit. *l.* 3. *ad l. Iul. de vi publ. l.* 5. *pr. ad l. Iul. de vi privata, l.* 28, §. 10. *de pœn.* juxta distinctionem ibi positam.

Adn. V. Actio de vi bonorum raptorum an & quando, adversus hæredes detur, in specie latè tractat Mynſ. *Reſponſ.* 21. *n.* 2. 3. *& mult. ſeqq.*

Domini terrarum accipientes vectigalia a transeuntibus, an deprædatis ea quæ amiserunt restituere cogantur? *vid. eleg. diſtinguentem Col. de proceſſ Execut. p* 1. *c.* 2. *num.* 297. Gail. 2. *obſ.* 64. *per tot.* Mynſ. *cent.* 5. *obſ.* 70.

TITULUS IX.

De incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata.

SUMMARIUM.

1. *Furtum ex cauſa incendii, naufragii, &c.*
2. *Actio eo nomine quæ & quando detur.*
3. *Ad quid competat, & utilitas hujus edicti.*

1 INter graviora furta habetur ex incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata quid rapuisse, dolove malo recepisse, damnive quid dedisse. Dicitur ex incendio rapi, quod propter incendium rapitur vel ex igne, vel ex loco, ubi incendium est, vel adjacenti; ex ruina, quod ruinæ tempore ex his, quæ ruerunt, rapitur; ex naufragio, quod tempore & loco naufragii raptum, *l.* 1. §. *ex incendio & ſeqq. l.* 2. *&* 3. *h. t.* Ex littore rem jacentem post naufragium auferens furti potiùs tenetur aut rapinæ, quàm hoc edicto, *l.* 3. *in princ.* & *l.* 5. *h. t.* Ex rate, nave expugnatâ rapere dicitur, qui in ipso quasi prælio adversus navem vel ratem rapit, sive expugnet, sive prædonibus expugnantibus rapiat. Tenetur & qui amovit sine vi vel abstulit, *d. l* 3. §. *non ſolum h. t.* 2 Non aliàs autem huic edicto locus est, quàm si dolo malo acceptum in suprà dictis casibus, cùm receptatores non minùs peccent, quàm aggressores, si nimirum recipiat quis sciens, *d l* 3. §. *non tantùm:* Unde qui ignarus accepit non tenebitur, & minimè qui ad hoc accepit ut custodiret, & salvas faceret res ei, qui amiserat, qui non tam pœnâ, quàm præmio dignus, uti & dictum suprà de furtis.

3 Actio hæc in quadruplum intra annum utilem, post annum tantùm in simplum datur, *d. l.* 1. *in princ.* Edicti hujus in eo utilitas, & severitas justissima, quod publicè intersit nihil rapi in ejusmodi casibus, in quibus potiùs succurrendum afflictis. Auctor incendii ædium aut acervi frumenti juxta domum positi, dolo malo, vinctus, verberatus, igne necatur. Negligentia facit quidem cessare pœnam corporalem, non tamen à damni restitutione liberat reum; qui si non sit idoneus, levius venit castigandus, *l* 9. *h. t.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 9 De Incendio, ruina, naufragio &c.

MAteria incendii quæ aliàs ampla & intricata enim, per quinque capita præcipua succinctè explicatur à Mynſ. *cent* 6. *obſ* 88. Cui adde Farinac. *quæſt.* 110. *à nu.* 1. *idque ad num.* 160. *Eundem lib.* 1. *deciſ.* 60. Damhoud *in prax. crimin. cap.* 103.

Mordbrenner quomodo puniendi? *vid. Beſold. in theſ. pract. verb. iſto* P. H. O. *art.* 125. *Vigel. ad dict. conſt* Carol. *cap.* 6. *pag* 248.

TITVLVS X.

De Injuriis & famosis libellis.

SVMMARIVM.

1. *Injuria alia realis, alia verbalis.*
2. *Ad injuriam requiritur animus injuriandi.*
3. *Ebrietas an excuset ab injuria?*
4. *Ebrietas levis non excusat à pœna injuriæ.*
5. *Animus injuriandi an præsumatur.*
6. *Injuriarum an teneatur defendendi sui causâ quid objiciens.*
7. *Præfatio honoris non excusat injuriantem.*
8. *Veritas convitii an excuset?*
9. *Provocatus quatenus injuriam retorquere possit.*
10. *Pœnitentia non tollit aut purgat injuriam.*
11. *Error an excuset?*
12. *Actio injuriarum civilis ex L. XII. Tabb. ad quid detur.*
13. *Actio injuriarum Prætoria.*
14. *Actio criminalis quid persequatur.*
15. *Actio civilis ex L. Cornelia in tribus casibus.*
16. *Actio hac civilis per procuratorem proponi potest, non etiam criminalis regulariter.*
17. *Cui competat hac actio.*
18. *Injuriam illatam filiæ quis vindicet.*
19. *Injuria servo illata an & qualiter vindicetur.*
20. *Adversus quem competat.*
21. *Injuriarum actio tollitur morte actoris & rei.*
22. *Item remissione expressâ.*
23. *Remissio pœnæ non excludit damna.*
24. *Remissio à patre facta an noceat filio?*
25. *Tollitur & remissione tacitâ, seu anni lapsu.*
26. *Annus hic an accipiendus de continuo vel utili.*
27. *Item tollitur dissimulatione.*
28. *Satisfactione, injuriam revocando, compensando &c.*
29. *Libelli famosi, & pœna eos scribentium, vulgantium &c.*

1 TErtia species delictorum est injuria, quæ hic capitur pro contumelia. Contingit re aut verbis, unde alia dicitur Realis, quæ facto contingit, ut verberando, pulsando, affectando aliquam tamquam impudicam, nisi utatur veste ancillari aut meretriciâ, attentando alicujus pudicitiam, aut nimirum ex pudico impudicus fiat, *l. Attentari* 10. *h. t.* possidendo bona alicujus tamquam debitoris, quem reus intelligebat nihil debere, *Inst. h. tit.* §. 1. & similia agendo: alia Verbalis, sub qua venit & ea, quæ fit scripto, cujus generis est convitium.

2 Requiritur autem ad hoc delictum animus injuriandi, ex eo enim injuria æstimatur: unde furiosus, amens, impubes, quòd doli capaces non sint, propter defectum animi, injuriam fecisse dici nequeunt, quippe quæ consistat in affectu facientis, ut ait J. C. in *l.* 3. §. 1. *h. t.*

3 Quid dicendum de ebrio? Et hic excusari videtur, quasi dolo carens, non tam ex proposito quàm impetu deliquerit, *l. Prospiciendum* 11. §. *delinquunt inf. De pœnis;* Quod in levioribus posset procedere, præcipuè si displiceat discussâ vinolentiâ. In atrocioribus potiùs mitigari volunt pœnam, quàm remitti, Covarr. ad *Clement. Si furiosus p.* 3. *in pr. n.* 3. Clarus §. *fin. qu.* 60. Quod & procedere vult Menoch. 2. *Arbitr. casu* 326. in casu, quo ebrio est præstituta pœna per statutum, ex eo, quòd affectus desit; nisi studio & datâ operâ potu se ingurgitaverit, sciens se ebrium effutire in quaslibet injurias, quod affectata & dolosa procuratio à dolo non excuset.

4 † Levem etiam ebrietatem non excusare à pœna injuriæ rectè dicto loco tradit Menoch. quòd illa affectum non minuat. Vehementem itam excusare sunt qui asserunt, per *l. Quidquid* 48. *inf.* De R. I. quòd minùs consonat *l.* 5. C. *h. t.*

5 Quæritur, An animus injuriandi præsumatur? Quod affirmandum si verba aut facta sint injuriosa sui naturâ, quòd in malis præsumatur animus malus, Vnde injuriam proferenti incumbit probatio, convitii animum abfuisse, *l.* 5. C. *h. t.* *l.* 1. C. *De sicar.* onerat enim eum præsumptio juris, cùm talis quisque præsumatur, qualis apparet: præsumiturque dolus, quoties quid de genere prohibitorum, id est quod legibus aut moribus prohibitum, committitur, *l. Item* 15. §. *adjicitur h. t.* Menoch. 5. *Præsumpt. c.* 3. Si sui naturâ non sint injuriosa, actoris est probare animum injuriandi, aliàs absolveretur reus, *l. Qui in alterius* 42. De R. I. quæ probatio fiet per conjecturas, *arg. l.* 5. §. *à barbaris inf. De re milit.* Videatur Binsfeld. ad *tit.* 1. *q.* 9. *concl.* 3. & 5. *h. eod.*

6 Q. II. An teneatur injuriarum, defendendi sui causâ quid objiciens? Dicendum, quod quis in for-

forma juris & fine bonæ causæ propugnandæ necessariò aut utiliter objecit ad injuriam non pertinere, cùm executio juris injuriam non habeat. & cùm hic possit alius animus præsumi, non est præsumendus injuriandi, cùm semper potiùs licitus actus debeat præsumi, quàm illicitus. Alciat. p.4. Præsumpt. cap.1. Gail.2. Obser. cap.106. Quo modo testi rectè objicitur, quod sit infamis, & testimonii dicendi jus non habeat. Agenti rectè objicitur excommunicatio, & repetenti dotem adulterium: habent enim hæc similia speciem juris, cùm dicantur alio fine, quàm injuriandi, rejiciendi scilicet adversarium & dicta ejus infirmandi. Videndum tamen, ne præter rem, & affectato juris colore citra probationem aut conjecturam sint dicta. Vnde rectè monent Impp. in l.6.C.De postulando, ut Advocati ita præbeant jurgantib⁹ patrocinium, ut non ultrà, quàm litium poscit utilitas, in licentiam convitiandi, & maledicendi prorumpant, agant quod causa desiderat, nec verbis procaciter certent, non laturi impunè.

7 Q. III. An præfatio honoris excuset dicentem, Tu mentiris? Posset id videri, propter protestationem, quæ animum explicat. Certum tamen est, neutiquam excusare, quòd verbum istud primariò ad injuriam tendat, unde pro tali habetur, nihil sciente protestatione, vel honoris præfatione, quæ actui contraria nihil operatur, &, ut ait Jurisconsultus, quod admissum contrariam voluntatem declarat. Clarus. §. injuria n.13. Covar. 1. Var. c.11. n.1. per. c.1. ℨ. De præsumpt.

8 Q. IV. An veritas convitii, quo nocens infamatur, excuset? Distingendum est: nam vel non interest Reip. crimen sciri, & nullam dabit excusationem convitianti veritas objecti, cùm & animus injuriandi ponatur, & ex eo nocumentum alteri, cujus infamia detegatur sine aliqua utilitate publica; ut non debeat factum esse impunitum, cùm detectio occulti facinoris famæ alterius detrimentum adferat, cui ad ejus integritatem jus erat. Vel interest Reip. sciri crimen, cui utile est crimina puniri, in exemplum aliorum, & patrocinabitur veritas objicienti, probato tamen crimine, l. 3. C. De offic. rector. provin. cùm non debeat imponi pœna ei, qui commodo studet publico, l. Eum 18. hoc tit. Et hoc ita, quatenùs illud intendit; nam si per accidens commodum publicum sequatur, primariò autem intendatur privata vindicta, aut contumelia, non excusabitur objecti veritate, arg. l.1. Cod. De famos. libel. Vt non sit futurus extra reprehensionem, qui tale crimen non legitimè in judicio, sed extra judicium objiciet; libidine & affectu quodam injuriandi, l.1. Cod. hoc tit. Vide Boer. Consf.4. Covarr. d.cap. 11.n.6. Gail.2. Obser.99. Mynsing. Cent.4. Obser.4. Fachin.9. Contro.c.10.

9 Q. V. An provocato per injuriam liceat eandem retorquere? Quod videtur, si fiat in continenti, & quidem impunè, si modus adhibeatur; ad exemplum ejus, quod dicetur infrà de sicariis, quòd in defensionem vitæ liceat occidere: ut honoris servandi gratiâ idem debeat esse permissum, cùm ejus non minùs sit ratio habenda, quàm vitæ, nam, ut rectè ait Juvenalis Satyra 1.

. . . . Quid enim salvis infamia nummis!

Quò facit, quod tradit Gail 2. Obser. cap.100. provocatum non habere animum injuriandi. Quod omninò verum est, si mutuæ injuriæ objectio diluat injuriam objectam, ut dictum antè de prolatis in judicio contra actorem aut testes, non etiam si nihil diminuat injuriæ objectionem, quamvis per compensationem actio privata injuriarum tollatur. Binsfeld. ad d. cap. 1. quæst. 9. Concl. 4. circa medium.

10 Pœnitentia ad evitandam pœnam non facit, cùm ea in foro exteriori injuriam illatam non tollat aut purget, arg. l. Qui ea mente 65. sup. De furt. Glos. in c. De his ℨ. De excusationibus. Clarus §. Injuria num.16. * Error non videtur excusare, per l. 18. §. si injuria hoc tit. ubi quis Lucium esse putans, qui Mævius est, si eidem injuriam fecerit, tenetur injuriarum, ratione ibi additâ à J.C. quòd prævaleat id quod est principale, scilicet quòd injuriam facere voluerit & fecerit, etiamsi erraverit in persona. Nec obstat l. 4. h. t. ubi servo pugnum ducere, id est verberare volens, si adstantem tangat, non tenetur injuriarum: ibi enim animus injuriandi, cùm servo injuria non fiat, & animus injuriæ faciendæ adstanti defuit, & in quem ictus non ferebatur, nisi propositum fuerit obvio inferre injuriam licet ignoto. l.3.§.2.h.t.

11

12 Actio ex hoc crimine duplex est, alia civilis, alia criminalis, & utraque pœnalis, vindictam persequens, ut una alteram consumat, neque enim idem bis vindicatur, l. 6. hoc tit. Civilis ex Lege XII. Tabb. tendit ad pœnam talionis, in casu, quo membrum ruptum erat. Pro osse autem fracto pœna erat pecuniaria assium viginti quinque, id est duorum Realium cum dimidio, quæ gravis erat,

erat, pro veterum paupertate; quâ pœnâ & reliquas injurias æstimabat antiquitas. Verùm ista pœna in desuetudinem abiit, cujus causam dedisse quemdam Neratium scribit Aul. Gellius *lib. 11. Noct. Atticar. caput 1.* qui xxv. assibus datis pro oblectamento habebat obvios depalmare. * Unde ex Edicto Prætoris permissum injuriam passo eam æstimare: cujus tamen æstimationem non necessariò sequitur Judex, licet juratam, quod potiùs juretur ex credulitate & affectu; quo modo habenda est ratio qualitatis ipsius injuriæ, quæ crescit & minuitur pro ratione qualitatis eorum, qui eam passi, loci, temporis, partis corporis, cui infligitur, etjam qualitatis ejus, qui infert, *§. atrox Instit. h. tit. l. 7. §. pen. hoc tit.*

14 Criminalis actio tendit ad pœnam extraordinariam judicio irrogandam, pro facti circumstantiis & personarum qualitate, eamque vel corporalem, vel pecuniariam fisco inferendam, *l. fin. h. t.*

15 Est & actio civilis ex L. Cornelia in tribus casibus, quando quis se pulsatum, verberatum, vel domum suam vi introitam esse dicit, ut eâ omnis injuria, quæ manu fit, contineatur *l. 5. in princ. hoc tit.* Ex qua & civiliter agi potest & criminaliter, ut

16 patet ex *l. Constitutionibus 37. in fine hoc tit.* * Proponitur hæc civilis actio etiam per procuratorem, ut aliæ civiles, non etiam criminalis, quam quisque præsens intentat. Exceptis tamen illustribus personis, quibus est permissum per procuratorem agere & defendere, propter dignitatem, ne facilè aspergantur infamiâ, *l. fin. C. hoc tit.* quæ vitatur, propositâ actione per procuratorem, in quem lata sententia non infamat ipsum reum principalem, qui non est condemnatus, *l. 6. §. 2. sup. De his qui not. infam.* In crimen tamen subscribere debent, *d. l. fin.*

17 Competit hæc actio non tantùm ei, qui primariò læsus est, verùm & iis, quos ex consequenti tangit injuria. Sic filio illata injuria dat patri, in cujus est potestate, actionem, *§. patitur Instit. hoc tit.* quam non tantùm filii nomine exerceret, sed & suo, quia & eum injuria tangit. Et hoc, quatenus agit jure prætorio: nam si injuria descendat ex L. Cornelia in casibus supra dictis, suo nomine ex ista pater actionem non exercet, cùm sit civilis, sed ea ad filium pertinet, qui non cogitur cavere, patrem ratum habiturum, *l. 5. §. illud hoc tit.* Cui non contradicit, quod habetur *l. Si sine judice 22. §. qui patris sup. Rem ratam haberi*, ubi agens nomine patris absentis ex injuria filiofam. illata in causis descendentibus ex Lege Cornelia, debet cavere, & patrem ratum habiturum & filium: nam hoc ita, non quòd patri competit agere ex L. Cornelia suo nomine, sed filii sui, cui est & prætoria actio, *d. §. illud.*

18 Filiæ nuptæ illata injuria non tantùm tangit patrem ejus, in cujus potestate manet (neque enim nuptiæ jure scripto solvunt potestatem) verùm & maritum, propter affectum. Cujus occasione tangit & socerum, in cujus potestate est maritus: ut ex uno facto pluribus detur actio, *l. 1. §. fin. hoc tit.* quibus singulis eam exercere licet, unâ aliam non consumente, *l. Eum qui 18. §. si nupta hoc tit.* quòd singuli suam persequantur injuriam. E contrà ex injuria facta viro non agit mulier, quòd defendi uxores à viris, non viros ab uxoribus æquum sit, *l. 2. hoc tit.* Si tamen & uxorem tangat injuria marito illata, agere & illa poterit, *l. 5. C. Qui accus. non poss.* Hoc ita, dummodò reus sciat filiamfam. aut uxorem esse, etiamsi ignoret, cujus sit filia aut uxor, cùm fuerit intentio cuicumque patri per filiam, marito per uxorem inferre injuriam, unde ignorantia salvabit ab ulteriori actione *d. l. 18. §. fin.*

19 Servo injuria facta non censetur, quòd existimatione, quæ lædatur, careat, ut nec illi, nec domino ejus nomine sit actio; nisi atrox sit, in domini ignominiam redundans, cui censebitur illa facta, & ab eo veniet vindicanda. Servo communi illata si fuerit, vindicanda secundum singulorum dominorum qualitatem, *§. si communis Institut. hoc. tit.* eorum enim persona inspicitur, non verò servi, quæ nulla. Per quem locum refellitur sententia Prædii Jurisconsulti, licet ejus non fiat mentio, qui in *l. Sed non 16. hoc tit.* portiones, quas in servo habent domini, spectandas esse putabat, quasi servo esset facta injuria. Idem procedit in eo, ad quem pertinet ususfructus servi, quatenus tamen eum injuria tangit, ex dicta ratione; nam aliàs domino proprietatis tantùm competeret, *§. quod si ususfructus Inst. eod.* Inspicit autem hac in re qualitatem servi Prætor, quia minuit aut auget qualitas factam injuriam servo, *d. l. 15. §. Prætor ait.* Servo, qui pro libero se gerebat, injuria illata non potest dici facta intuitu domini, unde nec illi actio competit, *d. l. 15. §. interdum.* Ut autem servo, quòd personâ & existimatione careat, injuria dici nequeat facta, nec ex ea sit actio domino, in cujus sugillationem non est facta, non tamen inultam eam voluit Prætor, *d. l. 15. §. si quis.* Libero homini bonâ fide servienti facta ab eodem est vindicanda, nisi ejus, cui servit, contumeliam con-

cer-

cernat. Quod & de servo alieno bonâ fide serviente dicendum est, *d. l. 15. §. item si liberum.*

20 Datur contra eum, qui injuriam fecit, sive per se sive per alium, mandando, incitando, *l. Non solum 11. in princ. hoc tit.* cùm per alium faciens ipse facere videatur. Excipitur patronus & parens, in quos hoc judicium non dat Prætor, nisi atrocitas facti eum moverit, quo casu in factum tantùm hanc actionem dat, libertis quippe & liberis parcendum talium personarum famæ, *l. 7. §. præterea hoc tit.* Liberis in potestate existentibus non competit, ne quidem ex atroci injuria, *d. l. 7. §. sed et si,* quòd actio hæc requirat duas personas, patris autem & filii habeatur una, *l. 4. sup. De judiciis.*

21 Actionem hanc, tum quia famosa, sequitur enim infamia damnatum, *Instit. De pœna temerè litig. §. ex quibusdam*, tum quia vindictam persequitur, contingit pluribus viis tolli. I. Morte, tam actoris quàm rei, adeò ut nec in hæredem detur, nec hæredi competat, *d. l. 15. §. injuriarum* & *l. Injuriarum 13. in pr. h. t.* cui non solet competere actio ex persona defuncti, nisi rem familiarem respiciat, aut lis contestata fuerit per defunctum, per quam quasi contrahitur, *d. l. 13. & l. unicâ C. Ex delictis defunctor.*

22 II. Remissione expressâ, etiam per pactum nudum, quo casu speciale, quòd ipso jure actio habeatur sublata, *l. Si tibi decem 17. §. quædam actiones sup. De pactis.* Quod ita Lege XII. Tab. singulariter statutum in odium causæ famosæ concernentis tantùm vindictam, non etiam rei fa-

23 miliaris damnum. * Remissio pœnæ non impediet agi ad reparationem damni; cùm enim actio læso sit duplex, & ad damnum & ad pœnam, simpliciter facta remissio non pertinet ad damna, *Gl. §. fin. Inst. h. t.* quo modo remissio in animæ judicio facta, uti est facienda ab homine Christiano, quoad rancorem & odium, non impedit, quò minus contra reum actio proponatur ad damni refusionem, Vid. Binsfeld. *ad c. 1. quæst. 12. concl. 7. & 8. ij eod.*

24 Ubi quæsitum, An remissio patris noceat filio? Ita decisum est in *l. Sed si 17. §. planè si præsens 12. h. t.* ubi dicitur injuria donari à patre, & magis esse; ut filio actio non detur. Excipe, nisi patris sit vilis atque abjecta persona, filii verò honesta, tunc enim lex noluit patrem filii contumeliam ad suam vilitatem metiri, *d. l. 17. §. interdum.* Ratio prioris est in præeminentia patriæ potestatis, quæ inducit quamdam connexionem inter patrem & filium, & facit injuriam filio illatam in quamdam consequentiam patri illatam censeri, & proinde ejus connexionis nomine patrem, remittendo suam injuriam, simul & filii remittere, & actionem ad eam tollere. Filii renuntiatio ipsi quidem, non etiam patri obest, ne quidem ut nomine filii agat, quæsita enim semel actio non aufertur invito, *l. In persona 10. in princ. sup. De pactis.* Quod ita procedit in iis actionibus, quas pater intentare potest suo nomine, filio invito, & ex jure prætorio competunt; nam quoad actionem competentem quibusdam casibus ex L. Corneliâ, patri non est actio suo nomine, sed filio, uti dictum, unde nec remittendo præjudicat filio quoad Legem Corneliam. Sic & pater frustrà remittit querelam inofficiosi competentem filio præterito vel exhæredato, *l. 8. in pr. sup. De inoff. testam.* quòd ea injuria tantum sit filii, non etjam patris, quem non tangit præteritio vel exhæredatio, unde nec illi actio nec remissio est. Vid. Boër. Decis. 120.

25 III. Remissione tacitâ per silentium anni, *l. 5. C. h. t.* Est enim prætoria pœnalis hæc actio, quæ ultra annum non vivit, *Instit. De perpet. & temporal. act. in princ.* Quod ita in prætoria procedit; de qua loquitur *d. l. 5.* non etiam accipi debet de civili, quæ descendit ex L. Cornelia, estque perpetua, ut rectè tradit Mynsf. *Cent. 2. Obs. 84.* Duar. hic *c. 2.*

26 Ubi quæritur, An annus ille accipiendus sit de continuo, an de utili? Prius vult Glossa in *d. l. 5.* quod & videtur voluisse Cujac. in *Parat. C. h. t.* Primò, quòd *d. l. 5.* simpliciter ponat anni lapsu finiti actionem hanc; quoties autem non exprimitur tempus esse utile, intelligendum est de continuo, *arg. l. Genero 8. sup. De his qui notan. infam.* Secundò, quòd actio hæc sit odiosa, ut restringenda potiùs veniat, *c. Odia De R. I. in 6.* Probabilius tamen accipitur de utili, eâ ratione, quod in omnibus prætoriis temporalibus tempus intelligatur utile, quando non additur continuum esse, Gail. 2. *Obs. c. 105.* Fachin. *d. lib. 9. c. 8.*

27 Inducit & tacitam remissionem dissimulatio, quando injuriam passus non revocat eam ad animum, id est non dat signa ægri & graviter ferentis animi, *Instit. hoc tit. in fine & l. Non solum 11. §. 1. hoc tit.* nam cùm ab initio non habuerit factum pro injuria, ex pœnitentia remissam injuriam non potest postea recolere. Volunt & videri factam remissionem, aut reconciliationem, ex affabili conversatione, aut simili humano vel benigno actu, qui non videtur procedere nisi ex benigno affectu;

ctu; quam sententiam omnibus placere testatur Clarus §. *Injuria* n. 10. Non ita tamen reconciliationem quisque sibi persuadeat, quin potiùs sibi cavendum judicet ab inimico reconciliato.

28 IV. Per satisfactionem, compensando aut revocando, aut aliàs quoquo modo, postea non est audiendus injuriam passus, quia odiosa non facilè suscitanda, *d. l. 17. §. si ante 6. h. t.* Uti & repellendus ab actione, qui verbo vel facto eam repulit, quasi jus sibi dicens, neglectâ auctoritate publicâ, quam implorare debuisset, *l. 1. §. 1. sup. Quod legator.* Deinde referendo videtur sibi satisfecisse. Pœnitentia injuriantis neutiquam excusat, quæ licet in foro interiori culpam deleat, non tamen in exteriori actionem aut pœnam aufert, quam læsus rectè intentat, cùm per pœnitentiam delictum non aboleatur, *arg. l. Qui ea mente 63. sup. De furtis.*

29 Ad singularem injuriæ speciem spectant famosi libelli, de quibus agit secunda Rubricæ pars, quibus inscriptum crimen, spectans ad gravem alicujus injuriam, non subjecto nomine scribentis; quam rem voluit vindicari Senatus quæstione publicâ, propter ejus gravitatem. Olim erat pœna extraordinaria, Paulus, *5. Sentent. t. 4.* Postea capitali pœnâ placuit puniri, non tantùm auctorem, qui scripserit librum, verùm & eum, qui scribi curaverit, evulgaverit, inventum non suppresserit, cùm talis nisi auctorem prodat, ipse auctor præsumatur, *l. un. Cod. De famos. libel.* Nec eum excusabit, quòd agatur publica causa, quia debuerat legitimè comparere, & ore proprio edicere, quæ libello persequenda pessimo exemplo putavit. Si subjectum fuerit nomen, jure communi injuriatum actionem esse, habet *l. 6. hoc. tit.* Verùm & *d. l. unica* capitalem illi statuit pœnam, qui tale crimen delatum non probat, in cujus fine subjici, hujusmodi libellis non lædi alicujus opinionem.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 10. De Injuriis & famosis libellis.

AD *n. I.* Alapa cui infligitur, non patitur damnum sed injuriam: alapam o. inferens quomodo sit puniendus? *vid. Besold. in thes. Pract. verb.* Maultasch. *adde Coler. de process. Exec. p. 2. c. 9. n. 55.*

Ad n. IV. Per jocum & lusum non infertur injuria. *sec. Besold. modò dict. tract. verb.* wettlauffers-hlagen. *pag. 845.*

Ad n. VI. Testibus crimen objiciens, si non probet crimen, an teneatur injuriarum? *vid. l. 21. ff. de his qui not. infam. ibiq.* Dd. Gail. 2 *obs. 101. n. 6. & 7.*

Ad n. XVI. Hodiè in Camera Imp. & Principum Dicasteriis, quotidiè actiones injuriarum instituuntur, quibus petitur pæna fisco applicari, nec tamen procuratores repelluntur, Treutl. *vol. 2. disp. 30. th. 6. lit. h. ibiq. alleg.*

Ad n. XVIII. Injuria marito illata, tangit uxorem, si, e.g. quis maritum lenonem uxoris, aut ut loquuntur Cornutum vocet. *Besold. in thes. pract. verb. Cornut.*

Injuriato etiam competit actio ad recantationem ejus, quod injuriosè dictum est, Mynf. 2. *obs. 98. Vult. l. 1. Iurispr. 9.* ea tamen criminalis non est, ideoq; cum civili tantum conjungi potest, Mynf. *dict. obs. 98.* Wes. *consil. 22. n. 18.* Gail. 1. *obs. 63. & 61.*

Ad. n. XXIX. Circa pœnam famosi libelli distinguendum est, quale crimen objectum sit, P. H. O. *art. 110.*

TITV-

TITVLVS XI.

De Extraordinariis criminibus.

SVMMARIVM.

1. *Crimina extraordinaria quæ dicantur.*
2. *Puniuntur & extra ordinem crimina, quibus pœna certa legibus proposita.*
3. *Crimina aliquot extraordinaria enumerantur.*
4. *Tale est vetitas artes exercere in sacculo.*
5. *Tale est & positio lapidum in alieno agro.*
6. *Item effractio aggerum Nili.*

1 HÆc de ordinariis criminibus, quibus certa & ordinaria pœna est proposita. De extraordinariis subjicitur quæ certâ lege aut sanctione numquam notata fuerunt sed extraordinario judicis arbitrio irroganda pœnâ coercentur. In quibus hoc singulare, quòd actor subscribere debeat *l. fin. sup. De privat. delict.* ne inulta maneat ejus calumnia, si temerè egisse convincatur, *l. 7.* 2 *sup. De accusat.* * Non tantùm autem crimina, quibus pœna non est proposita, extraordinario modo coërcentur, sed & illa, quibus certa pœna legibus est dicta. Injuriam extra ordinem coërceri expressum est *l. fin. sup. De injuriis*: quod & de furto dicendum, *l. fin. sup. De furt.* quòd hæc via sit fortè expeditior, quia res agitur citra solemnem juris & legum ordinem, & citra priscum judiciorum morem, non observatâ legitimâ pœnâ, cujus statuendæ liberum est arbitrium ei, qui cognoscit; non tamen rationem excedat, *l. Hodie 13. inf. De pœnis.* Hujusmodi crimina aliquot hoc 3 Tit. recensentur, plura sequentibus. * Ejusmodi est, alienas sollicitare nuptias, id est pudicitiam alienæ uxoris appellare, matrimonia interpellare, id est uxoris alienæ nuptias appetere, in quo crimine & conatus venit puniendus, *l. 1. in pr. h. t.* Fimo aliquem perfundere, aquas spurcare, id est inquinare *d. l. 1. §. 1.* Abducto aut corrupto comite stuprum puero persuadere; perfectumq; flagitium capite punitur, imperfectum deportatione, comiti corrupto ultimum supplicium propositum, *d. l. 1. in fine.* Illicitos cœtus habere *l. 2. h. t.* qua de re infra, *t. De collegiis.* Partum abigere, cui propositum temporale exilium, *l. 4. h. t.* nisi fœtus vivat, quia agetur lege Corneliâ de sicariis. Attentare & vexare annonam falsis mensuris, vel onerare falsis stateris, quales Dardanarii dicti *l. 6. h. t.* fortè à primo auctore. * Vetitas artes exercere 4 in sacculo id est magicis artibus ex alieno sacculo aut subducere pecunias, aut subtrahere, *l. 7. hoc t.* Subducere est elicere ad se pecuniam carminibus, vel aliâ ratione illicitâ. Subtrahere est manu auferre. Quibus similes sunt, qui pro sacculo, in quo numerata & appensa pecunia aurea, miro artificio supponunt sacculum, in quo sunt ærei. Fit & in *d. l. 7. h. t* mentio Directariorum, qui in aliena cœnacula fenestris apertis se dirigunt furandi animo, qui magis puniendi, quàm fures: ad tempus dantur in opus publicum, fustigantur, relegantur ad tempus, *d. l. 7.* * Est & inter extraordinaria crimi- 5 na positio lapidum in alieno agro, hoc indicio, ut, si quis agrum hunc coluisset, malo letho se periturum sciret, insidiis eorum, qui lapides posuissent. Hoc crimen vocant Scopelismon: grave est, & ad capitis usque pœnam solent exequi Præsides, *l. 9. h. t.* Puniuntur & extra ordinem, pro admissi criminis qualitate, Circulatores, qui serpentes circumferunt, & proponunt, si cui ob eorum metum, damnum datum, *l. fin. h. t.*

6 Plectuntur & extra ordinem rumpentes aut dissolventes chomata, id est, aggeres Nili in Ægypto, quibus aqua Nilotica coërcetur intra duodecimum cubitum, id est antequam incrementum Nili excessit cubitum duodecimum, *l. penult. h. t.* Postea *l. unicâ Cod. De Nili aggerib.* jussi sunt concremari in ipso loco rumpentes Nili aggeres; conscii & consortes deportari sine spe veniæ. Ratio est, quòd ea res tendat in grave detrimentum Reipubl. ex eo, quòd cùm Nilus non ascenderit ad duodecimum cubitum, certissimum sit signum famis in Ægypto. Similem pœnam possent dici mereri aggerum maritimorum & aliorum fluminum perfossores, quod & hi publico detrimentum adferant non leve, ut docet in locis maritimis experientia Vid. Damhouder in *Praxi rer. criminal. cap. 107.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 11. De Extraordinariis criminibus.

AD n. III. in fine De annonæ flagellatoribus eorundemq; pœnis, remediis contra annonæ caritatem, & materiis huc pertinentibus, *vi l. Herm. Lather. de censu. lib. 3. cap. 7. latissime Petr. Greg. Tholosan. in Syntagm. lib. 36. cap. 30. Vigel. in M. I. R. lib. 3. cap. 10. reg. 106. fol. 668.*

Ad n. IV. Huc pertinet hominum colluvies, quos nos Zigeuner dicimus: Hi mentiuntur se Ægyptios, Sentina est hominum variis ex nationibus collectorum: qui furtis, rapinis, mendicationibus ex chiromantica divinatione, vitam suam tolerant. Hoc hominum genus, publico exitio repertum, publica Imperii lege removetur, cum compertum sit, proditores esse & exploratores hostium, *vid. R. A. de anno 1551. §.* Nach dem uns auch / *Besold. in thes. pract. verb.* Zigeuner, *Gæden. de Arreliis pag. 46.*

Ad n. V. in fin. De circulatoribus, qui serpentes & alias genus bestias circumferunt, si per eas, minus cautè habitas, damnum detur, quando puniri debeant? *vid. Schol. in Exam. Iurid. pag. 502. Treutl. vol. 2. disp. 1. th. 4. lit. C. Roman. singul. 704. Menoch. 2. arbitr. cas. 366. & cas. 368.*

TITVLVS XII.

De Sepulchro Violato.

SUMMARIUM.

1. *Sepulchri violati judicio qui teneantur, & quibus eo nomine actio detur.*
2. *Puniuntur sepulcra in civitate facientes.*
3. *Item malefici ossa legentes, iisq; utentes in rem malam.*
4. *Qui ab his pœnis sint immunes.*
5. *Pœna impedientis sepulturam debitoris sui.*

1 ANnumeratur extraordinariis judicium sepulchri violati. Sepulchri nomine venit omnis sepulturæ locus *l. 3. §. 2. h. t.* Tenetur hoc judicio, cujus dolo malo sepulchrum violatum esse dicetur, ad interesse ei, ad quem sepulchrum pertinet, quod judicabitur ex injuria, quæ facta est & ex lucro ejus, qui violavit, vel damno, quod contigit, vel ex temeritate ejus, qui fecit, *d. l. 3. §. qui de sepulchri.* Si nemo sit, ad quem pertineat aut sit quidem, sed agere nolit, Prætoris edicto permittitur cuicumque agere volenti usque ad centum aureos. Plures si sint agere volentes, præfertur is qui justiorem causam habet. Si quis in sepulchro habitaverit, aut ædificium aliquod, non sepulchri causâ, ibi fecerit, in eum ducentorum aureorum actio datur *d. l. 3. in pr.* Ut hæc actio popularis sit *d. l. 3. in fine.* Infamiam irrogat, propter dolum *l. 1. h. t.* quo cessante ei locus non est, *d. l. 3. §. 1.* Ut neque legi Aquiliæ est locus *l. 2. h. t.* quia datur domino: sepulchrum verò cùm sit religiosum, extra hominem est commercium. Competit & inter h[e]ctum quod vi aut clam, si sepulchrum vi fuerit dirutum *d. l. 2.* Eos manet capitis pœna, qui armatâ manu cadavera spoliant, *d. l. 3. §. adversus 7.* uti & eos, qui corpora ipsa extraxerunt, vel ossa eruerunt, *l. fin. h. t.* * Huc spectat edictum Adriani, 2 quo pœna aureorum 40. in eos statuta, qui in civitate sepulchrum faciunt. Quâ pœnâ tenetur & Magistratus, qui fieri passus est nihil obstante lege municipali, quæ statutis Imperialibus non derogat, *d. l. 3. §. divus.* Verùm hanc rem consuetudo generalis approbavit. * Infames hujus criminis 3 sunt malefici & Magicis artibus de liti, qui plerumque acciendis manibus consueverunt adire sepulchra ossa legere, mortuos polluere, contrectare, spoliare, ossibus abuti in rem malam. Unde, manente priscæ severitatis pœnâ, Imperatores & alias pœnas statuerunt *C. h. t.* & eos religionis læsæ reos habuerunt, *l. 5. C. h. t.* Servus demolitus sepulchra sine scientia domini metallis addicitur; sciente domino relegatur, *l. 2. C. eod.* cadit enim in servos relegatio, secundum, *l. Accusare §. in omnibus ff. De appel.* Judices non punientes sepulchrorum violatores mulctantur auri libris viginti, *l. 3. C. h. t.* * Immunes sunt ab his pœnis illi, quorum pu- 4 blica auctoritas facit erui cadavera è sepulchris, veluti excommunicatorum, hæreticorum, & similium, qui sunt indigni loco sacro, *c. Sacro X De sepul.* vel ideo quòd suspicio sit sepultos occisos, ut possit cognosci rei veritas, quia cessat dolus. Uti & extra dolum est, monumentum corruptum, lapsum, non contractis corporibus, reficiens, *l. Sepulchri 7. h. t.*

5 Vicini sunt violatoribus sepulchrorum, qui defunctum debitorem suum, ut debitum suum facilius consequantur, sepulturæ tradi impediunt, quales *l. fin. C. h. t.* quinquaginta libris auri mulctat,

stat, aut si minùs sint idonei, vult corpore pœnas luant. Videntur & teneri lege Julia de vi publica *l. 8. h. t.* Jure novo à debito cadunt, & alterum tantum hæredibus defuncti inferre jubentur, pu' licatâ tertiâ bonorum parte. Quam pœnam & subit creditor, qui moribundi ædes adit, ipsum, aliosque molestat, signacula rebus imponit, *Auth. item qui C. eod.* Quo jure, & prohibetur alicui inferre molestiam, ex persona defuncti, ante novem dies ab obitu. *Auth. Sed neque C. eod.* Quæ ut sint benè constituta jure scripto, non tamen passim observantur, cùm & in Belgio nostro loca sint permittentia impedimentum poni sepeliendis debitorum cadaveribus. Vid. Covarr. 2. *Var. Res. c. 1. n. 11.* & D. Peckius *De jure sistendi c. 5. n. 23.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 12. De Sepulchro violato.

AD *n. III.* Spoliatores Sepulchrorum, ac cæmiteriorum, non minus atque latrones, Rotâ puniri vult jus Saxonicum. Landtr. lib. 2. art. 13. v. Alle Mörder und die den Pflug berauben / oder Mühlen / oder Kirchen oder Kirchhöff &c. die soll man alle Radbrächen &c: Quæ constitutio nimis rigorosa esset, si generaliter accipienda esset. Quod tamen negat *Matth. Coler. p. 1. dec. 147. n. 2.* restringens eam ad violationem Sepulchrorum, quæ insigni aliquo sacrilegio contamnata essent: Et putat eos, qui cadavera defunctorum spoliant, arbitrariè saltem puta relegatione, carcere vel fustigatione, puniendos esse: Nisi circumstantiæ aliud suadeant & delictum aggravent, veluti quod fur cadavera effossa non rursus sepeliverit *l fin. pr. h. t.* Damhoud *in prax. rer. crimin. cap. 109. n. 6. Matt.* Wes. *in par. h. t. n. 3. Menoch. de arbitr. Iud. quæst. lib. 2. cent. 4. cas. 387. n. 14.* Aut si quis sæpiùs cadavera defunctorum spoliaverit, quia delicti geminatio pœnam aggravat *L. nemo deinceps 3. sub fin. C. de Episc. audient*, vel etiam si violatio cadaverum mortuorum armata facta fuisset, quales violatores etiam de jure quoque civili capite plectuntur *l. prætor ait. 3. §. adversus eos 7. v. ut si armati ff. de* Sepulch. viol. *Menoch. cas. 387. n. 3. Damh. dict. c. 109. n. 6. Matth. Berlich. part. 5. concl. 47. n 18.*

TITULUS XIII.

De Concussione

SUMMARIUM.

1. *Concussio quid?*
2. *Crimen hoc est publicum in tertis casibus.*

1 COncussio est terror injectus, pecuniæ vel alterius rei extorquendæ causâ. Restituendum id venit, quod extortum & aliter coërcendus reus per præsidem, *l. 1. h. t.* Est & extractio quadrupli in casu *l. 1. C. Ad L. Iul. repetund.* 2 Est item in quibusdam casibus publicum hoc crimen, ut declarat *l. 2. h. t.* quando quis minatus est alicui crimen imponere pecuniæ extorquendæ ergò. Est & capitalis pœna in casu *l. 1. C. De superact. lib. 10.*

TITULUS XIV.

De Abigeis.

SUMMARIUM.

1. *Abigei unde dicti, qui & in quo à furibus distinguantur.*
2. *Pœna criminis abigeatus.*

1 ABigei ab Abigendo dicti propriè sunt qui pecora ex pascuis, armentis aut gregibus abducunt, *l. 1. §. 1. h. t.* Armenta sunt majorum animalium, ut boum, equorum, grex minorum, ut ovium, caprarum. Unde legato armento boves quidem continentur, non etiam oves, *l. Servus 81. sup. De leg. 3.* Coërcentur abigei vel ut fures, vel ut abactores, quod ex abactorum animalium quantitate decernitur: tamquam abactores, si oves, capras decem, porcos quatuor aut quinque, sive sæpiùs sive semel, bovem unum, equum unum subduxerint, *l. 3. h. t.* Ex studio quoque & arte abigendi cognoscitur, quis tamquam abactor sit puniendus, an sicut fur. Certum est tamquam ferem puniendum eum, qui bovem aiantem, aut equos in solitudine relictos abduxerit.

2 Pub'ici judicii crimen hoc non est, graviter tamen puniuntur, & durissimè quidem gladio, præcipuè illi, qui ferro, ut, plerumque fit, deprædantur pecora. *l. 1. in pr. & l. 2. h. t.* Et hoc ubi id maleficii genus est frequentius, solet enim frequentia augere pœnam: aliàs in opus temporarium dantur rei, *d. l. 1. in pr.* In honestioribus temperatur pœna, ut aut relegentur, aut ordine moveantur, *d. l. 1. §. penult.* Leviùs etiam coërcetur, qui à stabulo abegit domitum pecus, *l. 3. §. 1. h. t.* ubi pro *plenius*, legendum, *levius*, indicat Cujac. *hic in*

paratitlis & 6. Obser. c. 8. eâ ratione, quòd durius statuendum sit in eos, quibus est major furandi copia, qualis non est in stabulo. Receptatoribus abigeorum ea est pœna proposita à Trajano, ut extra Italiam decem annis relegentur *l. 3. in fine. h. t.*

TITVLVS XV.

De Prævaricatione.

SVMMARIVM.

1. *Prævaricatio quid?*
2. *Crimen hoc aliud publicum, aliud privatum.*

1 PRævaricatio est collusio accusatoris cum reo, ut absolvatur. Prævaricatores dicti, qui causam adversariis suis donant, cum reo colludentes, proditâ causâ suâ *l. Prævaricatores 212. inf. De V. S.* *. Judicium hoc aliud publicum, aliud moribus inductum sive privatum, *l. 3. h. t.* Publicum 2 cùm quæritur de prævaricatione ejus, qui publico judicio accusavit, quia agitur de corruptela publici judicii, qualis eâdem pœnâ afficitur, quâ teneretur, si ipse in legem commisisset, quâ reus per prævaricationem est absolutus, *l. penult. h. t.* Unde & infamiam irrogat post pronuntiationem, *l. 4. h. t.* Privatum est in Advocatum, qui dum accusatori assistit, & prævaricatus, & extra ordinem puniri solet, *l. 1. in fine hoc tit.* Habet & hanc pœnam accusator in prævaricatione convictus, quod postea ex lege non accuset, *l. 5. hoc tit.* Quantum ad eum, qui delatorem corrupit, pro victo habetur præterquam in causa sanguinis, *l. fin. hoc tit.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 15. De prævaricatione.

1 DE Prævaricationis crimine & pœnis. *vid. Menoch. de arbit. cas. 323. Althus. Dicæol. lib. 1. c. 145. n. 1. & seqq. Besold. thes. pract. verb.* Verräther.

TITVLVS. XVI.

De Receptatoribus.

SVMMARIVM.

1. *Receptatores qui, & eorum pœna.*
2. *Puniuntur mitius occultantes propinquos.*

1 REceptator est, qui maleficium receptat, in suo sive in alieno, præstans ei causam se occultandi. Pessimum hoc hominum genus habetur, sine quo criminis reus nemo diu lateret: unde æqualis cum pœna manet, quia in pari est culpa, ut latrones occultans perinde puniatur atque latro *l. 1. h. t.* Latrones autem puniri publicè interest, ut graviter peccetur, acceptâ pecuniâ, vel parte subreptorum, eos dimittere, & judici, ut oporter, non offerre, *l. 1. C. De his qui latrones.*

* Mitigatur pœna in iis, qui propinquum occultarunt, qui dispendio facultatum videntur puniendi, pro qualitate personæ, & delicti modo, *l. 4. C.* 2 *h. t.* Minus enim horum peccatum est, quibus ut licet sanguinem suum taliter qualiter redimere, *l. 1. inf. De bonis eor. qui mort. consc.* ita & suorum conservare; pietas enim cognati sanguinis excusationem præstat.

TITVLVS XVII.

De Furibus balneariis.

SVMMARIVM.

1. *Fures balnearii cur gravius puniantur.*
2. *Fures nocturni etiam extra ordinem puniuntur.*

1 BAlnearii fures dicti, qui subripiunt in balneis vestes eorum, qui denudati lavandi causâ balnea

balnea sunt ingressi, quorum vestes quia facile est subripere, ideo extra ordinem graviùs eos castigari publicè interest, quia, ut suprà dictum, gravior statuitur in eos pœna, quibus furandi est facilis copia. † Quod idem & in furibus nocturnis obtinet, qui extra ordinem puniendi; pœna tamen operis publici temporarii modum non excedat. Telo se defendentes, si neminem percusserint, manet pœna metalli, honestiores relegantur, *l. 1. h. t.*

TITVLVS XVIII.

De Effractoribus & Expilatoribus.

SVMMARIVM.

1. *Effractores & Expilatores qui dicantur.*
2. *Animadversio major in nocturnos, quam diurnos.*

Effractores dicuntur, qui vi fores, parietesve insularum, horreorum, diripiendi, expilandi causa perfringunt, *l. 3. §. 2. sup. De off. praefec. vigil.* Expilatores sunt prædones, qui alienas ædes, aut villas expugnant, diripiunt, homines spoliant. In hos variè animadvertitur, prout admissum suggerit, dum ne quis in plebejo operis publici pœnam, in honestiore relegationis excedat, *l. 1. h. t.* † Atrociùs in nocturnos animadvertitur, quàm in diurnos: hi fustibus quidem castigantur, in opus perpetuum vel temporarium dantur, illi verò fustibus cæsi in metallum dari solent, *l. fin. h. t.* Gravior est pœna effringentis carceres, nam de eo sumendum supplicium rescripserunt divi fratres, *l. 1. in princ. h. t.* qua de re latiùs infrà, *De custodia reorum.* Super saccullariis, & directariis liberum arbitrium statuendi est ei, qui cognoscit, *d. l. 1.* de quibus & actum suprà. Dicuntur & Apertularii, quòd confectis cardinibus in cœnaculis, quæ ingrediuntur, nihil tam sit obseratum, occlusum, obsignatum, quod non aperiant.

* * *

TITVLVS XIX.

Expilatæ hæreditatis.

SVMMARIVM.

1. *Crimen expilatæ hæreditatis cur inventum.*
2. *Qui illud intentent.*
3. *In uxorem actio eo nomine non competit.*
4. *Nec datur liberis defuncti inter se.*
5. *Pœna est extraordinaria.*

Subtractum, hæreditate jacente sive needum possessâ, cum in furti crimen non cadat, *l. hæreditariæ 68. sup. De furtis,* propterea quod furtum alicui fiat, hæreditatis autem jacentis res nullius in bonis habeatur; non defuncti, qui non extat; non hæredis, qui needum apprehendit possessionem, *l. Cùm hæredes 13. sup. De acquir. possess. l. 1. §. Scævola sup. Si is qui test. liber. esse jus. fuer.* ideo crimen hoc proprio nomine notatum expilatæ hæreditatis, id est amotæ rei hæreditariæ, & extraordinario judicio vindicatum, *l. 2. h. t.* † Quod intentant illi, quorum interest, scilicet hæres, cujus factum etiam prodest cohæredi, *l. 4. h. t.* quia res hæreditaria omnium est communis, & unius sociorum super re communi victoria etiam alteri prodest, *l. 4. §. si fundus sup. si servitus vindic.* Contra eos, qui subripuerunt, quatenus aliàs furti tenerentur, si hæreditas non vacasset.

Unde est, quod in uxorem non competat, *l. penult. h. t.* cùm ea super subtractis rebus mariti non furti, sed rerum amotarum teneatur, *sup. Rer. amotar.*

Non etiam liberis defuncti inter se hæc actio utilis erit, quod in rebus communibus suo potiùs jure eos versari sit præsumendum, quàm dolo egisse, *l. Marito 51. sup. Pro socio.* Quo facit *l. 1. h. t.* quæ habet, hac accusatione eos coërceri, qui alienam hæreditatem expilant, non est autem aliena liberis. Quod & dicendum in cohæredibus, quorum indemnitati consultum est familiæ erciscundæ judicio, *l. 3. C. Famil. ercisc.* ut crimen hoc frustrà intentetur: nisi tamen expilantis dolus pateat, quo casu huic actioni locum dant interpretes *ad d. l. 3.* In vitricum hæc actio privigno competit, *l. 3. C. h. t.* uti & in novercam quondam suam expilantem hæreditatem avi, *l. 3. C. h. t.* non etiam defuncti patris, quia tanquam

quam uxor tenetur rerum amotarum, uti jam dictum.

5 Pœna est extraordinaria, judicis arbitrio infligenda, *l.* 1. *h. t.* Habet autem hæres electionem, extraordinaria hac actione utatur, an jure ordinario res vindicet, *l.* 3. *h. t.* concurrit enim civilis cum criminali. Nihil obstante *l. fin. C. h. t.* quæ habet, loco deficientis actionis hoc crimen intendi consuevisse; nam accipienda de alia actione criminali, furti scilicet, non etiam de alia civili, *Glossa ibi*, Ant. Faber. *in C. suo ad h. t. Definit.* 2.

TITVLVS XX.

De crimine Stellionatus.

SVMMARIVM.

1. *Stellionatus unde dictus, & quid significet.*
2. *Crimen hoc quo modo contrahatur.*
3. *Pœna illius est extraordinaria.*
4. *An infamiam irroget?*

1 DEsumptum hoc nomen ab animali Stellione versutissimo, lacertæ simili, quo nullum fraudulentius homini invidet. Designat autem fallaciam, imposturam, dissimulationem, & quidquid turpiter factum in fraudem alterius, quod proprii criminis nomen non habet, ut aliam actionem quæ pœnam persequatur, non habeat concurrentem, *l.* 3. §. *1. h. t.* nam si alia fuerit, hæc cessat, ad instar actionis de dolo, *d. l.* 3. §. *1.* Habet verò concurrentes, quæ rem persequuntur, ut pignoratitiam *l. fin. sup. De pignor. act.* ex empto *l. Servus* §. *1. sup. De act. empti*, & alias.

2 Contrahitur hoc crimen, rem alienam aut suam obligatam dissimulatâ obligatione, obligando, distrahendo, in solutum dando, permutando in alterius deceptionem, merces supponendo, pro auro æs, pro adamante gemmam vitream subjiciendo, obligatas res avertendo, corrumpendo, *d. l.* 3.

3 Pœna ejus non est legitima, cùm non sit legitimum crimen, ut rectè inter extraordinaria ponatur, & extra ordinem puniatur. Non egreditur tamen hæc pœna opus metalli in plebeis: in his qui sunt in aliquo honore positi, ad tempus relegatio vel ab ordine motio remittenda est, *d. l.* 3. §. *penult.* Perjurium ejus, qui pignora sua esse juravit, exilio temporali punitur, nam & hoc in stellionatum incidit, *l. fin. h. t.*

4 Dubitatur, An crimen hoc infamiam irroget? Dubitandi causam ponunt duo juris loca scilicet *l. Quid ergo* 13. *in fine sup. De his qui not. infamia* & *l.* 2. *h. t.* Illa enim asserit infamiam irrogare, hæc verò negat famosum esse judicium. Vnde interpretes in diversas ivêre sententias, ad commodam conciliationem inveniendam; quorum aliqui, quos refert *Glossa fin. in d. l. Quid ergo*, illam accipiunt in casu, quo secuta est sententia, dictam verò *l.* 2. in casu, quo non est secuta. Quod ut sit verum, per *l.* 7. *inf. De publ. judic.* non tamen tollit dubium, quod, cum de infamia quæritur, ponenda sit sententia condemnatoria; ex nullo enim crimine, etiam publico, infamia irrogatur, nisi secutâ sententiâ, *d. l.* 7. Ant. Faber, 4. *Conject. c.* 2. putat in *d. l.* 2. expungendam esse negationem; quæ res tolleret omne dubium, nisi lectio constans obstaret. Vt probabiliter cum *Glossa fin. ad d. l. Quid ergo* distinguatur, an ex famosa causa stellionatus crimen descendat, puta ex dolo, an non famosa, veluti ex pignore, seu quod idem est, an concurrat cum civili actione famosa, uti de dolo, an cum alia actione non famosa, qualis est pignoratitia; ut illo casu sit famosa secundùm *d. l. Quid ergo* hoc verò non famosa, secundùm *d. l.* 2. Quæ sententia videtur firmari per *d. l.* 2. Probant eam conciliationem Cujac. 10. *Obser. cap.* 26. & Duarenus 1, *Disput. c.* 42.

TITULUS XXI.

De Termino moto.

SUMMARIUM.

1. *Terminos moventium aut transferentium pœna.*
2. *Hodie est extraordinaria.*

1 TErminus hîc dicitur finis, vel limes distinguens agrorum confinia, quem moventes aut transferentes etiam lege Mosaica puniuntur, *Deuter. c.* 27. Lege Numæ Pompilii reus sacer esse jubetur. C. Cæsar lege agrariâ mulctam pecuniariam posuit quinquaginta aureorum; quam petitionem voluit esse popularem *l.* 3. *h. t.*

2 † Postea terminorum avulsores & propulsores, pro conditione admittentium, & mente facientium, extraordinariam pœnam subeunt, vel relegationem, vel verbera, *l.* 1. & 2. *h. t.*

TITY-

TITVLVS XXII.
De Collegiis & Corporibus.

SVMMARIVM.

1. *Collegia alia licita alia illicita.*
2. *Licita leges sibi ferre possunt, & legata illis relinqui.*

1 COllegia sunt cœtus & coitiones sodalium, quæ & Sodalitia dicuntur. Alia licita sunt & permissa, quæ utilitas civitatis desiderat, alia illicita & sublata, ut instituta ad usum & finem improbum, puta commessationum, libidinum, falsatum religionum, factionum, cujusmodi illicitis cœtibus nulla capitalior Reip. pestis esse potest, cùm ex iis conjurationes in Remp. seditiones, aliaque infanda incommoda procedant; ut summo jure strictè sint prohibita, sub pœna vis publicæ, *l. 2. h. t.* aut aliâ arbitrariâ, *l. 1. h. t.* sub præscriptionis domus, in qua illiciti cœtus habiti, periculo eos prohibent Impp. in *l. Conventiuncula 15. C. De Episc. & Cler.* † Licita collegia 2 sive corpora ut figulorum, textorum, fabrorum, pistorum, & similium, potestatem à lege habent pactionem, quam volunt, sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant, *l. fin. h. t.* His etiam relinqui legata permissum; imò & ab intestato succedebat corpus sodali sine hærede mortuo, fisco remoto. *tit. C. De hæredit. decur.* Quod in illicitis secus erat, quibus relinqui aliquid omninò prohibitum, *l. Collegium C. De hæred. instit.* Unde non rectè inferas, Collegia Christianorum fuisse olim habita illicita, quòd iis quid relinqui esset prohibitum ab Impp. Christianis; nam hoc factum ad refrænandam quorumdam avaritiam, ut videre est apud D. Hieronymum ad Nepotianum.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 22. De Collegiis & corporibus.

DE constitutione collegiorum, eorumque subjectis, jure & dissolutione, & varias quæstiones ad hanc materiam pertinentes, *vid. ep. Schönb. lib. 2. Politic. c. 1. per tot.*

TITVLVS XXIII.
De popularibus actionibus.

SVMMARIVM.

1. *Actiones populares quæ dicantur.*
2. *Cur vu de populo permittuntur, excepta muliere ac pupillo.*
3. *Illud in his singulare, quòd reus possit dare procuratorem.*
4. *Actio hujusmodi hodie in usu esse desiit.*

1 POpulares actiones dictæ, quòd jus suum populo tueantur, *l. 1. h. t.* vel principaliter quando ad populum primariò spectat; vel secundariò, quando principaliter subest utilitas privata, ut in plerisq; extraordinariis. † Harum actio- 2 num eæ sunt conditiones, ut cuivis de populo permittantur, dummodò sit integra persona, cui per edictum postulare licet, *l. 4. h. t.* Si multi concurrant, is, cujus interest præfertur, *l. 3. h. t.* aut magis idoneus, *l. 2. h. t.* Mulieri & pupillo non sunt permissæ, ne fragilitate peccent, nisi res ad eos pertineat, *l. 6. h. t.* Ad fideicommissarium non transeunt, *l. 7. h. t.* neque dantur in hæredem, neque ultra annum durant, *l. fin. h. t.*

Hoc & in iis singulare est, quòd reus possit dare procuratorem, non etiam actor *l. 5. h. t.* nisi is 3 agat, ad quem res ea pertinet, *l. Licet. 42. in princ. sup. De procurat.* Fidejussor quoque non datur, *l. Si quis pro eo 56. §. fin. d. tit.* Ratio est, quòd non antè intelligatur ex ea causa cuiquam ex populo deberi, modo ad eum privatim res ea non pertineat, quàm litem contestatus fuerit, *l. ut si cui 12. inf. De V. S.* Post litem contestatam cùm debeatur, fidejussor accipi potest, quia sæpè pars pœnæ ei, qui popularem actionem instituit, præmii loco per fiscum concessa, *l. Lege Cornelia 26. §. fin. sup. Ad S. C. Silanian.*

Verùm popularis hæc actio non frequenta- 4 tur, cùm non sit moris, privatas ejusmodi actiones intentare aut persequi, quòd plerosque verecundia aut impendiorum metus impediat atque ita ne crimina maneant impunita, successere illi quos vulgò Syndicos, vel Promotores, vel Procuratores fisci appellant.

FINIS LIBRI XLVII.

HEN-

HENRICI ZOESII J.C.

IN LIBRUM XLVIII.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De publicis judiciis.

SUMMARIUM.

1. *Publica judicia unde sic dicta, & in quo differant ab actionibus popularibus.*
2. *Eorum exercendorum ordo olim solemnis.*
3. *Criminum alia Capitalia.*
4. *Cur hoc genus pœnæ induci fuerit necesse.*
5. *Alia non capitalia.*
6. *Judicia publica irrogant infamiam.*
7. *Procurator in his judiciis non intervenit,*
8. *Fallit quoad excusationes absentium.*
9. *Absens quatenus defendi possit per procuratorem.*
10. *Hodie absentes contumaces condemnantur,*
11. *An admittendus sit hodie procurator?*
12. *Fallit item quoad illustres personas.*
13. *Judicio civili pendente non potest agi criminaliter.*

Hactenus de civilibus judiciis: hoc libro XLVIII. ad publica transgreditur Imp. de quibus Tit. primo in genere proponit. 1 † Ea à popularibus actionibus, de quibus proximè, differunt, quod illa sint criminalia, anno non circumscripta, istæ civiles, anno circumscriptæ, exceptis paucis. Nominis ratio *Instit. h. t.* indicatur, ex eo sumpta, quòd omnibus pateant, & cuilibet de populo plerumque sit eorum executio, id est accusatio sive persecutio, permissa. Dico, plerumque; quia hoc interdum aliter sese habet, ut dicemus Tit. sequenti. Rectiùs tamen cum J.C. *l. 1. h. t.* ideò publica dixeris, quòd ex legibus publicorum judiciorum veniant, quorum cognitio & animadversio ad populum pertinet. Instituendorum horum judiciorum longè diversus est ordo à privatis, ut indicat Imp. *Inst. eod.* cùm privata per actiones instituantur, etiam coram arbitris, & civiliter peragantur, hæc verò per accusationes, coram judicibus tantùm, & inscriptionem desiderent, de qua Tit. seq.

2 Horum exercendorum ordo olim erat solemnis. Primùm enim accusaturus ad quæsitorem nomen rei (qui ita dictus à reatu) deferebat: id recipi postulabat, professus quâ lege eum reum faceret. Negante reo factum, dies inquirendi criminis petebatur atque ab eo tempore reus in reatu agere dicebatur, quo modo accipienda *l. Si diuturno inf. De pœnis*, non autem de tempore commissi criminis, qua de re & ibi agemus. Hodie ordo iste exercendorum publicorum judiciorum desiit in usu esse, cùm extra ordinem criminia probentur, durante pœnâ legum, secundùm *l. 8. h. t.* qua de re infrà *d. t. De pœnis.*

3 Criminum duo sunt genera. Alia capitalia, quæ capite civitati eximunt, vel per mortem naturalem, quæ ultimi supplicii nomine venit, vel per mortem civilem, ut ignis & aquæ interdictionem. 4 † Quod genus pœnæ induci necessarium fuit, nam cùm olim, secundùm statuta majorum, nec civitate extrudi, amissâ libertate aut civitate, nec ultimo supplicio noxii cives affici poterant, ne eorum peccata impunita relinquerentur, publicæ disciplinæ ratio postulabat, invenire rationem, quâ salvis majorum constitutionibus,

nibus, civitate pellerentur noxii. Institutum itaque est igni & aquâ interdici, ut his subsidiis, quibus vita humana continetur, destituti, in alias terras migrare, seque in aliam civitatem conferre cogerentur, in quam recepti Romanam amittebant. Qui ideò cogebantur migrare, quod qui ita damnatos celassent, recepissent, tenuissent, L. Julia de vi tenerentur. Paulus 5. *Sentent. t. 26.* Mansit hæc aquæ & ignis interdictio usque ad tempora Impp. sub quibus primùm reorum in insulas deportatio in Remp. est invecta, &, ne juris antiqui vincula apertè convellerentur, in locum aquæ & ignis interdictionis est suffecta, ut, vetusti moris umbrâ retentâ, qui deportarentur, sic haberentur, quasi igni & aquâ interdicti essent, *v. l. 2. §. 1. sup. De pœnis, l. pen. §. fin.*

5 *inf. De var. & extraor. cognit.* † Alia non capitalia, quæ, salvo capite tum quoad libertatem, tum quoad civitatem, vel irrogant infamiam vel pœnam pecuniariam fisco inferendam, vel corporis aliquam coërcitionem, *l. 2. h. t.* quorum exempla sequentes Tituli dabunt.

6 Habent hæc judicia aliqua sibi propria. I. Quòd infamiam irrogent reo, non tamen nisi per sententiam, *l. 7. h. t.* quia infamia juris ad pœnam spectat, quæ non nisi per sententiam infertur. II. Quòd finiantur morte rei, neque enim hæres in pœnam succedit, *l. Pœna inf. De pœnis.* Excipitur crimen perduellionis, ex quo defuncti memoria damnatur; quod idem & de hæresi judicandum. Excipitur & crimen repetundarum, qua de re infrà suis locis. Si agatur quæstio pecuniaria, etiam post mortem rei locus est accusationi, ne scelere quæsita prosint hæredi. Accusatoris mora non facit quæstionem cessare, cùm res ab alio peragi possit, *l. pen. in princ. h. t.*

7 *l. 3. in fine inf. tit. seqq.* III. † Quod ad crimen hoc persequendum frustrà procurator interveniat, id est accusati, publici criminis per se sit instituenda, *l. Inter 10. & pen. h. t. l. 1. inf. An per al. causa appellat. reddi poss.* Et hoc non tantùm in accusatore, verùm & in reo, *d. l. pen.* Illius ratio est, quòd accusator, si calumniati comperiatur, talionis pœnâ teneatur, *l. 1. inf. Ad S. C. Turpill.* quæ absenti infligi non posset; procuratori autem ut infligatur, non est ratio, qui mandato alterius reum detulit. Quæ ratio non ideò inefficax, quòd rationis pœna hodie cesset, cùm ejus loco pœna extraordinaria sit surrogata, Menoch. *De arbitrar. lib. 1. q. 79. n. 4.* Hujus ratio est, ne judicia reddantur elusoria, cùm contra absentes non sit prompta executio, quando damnati non comparent. Est & altera ratio, quòd exhibitio ex præsentia ei sit præcipuè necessaria, ut & ejus voce, vultus habitudine, constantiâ, trepidatione Judex eruat veritatem, *l. Si plures 15. inf. tit. seq.* Unde rectè *d. l. pen. h. t.* dicitur multò magis ad deferendum non admitti procuratorem in his judiciis. Videatur And. Gail. *De pace publ. lib. 1. c. 10. n. 2. & 3.* Quod procedet etiam in privatis delictis, si veniat pœna corporalis infligenda. Menoch. *d. loco n. 12.* Quod Jason ad *l. 2. n 3. C. De procur.* ita vult procedere, ut ne quidem conjuncta persona admittatur.

8 Regula ista fallit primò, quoad excusationes absentium, quas per procuratores proponi posse receptum, ut, si justam habeant rationem, faciant differri sententiam, *d. l. pen. in fine & l. Absens 71. sup. De procurat.* Quod videtur accipiendum post litem contestatam, quia non potest de jure ferri sententia, nisi lite contestatâ: & hoc ita accipiendum esse patet ex *d. l. Inter h. t.* in verbis, *cognitione susceptâ.* Ante litem contestatam, si reus absfuerit, annotatur ejus nomen inter reos delatos, *l. 6. C. De accusat.* Cujusmodi annotatio promulgatur edicto, ut perveniat in notitiam ejus, qui delatus est, *l. 1. §. 2. sup. De requirend. reis.* Post litem contestatam absens reus ter citatus per triduum; qui nisi compareat, damnatur, *d. l. Inter 10. hoc tit.* † Quo tamen casu non tantùm videtur absentia ejus excusari posse, sed & ipsa innocentia defendi per procuratorem in 9 crimine capitali, per *l. 3. C. De accusat.* quæ habet, *Reos capitalium criminum absentes etiam per procuratorem defendi posse.* Quam legem etsi Glossa accipiat tantùm de justæ absentiæ excusatione, videtur tamen accipienda etiam de defensione ipsius innocentiæ, per *l. Servum 33. §. publicè sup. De procurat.* nam cùm pro damnato, qui ducitur ad supplicium, etiam invito appellare alteri liceat, quidni etiam audietur paratus excusare absentis innocentiam in causa capitali, ex qua absens damnari posset? Vide Cujac. 2. *Obser. c. 20.* & Fachin. 1. *Contr. c. 24. & seq.*

10 † Hodiernus usus in multis locis habet & absentes contumaces condemnari, quòd contumacia faciat eos haberi pro confessis & convictis, ut tradit Jul. Clarus § *fin. qu. 32. & l. Ejus q. 44.*

Ubi quæritur, An & procurator sit admittend'? Et respondet id velle Ægidium de Bellamera *decis. 716.* ex ratione *d. §. publicè* & quod non fiant judicia elusoria, cùm sequatur condemnatio, & talis, qualis pœna. Ipse tamen contrarium tenet

& asserit ita habere communem opinionem praxi receptam.

11 Secunda exceptio est in illustribus personis, quibus, sive sint honorarii, qui sine administratione honorariis codicillis decorantur, sive legitimi, id est ordinarii, datum est, ut sive agant sive conveniantur criminaliter, saltem in causa injuriarum, procuratore uti possint; ita tamen ut accusantes ipsi in crimen subscribant, & sententia in eorum personam concipiatur feraturque *l. fin.* C. *De injur.* Quæ res non inuret ipsis infamiam, licet contra eos sententia feratur, quia judicio non adfuerunt, neque etiam tempore sententiæ.† Tertiò, excipiuntur servi qui vel absentes vel præsentes possunt per dominos, vel procuratores, aliosve loco domini defendi, *l. Servus 11. h.t. l. 2. C. De accus.* Cujus ratio est, quòd dominus non tam videatur reum defendere, quàm rem sui patrimonii, in quo reus est, quod tueri cujusque interest. Et hoc hactenùs, ut eum defendat, competentibus allegationibus purget ejus innocentiam, satisdet judicio sisti, *l. Si servum 17. inf. t. seq.* non etiam ut pro eo sustineat condemnationem; Nam etiamsi domino defensionem servi suscipere liceat, sententia tamen in personam servi ferenda, *d. l. 2.* Quamvis aliud sit in noxali judicio, in quo, nisi noxæ dedat servum, suffert condemnationem, quia judicium illud non est criminale. Quòd si dominus servum non defendat, ad exhibendum quidem tenebitur, non tamen ex hoc pro derelicto eum habere censendus, cùm absolutus liber non fiat, sed maneat in potestate, *l. Sciendum 9 h.t.*

12

13 Notandum denique, quod pendente judicio civili non possit agi criminaliter ex eo facto, *l. 4. h. t.* quæ habet præjudicium publico judicio fieri per civile, uti Legis Aquiliæ, furti, vi bonorum raptorum, quod & habet *l. 2. §. 1. sup. Vi bonor. rapt.* Quod non ita accipiendum, quasi judicium criminale consumeretur per propositum civile, nam hoc negat *l. unica Cod. Quando civilis actio,* & *l. Inde Neratius §. si de dolo sup. Ad Leg. Aquil.* sed quòd interim, dum pendet civile, non proponatur criminale; vel quòd ex civili judicio, quod priùs factum est, sumatur exemplum & argumentum, quod judices sequantur in criminali posteà proponendo. Et hoc, si agatur de re familiari, *d. l. 4.* tunc enim quia utrumque ad diversa tendit, post unum propositum & alteri locus est; nam si per civile actum fuerit ad vindictam, consumptum est criminale, *l. 2. §. 1. sup. De injur.* quia idem bis non vindicatur.

TITVLVS II.

De Accusationibus & Inscriptionibus.

SVMMARIVM.

1. *Accusatio quid?*
2. *Accusare possunt & pater & filiusfamilias.*
3. *Mulier accusare prohibetur.*
4. *Item pupilli, non etiam minores 25. annis.*
5. *Prohibentur & milites.*
6. *Magistratus majores.*
7. *Inimici & suspecti calumniæ.*
8. *Domestici, ut servi, alumni.*
9. *Frater fratrem super crimine capitali.*
10. *Liberi parentes, liberti patronos.*
11. *Non item pater filium, aut patronus libertum.*
12. *Non accusant capite minuti, ut deportati, damnati publico judicio, non infames.*
13. *Accusatus accusatorem suum quando accusare possit.*
14. *Non auditur, qui destitit ab accusatione.*
15. *Nec maritus, qui juravit se non accusaturum uxorem adulterii.*
16. *E pluribus accusare volentibus quis admittendus.*
17. *Accusare an quis teneatur?*
18. *Denuntiatio criminis quatenùs licita.*
19. *Accusari qui possint, An & absens?*
20. *Semel absolutus non potest super eodem crimine accusari.*
21. *Accusationem remittente læso an alius eam persequi possit?*
22. *Absolutio ab instantia non excludit denuò agere volentem.*
23. *Delatus ab uno non potest deferri ab alio super eodem crimine.*
24. *Forma accusationis.*
25. *Libellus accusatorius quid continere debeat.*
26. *Conclusio in eo necessaria non est.*
27. *Criminibus accusationique præscribitur 20. annis.*
28. *Quibusdam minori spatio.*
29. *Ratio hujus præscriptionis.*
30. *Intellectus l. In cognitione 13. Ad S. C. Silanianum.*

31 In

31. *Intellectus* l. Qui falsum 19. in fine Ad L. Corn. De falsis.
32. *Inquisitio quid, & qualiter instituenda per judicem.*
33. *Inscriptionis usus olim solemnis.*
34. *Immunes ab hac inscriptione.*
35. *Usus ille inscribendi cur antiquatus.*

PEr accusatores ordinari hæc judicia dictum; de quibus hic subjicitur primâ Rubricæ parte.

1 †Accusatio est delatio maleficii apud judicem, ad vindictam publicam solemniter facta. De accusationis requisitis antequam penitius agatur, præmittendum, qui accusare possint, uti factum in Cod. De personis enim prius agendum sive quærendum, quàm de regulis & solemnitatibus juris.

2 Ad accusandum quivis admittitur, & pater & filiusfamilias, etiam sine consensu patris, *l. 9. sup. De his qui sunt sui vel al. juris.* ubi dicitur, in publicis causis filiumfam. haberi pro patrefam. nisi criminis aut personæ ratio impediat. Criminis ratio obstat in adulterio qua de re infra Tit. V. & in causa partûs suppositi, ad quam non admittitur, nisi is, ad quem res ea pertinet, per *l. Lege Corneliâ 30. inf. ad L. Corn. De falsis.* † Ratione

3 personæ impeditur mulier, propter sexûs verecundiam & fragilitatem, quâ facilè inducitur amore aut odio habere, *l. 1. & 8 h. t. l. 5. C. eod.* Qua de causa publicorũ judiciorum non est particeps, nisi res ad eam pertineat, ut si prosequatur suam suorumq; injuriam, *d. l. 5 & l. 1. & 4. h. t.* Idem placuit, si quæstio sit de atrocissimo crimine, uti est læsæ majestatis, *l. 8. h t.* Simoniæ, *c. Tanto 7. ẍ De simonia*, & similium, quæ interest publicè sciri. Auditur etiam mulier in causa annonæ, quæ ad publicam utilitatem spectat, *l. Mulierem 13 h. t.*

4 Ætas removet & pupillum, *d. l 8. h. t.* nisi ex tutorum consilio suam, suorumve injuriam prosequatur *l. 2. §. 1. h. t.* Minores annis XXV. non videntur repellendi ab accusando, tum quia *l. 2. & 8. h. t.* tantùm removeat pupillos, & specialiter minores repellãtur ab adulterii accusatione, nisi de suo matrimonio violato querantur, *l. Maritus 15. §. lege Iuliâ inf. Ad* L. *Iul. De adult.* ut aliis in causis non sint repellendi; exclusio enim unius est inclusio alterius. Cujac. 17. *Obser. c. 3*, Azo in *Summa* C. *h. t. n. 4.* Clarus ita observari tradit *§. fin, q. 14. n. 17.* Posset tamen his videri necessaria curatoris auctoritas, ne quid ex sua imperitia aut juvenili calore dicant aut sileant, quod vel prolatum, vel non expressum prodesse illis posset, *l. 4.* C. *De auctorit. præst.*

5 Alios repellit sacramentum, ut qui stipendium merent, *d. l. 8.* Cujus ratio videtur, ne à militia avocentur; nisi tamen suam suorumve injuriam prosequantur, *l. 8 & 10.* C. *qui accus. non poss.* Clarus *d. q. 14. n. 4.* vult indistinctè hodie admitti milites. † Alios rejicit magistratus, *d. l. 8. h. t.*

6 Quod accipiendum de majori magistratu, ex ratione tum quod cura & sollicitudo eorum magis respiciat Remp. quàm singulares personas, *l. Cui præcipua 75. inf. De V. S.* tum quòd propter potentiam inferioribus facilè nocere possent.

7 Alios inimicitia, propter calumniæ suspicionem, *can. fin. 111. q. 5.* quo modo & alii suspecti calumniæ removentur, *l. Alii 9. h. t.* ut qui ob accusandum, vel non accusandum pecuniam acceperunt, *l. 4. h. t.* Alios paupertas, qui minus quàm quinquaginta aureos in bonis habent, *l. Nonnulli 10. h t.* ex ratione, quòd paupertas cogat ad illicita: & hoc in iis, quibus improba simul mens, nam quibus fides & vita honesta, nihil obest, quò minùs accusent. *Glossa in d. l. 10.* Clar. *d. loco n 29.*

8 Repellit familiaritas domesticos, ut servos alumnos, *l. Iniquũ C. qui accus. non pos* quos ad accusandum prosilientes ultore gladio vult puniri, *l. pen. C. d. t* quod vox funesta potiùs sit amputanda, quàm audienda. † Frater fratrem accusare ausus super capitali crimine non tantùm non audi-

9 endus dicitur, sed & exilio plectendus, *l. Si magnum 13. C. d. t.* In leviori crimine auditur, *l. Si sororem 18. C. d. t* quod de plano discutitur, *l. 6. h t.*

10 Reverentia removet liberos & libertos ab accusandis parentibus & patronis, *d. l. 8. in fine h. t.* quos *l. fin. Cod. d. tit.* vult luere pœnas ante exordium prohibitæ delationis. Excipitur tamen crimen læsæ majestatis, quia Reip. salus præstat saluti parentum & patronorum, *l. pen C. d. t.* Non prohibendi etiam liberi & liberti rerum suarum defendendarum gratiâ de facto parentum aut patronorum queri, *l. Hi tamen 1. §. 1. h. t.* † Non

11 eadem servantur in parente erga filium, qui non prohibetur contumaciam & insidias filii coram Præside proponere, *l. Propter 14. C. d. t.* ubi Præsidis est mitigare pœnam, ne à patre videatur supplicio oblatus filius, *l. Milites 23. §. fin. inf. De re milit.* uti nec patronus libertorum contumaciam impeditur deferre, *l. 9. §. de plano sup. De offic. proconf.* Capitis tamen eum accusans excluditur à possessione bonorum ejus contra tabulas, *l. Eum 10. sup. De jure patron.*

12 Non habet & jus accusandi capite minutus ut deportatus, servus, *l. 5. §. 1. h. t.* & damnatus in

opus publicum, *l. Deferre 18. §. 2. inf. De jure fisci*; cui tamen permissum inchoatas delationes ante damnationem perficere, *d. l. 5. §. fin.* Damnatus item publico judicio, retentâ libertate & civitate, quòd infamis sit, *l. 4. h. t.* oportet enim accusatorem esse integrum; unde quos notat turpis quæstus, ars ludicra, perjurium, meritò removentur, *d. l. 4.* De aspersis infamiâ facti dubitari posset, eo quòd delictum non rejiciat nisi condemnatum, *l. 8. h. t.* Rectè tamen arbitrio judicis dabitur, ut eos rejicere possit, quò judicia majori sinceritate procedant, *arg. l. quæsitum 13. sup. De testib.* Non admittuntur, & socii criminis, quorum etiam confessioni contra socios non statur, ut dicetur infrà de quæstionibus.

13 Accusatorem suum pendente accusatione nemo accusat nisi suam suorumve injuriam prosequatur. Recriminandi enim licentia reo est denegata, priusquam se crimine, quo premitur, exuerit, quod non relatione criminis, sed innocentiæ ostentione purgatur, *d. l. 5. in pr.* Et hoc in pari aut minori crimine, secundùm *l. Neganda 19. Cod. h. tit.* nam gravius crimen objicere licitum, *l. 1. C. h. t.* cùm graviori per minus non habeat præjudicari; & hoc ante litem contestatam, non & posteà. Auditur & reus stante reatu, crimen accusatori objiciens, quo vel ipse relevetur, vel accusator oneretur, aut crimen in eum retorqueat, *l. Qui cum 14. §. si libertus sup. De bonis libert.* Si mulier rea adulterii per maritum postulata, eum onerat, objiciendo lenocinium, *l. 2. §. si publico inf. Tit. 5.* Permissum etiam reo pendente reatu edere inscriptionem contra adversarium, ex alterius criminis causa, non tamen

14 ulterius procedere, *d. l. 19.* † Non auditur & qui ab accusatione professus est se recedere, ut desertam repetere nequeat, saltem super eodem crimine, *l. 6. Cod. d. t.* Et hoc, sive expressè sit professus se deserere sive tacitè; nam & ab accusatione desistere, eique renuntiare videtur, qui intra tempus à judice definitum eam peragere supersedit, *l. 7. C. d. tit.*

15 Jure canonico maritus, qui juravit se non accusaturum uxorem adulterii, accusans eam non auditur, *c. Quemadmodum 25. §. illud ij. De jurejurando.* Nec obstat, quòd videatur dari licentia peccandi; nam ei obviatur per viam denuntiationis, quæ non censetur exclusa per tale juramentum. Non obstat etiam commune bonum; nam ad vindictam publicam, si ea expediat, persequendam, accusatio non censetur remota per juramentum, ut patet ex fine *d. c. 25.*

16 Si plures extiterint, qui reum judicio publico accusare velint, judicis est eligere maximè idoneum, æstimatis personis ex dignitate, vel ex eo quod interest, vel ætate, vel moribus, vel aliâ justâ causâ, *l. Si plures 16. h. t.* Si omnes fuerint in pari gradu, eosque tangat negotium; admitti omnes vult Clarus §. *fin. q. 15. in fine*, Gomez 3. *Var. c. 1. n. 35.*

17 Quæri hic posset, An quis accusare teneatur? Cui quæstioni respondendum negativè, nisi gravitas criminis aliud postulet, cujus ordinis est crimen læsæ majestatis propter commune bonum, quo & conscius tantùm non patefaciens pœnæ subjicitur, ut dicetur infrà, *Tit. 4.* Ejus & ordinis est crimen hæreseos, quo infectos tenetur quisq; deferre, cùm nulla res magis communi tranquillitati obsit, quàm hæresis, ut horum temporum status satis demonstrat, præcipuè Calviniana, quæ nata omninò ad turbandam Ecclesiæ & Reip. quietem. Vt non possit non dici originem traxisse à capite dæmoniorum, ut & ipsum cacodæmonem esse Calvinistarum Deum rectè quidam multis voluminibus probent.

18 Crimen quoque futurum, quod tendit in alicujus damnum, spirituale vel corporale, quilibet tenetur denuntiare; nam melior est conditio innocentis, quàm nocentis, & illius bono magis consulendum. Vult enim lex virtutis, ut à proximo repellamus injuriam; quod qui non facit, cùm possit, tam in vitio est, quàm ille, qui facit, *can. Non deferenda XXIII. qu. 3.* Debet tamen hoc fieri quàm potest minimo damno noxii, cuius non est prodenda persona, si damnum proximi non est magnum. Præcipuè indicandi sunt venefici, quorum crimen latens & pessimum, si aliàs à proposito suo diverti nequeant.

19 Accusantur omnes tam liberi quàm servi, sine sexûs differentia, sive puberes sive impuberes, quibus tamen est sensus ad delinquendum. An & absens? Jure scripto inspecto negandum est, *l. 6. C. d. t.* multò minùs absens damnandus, *l. 5. inf. De pœnis*; quia non debet damnari indefensus, ne contingat innocentem damnari, quod gravius est, quàm nocentem dimitti. Inquiritur tamen reus, & nomen ejus annotatur, *d. l. 6.* &, si contumax perstiterit, poterit cogi pœnis pecuniariis, & iis, quæ existimationem lædunt, & statui in eum usque ad relegationem, non & ultrà procedit. In plerisque tamen locis condemnatur absens per contumaciam, uti suprà dictum.

20 Absolutus super uno crimine, iteratò super eo non impetendus; non quòd obstet exceptio rei judicatæ,

Judicatæ, cùm res inter alios acta aliis non præjudicet: sed quòd indignum, super eodem crimine sæpiùs quæri, alioquin numquam constaret fides seu ratio suæ innocentiæ. Nisi tamen collusum doceatur, aut corruptus pecuniâ accusator, aut quia posterior ignoravit institutam esse accusationem propter absentiam, aut aliam causam, *l. Si cui 7. §. iisdem h. t.* aut nisi quis suam suorumve injuriam persequatur, Covar. 2. *Var. c. 10.* Accusata adulterii ab extraneo, absoluta repeti potest à marito, *l. 4. §. 2. De adult.*

21 Q. An læso remittente accusationem & injuriam, alius eam prosequi possit? Volenti agere criminaliter non obstabit remissio alterius, quæ facit remittentem non posse dici prævenisse, cùm inducat desertionem; & ita postulat publica utilitas, ne crimina maneant impunita. Bart. ad *l. 5. n. 1. sup. De injur.* Si agere velit civiliter, distinguendum est, per injuriam alicui illatam an & alter immediatè lædatur, an verò per consequentiam tantùm alterum tangat injuria, ex persona solùm injuriati. Primo casu alteri agere volenti suo nomine neutiquam obstat remissio læsi, juxta regulam traditam in *l. Si unus 27. §. ante omnia sup. De pact.* quòd conventio in alia re aut cum alia persona non noceat in alia re aut persona. Secundo casu, cùm per injuriatum sit noxa remissa, atque ita extincta injuria, nihil causæ est, ob quam ab alio nomine remittentis suscitetur accusatio. Videantur dicta suprà de injuriis in simili casu.

22 Absolutio ab instantia, ex eo, quod objectum crimen non probetur, non impedit, quò minus denuò agere volens audiatur, cùm necdum reus habeatur innocens. Accusator desistens, reum quidem repetere non potest, alius tamen non impeditur, *l. 6. C. h. t.* Impetrata absolutio in foro interiori neutiquam impedit accusationem in foro judiciali; sunt enim hæc judicia diversa, & ad diversa tendunt. * Præterea delatus ab uno super eodem crimine publico non potest deferri ab alio;
23 super diverso verò, etsi ex uno facto nascatur, potest, *l. Qui de crimine 9. C. h. t* quia singula crimina vindicari publicè interest. Hæc de personis.

24 Ad formam accusationis quod attinet, crimen intendens alicui in judicium venire debet libellum accusationis proponere, qui clarius sit nomen continens judicis, ut sciatur competens sit, nec ne; item nomen accusatoris & rei, crimen, locum, annum, mensem commissi criminis, ut colligere
25 est ex *l. 3. h. t.* in qua traditur forma libelli. * Diem & horam commissi criminis accusator necessariò complecti libello non tenetur, *d. l. 3. in fine*, nisi fortè reo per commissionem diei aut horæ gravamen contingat, cui utilis fuerit ejus expressio, ad probandam negativam indirectò, quod scilicet tunc temporis alio loco, quàm allegato fuerit, ut videre est apud Ciceronem, *pro Roscio Amerino.* Clar. *d. § fin. qu. 12. nu. 13.* Mynsing. *Cent. 2. Obs. 40.* Gail. *1. Obs. c. 64. n. 11.* * Conclusione non est opus
26 hac in materia, quia probato crimine pœna secundùm leges imponenda, *l. 1. §. 4. vers. & quamvis*, Gomez. *3. Var. c. 11. n. 1. 2, 3.* Quod tamen ab aliquibus non observatur, quibus non est satis, proponere crimen, sed posteà ad certam pœnam concludunt, quam inferri reo postulant, non raro temerè, interdum etiam ridiculè. In Belgio hoc nostro conformiter juri scripto Serenissimi nostri Principes anno 1611. *art. 41.* edixerunt, non debere Officiarios esse sollicitos super conclusione capienda, quia satis sit, gravare reum secundùm informationes & petere sententiam ferri secundùm leges, statuta, aut mores.

27 Accusatio procedit, nisi crimini præscriptum doceatur. Præscribitur autem plerisque viginti annorum spatio, *l. Querela 12. C. Ad L. Corn. De falsis.* Quod accipe de criminibus transeuntibus & momentaneis, quæ semel perpetrantur; nam quæ sunt successiva & permanentia, uti matrimonium contra Canones initum, hæresis, apostasia, & similia, in quibus quis persistit, cùm ponant continuatum delictum, non potest esse locus præscriptioni, quæ demùm inchoatur à tempore cessantis delicti. * Dixi, plerisque; non quòd sint crimi-
28 na, quorum accusatio perpetuò duret, sed quòd sint, quibus minori spatio præscribitu, veluti apostasiæ quinquennio post mortem rei, adulterio, peculatui, & aliis, de quibus dicetur inferiùs suis locis. Injuriarum actio finitur anno, *l. 5. C. De injur.* Ex S. C. Silaniano accusatio tollitur quinquennio, quoad extraneos, *l. In cognitione 13. sup. Ad S. C. Silan.*

29 Cujus ratio non est, quòd crimen sive culpa processu temporis aboleatur, aut minuatur, cùm delictum solo temporis cursu non desinat esse delictum; imò hoc graviùs oneret animam, quò diutiùs eam detinet delicto alligatam, *c. fin. X. De consuet.* sed quòd, qui tanto tempore à crimine abstinuit, videatur potiùs impetu, ignorantiâ, infirmitate, & cæteris id genus, quæ delictum imminuunt peccasse, quàm dolo & peccandi consuetudine. Ex sequentibus enim cùm omnibus in rebus, tum maximè in iis, quæ ad mores pertinent, præcedentia mirum in modum declarant, atque ita

ita ut actionibus civilibus, ita & pœnalibus præscribitur, licet breviori tempore; & hoc quia odiosa faciliùs tolluntur.

30 Ultra vicennium itaque non videtur proponi posse accusatio, secundùm *d. l. 12.* Non obstat *d. l. 13. Ad S. C. Silan.* quæ dicit parricidii accusationem semper permitti; nam, *semper*, ibi accipiendum ad exclusionem quinquennii, de quo paulò antè egerat Jurisconsultus, quòd scilicet parricidii accusatio non removeatur per quinquennium, sed demùm per vicennium, juxta *d. l. 12.* Quo modo & accipienda *l. fin. inf. Ad L. Pomp. De parricid.* & ita tradit Cujac. 4 *Obser. cap. 14.* Clarus *d. l. §. fin. q. 51. num. 1.*

31 * Ita & accipienda *l. Qui falsum 19. in fine inf. Ad L. Cornel. de falsis*, quæ habet, *accusationem depositi partus nullâ temporis præscriptione depelli*, id est, præscriptione temporali, quæ est infra vicennium; vel accipi posset de ipso partu supposito, quòd & removeri possit ab hæreditate, si pateat suppositio etiam post annos 20. ne scelere quæsita illi prosint, alii inique noceant. Quò facit, quòd & post mortem ejus, quæ partum subdidisse dicitur, moveri hæc quæstio possit, cùm tamen morte crimina extinguantur, *l. 6. sup. De public. judic.*

32 Cessante accusatore legitimo, qui crimen deferat, Judicis officio incumbit, diligenter inquirere in eos, qui Remp. suis maleficiis turbant, & sollicitè agere, ut malis hominibus provincia purgetur, *l. Congruit 13. sup. De offic. Præsid.* Est autem Inquisitio criminis investigatio, ex officio judicis instituta, famâ vel aliâ causâ præviâ. Quæ si nulla præcedat, & cesset denuntiatio, Judex inquirens super certâ persona graviter peccet quòd diminuat nominati existimationem, *cap. Qualiter 24. in hoc tit.* Quo casu talis judex rectè a reo repellitur per exceptionem, quâ tamen omissâ inquisitio & processus tenebunt, *cap. fin. eod. in 6.* Nec audietur reus restitutionem petens ratione præposteræ inquisitionis, cùm crimen de quo jam patet, non sit dimittendum impunitum, quamvis posset videri moderanda pœna, *c. Inquisitionis 21. in h. t.* Est autem cautè & hac in re judici providendum, ne existimet statim reum esse, qui accersitur in discrimen capitis, ne subjecta innocentia feriatur, *l. fin. C. h. t.* Hinc diligenter advertat, quantum famæ tribuat, quantum testibus fidei habeat, socium criminis super socio deponentem non audiat, *l. Quoniam 1. Cod. De testib.* Unde & de proprio crimine confitentem super aliena conscientiâ scrutari prohibetur, ne fortè hoc agat, ut aut inimici supplicio in ipsa supremorum suorum forte satietur, aut eripi se potuisse speret studio & privilegio nominati, *d. l. fin. C. h. t.*

33 Hæc de prima Rubricæ parte. Altera est de Inscriptionibus, quarum olim usus solemnis erat hac in materia, eò tendens, ne quis temerè in alieni capitis discrimen irrueret. Accusator enim inscriptione suâ cogebatur ad talionis pœnam sese obstringere, nisi delata legitimo testimonio comprobasset, id est, similitudinem supplicii, eamdemve pœnam subire, quam reus verâ accusatoris delatione, verâque comprobatione sustulisset, vel certè talem pœnam, quam accusator suâ accusatione spectare & intendere videbatur, & hoc, ne esset impunita mentiendi licentia, *d. l. fin. C. h. t.*

34 * Erant autem aliqui immunes ab hac inscriptione, veluti denuntians, *l. 7. Cod. h. t.* idque propter officii necessitatem. Mulier item prosequens suam suorumve injuriam, *l. De crimine 12. C. Qui accus. non poss.* Maritus jure mariti uxorem ream adulterii faciens, *l. Quamvis 30. Ad L. Iul. de adult.* Liberorum aut parentum mortem vindicans, *l. fin. sup. De judic.* Fit & mentio inscriptionis jure Canonico, *can. Quisquis & can. Qui crimen II. qu. 8.*

35 * Verum quia hujusmodi inscribendi & solemni lege se vinciendi ratio rigida nimis esset, eaque de causa multi noxium quemque & perditissimum accusare vererentur, satius sibi fore existimantes, propriæ saluti consulere, quàm cum suæ vitæ jactura accusatione suâ forsan temerariâ alterius vitam velle eripere, vel nomen labefactare, antiquatus est ille usus inscribendi, sive subscribendi apud omnes ferè communi stylo. Ne tamen facilè quis provolet ad alienam famam subdola accusatione vindicandam, in expensas & damna & interesse calumniari probatus damnatur, & in mulctam, ne impunè ferat calumniam, & unius pœna sit metus multorum.

* * *

ADDI-

ADDITAMENTA.

Ad lib. 48. ff. tit. 2. De Accusationibus

AD *n. XVII.* An delinquens in officio constitutus, se ipsum deferre debeat? Item, An quilibet subditus teneatur denunciare maleficium in ædibus suis commissum? Et utrum sciens delictum committendum, teneatur illud revelare, in foro exteriori & interiori? Has & alias quæstiones huc pertinentes, vide remissivè tractatas à *Besold. in thes. pract. verb.* Ruge/ Rugericht, *& VVesan Obs. pract. verb.* Rugen.

Ad *n. XXII.* Quomodo differant ab invicem: Absolvi ab instantia: absolvi ab instituta actione: & non tenere respondere ad actionem *vid. Carp. Iurispr. forens. part. 1. Const. 3. defin. 16. Nicol. Sudorius lib. 3. civil. disp. quem allegat Treutl. vol. 1. disp. 12. thes. 15. lit. c.*

Ad *n. XXXV.* Ne metu propriæ salutis, ab accusatione quis desistat, & sic crimina impunita remaneant, contrà, ac utilitas Reipublicæ exigit. *Bart. in l. 7. de accusat. n. 2. Salycet. in l. 3. n. 4. C. quia accus. non poss. Felin. in cap. Super. his n. 3.* ʒ *de accus. Ægid. Boss. in tit. de accus. n. 2.* pœna talionis & inscriptionis solemnitas hodie ubique terrarum, in desuetudinem abiit. *VVes. in par. h. t. n. 12. Damh. prax. crim. c. 3. n. 5. Iul. Clar. lib. 5 sentent. §. ult. q. 12. n. 17. Nicol. Reus. dec. n. 6.* Attamen, quin Accusator, de sumptibus litis ex injuriæ illatæ satisfactione, perinde ac in causis civilibus satisdare debeat, si immobilia non possidet, dubium non est. *VVes. d. n. 12. usu apud nos verò, & in Supplem. ad Schneidvv. Inst. de satisd. num. 13.*

Ex recepta Germaniæ consuetudine, omnia delicta Fiscus vindicat (ut tamen accusare volentes, non minus admittantur) *Tennin. tract. de cautel. caut. 2. per tot.* Fisci tamen procurator accusans, nunquam in Expensas condemnatur. *Tennin. dict. tract. caut. 1. n. 17. in fin. Mascard. 1. de probat. concl. 254. n. 87.* Quam odiosa autem sit illa consuetudo, quâ subditi obstricti sunt, ad præstationem expensarum criminalium, *vid. Petr. Heig. part. 2. q. 23. n. 9. Iul. Clar. lib. 5. sentent. § ult. quæst. 99. n. 5.*

TITVLVS III.

De Custodia & exhibitione reorum.

SVMMARIVM.

1. *Exhibitio reorum cur & qualiter fieri debeat.*
2. *Reus cur remittendus ad judicem loci, ubi deliquit.*
3. *Reus alibi delinquens an capi possit à judice non suo, & remitti ad suum judicem?*
4. *Clericus in flagranti crimine apprehendi à judice laico potest.*
5. *Reus intra quod tempus exhibendus & sub custodia habendus.*
6. *Eaq; publica, non privata.*
7. *Neque in ea arctè vinciendus.*
8. *Carceris perpetui pœna an licita?*
9. *Commentariensis quis, & unde dictus.*
10. *Mulieres qualiter olim carceri includerentur.*
11. *Viri de crimine accusati etiam fidejussoribus committuntur.*
12. *Commentariensis seu custos carceris quatenus teneatur de fuga elapsi è carcere.*
13. *An pœna hæc possit extendi ad pœnam mortis?*
14. *Datur venia custodi, si nulla ejus culpa adsit.*
15. *Pœna effracto carcere fugientium est capitis.*
16. *Eaq; non naturalis, sed civilis tantùm.*
17. *Pœna conspirantium super effringendo carcere.*
18. *Exiens è carcere animo redeundi, non ut fugiens puniendus.*
19. *Vt & sub fidejussore promittens se non exiturum, si revertatur.*
20. *Effracto carcere fugiens an mulctandus eâ pœnâ quam crimen meretur?*
21. *Incluso sine effractione carceris fugere licet.*

22. Etiam

22. *Etiam post sententiam condemnatoriam.*
23. *Licere id & effracto carcere probatur.*
24. *Intellectus* l. 1. sup. De effractoribus.
25. *Ad carcerem temporalem damnatus fugere nequit.*
26. *Damnatus, ut fame pereat, cibos oblatos rectè accipit.*
27. *Consulere fugam & suggerere modum fugæ esse licitum.*
28. *Fallit in ministris justitiæ.*
29. *Detento injustè fugere omnimodo licet.*
30. *Ministris justitiæ aut judici sententiam exequenti an resistere liceat?*

1 DElationem sequitur exhibitio rei ad judicis pronuntiationem, *l. 3. C. De exhiben. reis*, an contestari cum eo lis possit, accusatioque solemniter institui & peragi. Qui si fugerit ad evitandam damnationem, cùm absens ante litem contestatam non damnetur de jure, secundùm jam dicta, mittitur ad judicem territorii, sub quo degit reus, ut comprehensus transmittatur ad judicem 2 loci, ubi deliquit, *l. Solent h. t.* tum quòd facilior ibi sit probatio, tum quòd intersit Reip. ibi delicta puniri, ubi commissa sunt, *l. 1. C. Theodos. De accusat.* ut quod exemplo nocitum, pœnâ emendetur. Interdum & ultrò reus remittitur ad proprium forum, *l. 1. C. De exhib. reis* & *l. Non est dubium 11. h. t.* qui si armis restiterit, quò minùs capiatur, aut transmittatur, impunè occiditur, *l. 4. C. De his qui ad Eccles. confug.* Vid. Fachin. *lib. 9. Contr. c. 73. & 74.*

3 Quæritur, An reus, qui alibi deliquit, capi possit à judice non suo, & transmitti ad suum judicem? Quod videtur dicendum, cùm hoc facto non tam usurpetur aliena jurisdictio, quàm potiùs suo judici ministerium exhibeatur. Ita Abbas in *cap. fin. n. 16.* X *De foro compet.* & probatur ista sententia per *Nov. Ut nulli judicium 134. §. si verò quis*, ubi judex loci, in quo persona delinquens degit, ad petitionem judicis loci, in quo delictum, tenetur comprehendere reum, & transmittere, sub gravi mulctâ: videtur enim judicis petitio dare jurisdictionem alteri judici. Covar. *Pract. quæst. c. 11. n. 6.* Clarus *d. § fin. qu. 38. n. 22.* Cessante petitione proprii judicis, videtur aliquibus judicem loci, in quo degit reus, non posse eum apprehendere, nisi jurisdictionem in eumdem habeat, ex causa vel ori-4 ginis, vel domicilii. * In flagranti crimine inventum Clericum, laico permissum esse apprehendere, volunt, citra pœnam excommunicationis, ut suo judici eum tradat, Navarrus in *Summa cap. 27. n. 8.* Mynsing. *Cent. 2. Obs. 67. n. 8.*

5 Habet autem reus è longinquo accitus 30. dies, antequam exhibeatur, quibus sua componat, & paret itineris sumptus. Ad judicem ubi venerit, potest jus suum explorare adhibitâ advocatione, interim sub custodia positus, *l. 2. C. d. t.* Quæ non denotat carcerem, aut vincula, quia nemo in vincula conjiciendus non convict' aut confessus, *l. Si confessus 5. h. t.* & *l. 2. C. De exhib. reis*: antea enim & fidejussoribus & sibi committitur, nisi aliud exigat criminis qualitas, quæ faciat reum sub custodia 6 teneri, *l. 1. & 3. h. t.* * Quæ quidem custodia accipienda de carcere publico; privata enim vincula sunt prohibita, adeò ut aliquem in ea conjectum detinens non sit extra crimen læsæ majestatis; uti nec judex id dissimulans, *l. 1. in fine C. De privat. carcerib.* quę reum capitis supplicio vult subjiciendum.

7 Custodiâ itaque, id est carcere publico, reus detinendus; non tamen arctè vinciendus, nisi criminis qualitas catenarum acerbitatem postulet, *l. 1. C. hoc tit.* Eductus autem è carceribus reus apud acta audiendus *l. 2. C. eod. tit.* & quidem quàmprimùm, ne carceris longinquitas pœnam augeat, qui 8 non inventus ad pœnam, sed ad custodiam.* Unde perpetui carceris pœna jure civili induci nequit, *l. 8. §. non solet inf. De pœnis, l. 6. C. eod.* licet Canones perpetui carceris pœnam inducere malint, quàm vitâ privare, *c. 3. De pœnis in 6.* Auditus reus vel dimittendus inventus innocens, vel veloci pœnæ 9 subjiciendus, *l. 5. C. h. t.* ubi commentariensi (* ita dicto, quod in commentarios, id est, ratione receptarum personarum referat custodias, id est, personas captas, neque enim verbum custodia tantùm significat locum, sed & personas captas; uti ergastula non tantum denotant locum, ubi servi laborant, sed ipsos servos, & crimen pro criminoso interdum capitur) ubi, inquam, commentariensi injungitur ingerere judici singulis mensibus numerum personarum, varietatem delictorum, clausorum ordines & ætatem, sub gravi, de qua ibi, pœna.

10 Mulieres olim quidem carceribus includebantur, separatim tamen à viris, ne pudicitia earum deprehendatur, affici contumeliis, *l. 3. C. hoc t.* Justinianus hoc ampliùs mulierum pudori dedit, ut nec ex causa privata, nec ex publico crimine conjiciantur in carcerem, sed debitum civile ex earum bonis solvatur, si crimen gravius sit, in monasterium detrudantur, datis fidejussoribus, vel præstitâ juratoriâ cautione de judicii observatione

tione, *Auth. Sed hodie Cod. hoc tit.* Verùm de consuetudine & mulieres carceri mancipantur, separatim tamen à viris, ex dicta causa, Grammat. *Decis. 33. n. 12.*

11 Interdum & in viris jam dicta cautio obtinet, ut nimirum fidejussoribus committantur, *L. 1. h. t.* Quo casu si reus non sistatur, pecuniariâ pœnâ venit plectendus fidejussor; cujus dolo si non exhibeatur, extra ordinem damnandus erit, *l. 4. h. t.* Ut autem ad corporalem pœnam fidejussor se obliget nomine rei non est receptum, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur, ut ait Ulp. *l. Liber 14. sup. Ad L. Aquil.* Videatur Menoch. *Arbit. lib. 2. casu 301. n. 15.*

12 Quòd si inclusus fugerit, hoc onerat commentariensem, cujus culpa arguitur, subiturum eam pœnam, quam merebatur reus, *l. 4. Cod. h. t.* Idem periculum manet ejus adjutorem, cujus arguitur negligentia, absente ex causa necessaria commentariensi, *d. l. 4.* In civili debito custos tenetur creditoribus, Menoch. *d. lib. 2. casu 302. n. 30.* quod iis suâ negligentiâ damni causam præbuerit. Si culpa sit levior, pro modo ejus statuitur pœna in custodem, *l. Milites 12. h. t.* Quòd si levis persona custodiæ fuit, commentariensis castigatus restituitur. Si miseratione custodiam quis miserit, militiam mutat, *l. fin.* §. 2. *h. t.* Vid. Boër. *q. 216. n. 217.*

13 Quæritur hîc, An in casu *d. l. 4. C. h. t.* mortis pœnam subeat commentariensis, in casu, quo crimen rei non meretur mortem? Quod secundùm *d. l. 4.* est negandum, quæ lex tantùm imponit talem pœnam commentariensi, qualem merebatur reus, qui aufugit; qui potuit tale quid commisisse, quod non merebatur pœnam mortis, unde non luet majorem commentariensis, cùm pœnæ non tam sint exasperandæ, quàm mitigandæ. Contrà tamen velle videtur *l. fin. §. 2. hoc t.* ubi dicitur, si fraudulenter versatus fuerit in dimittenda custodia, veluti si dolo aut pretio illectus custodiam dimiserit, capite puniendus: Verùm dicendum, non semper capitis pœnam accipiendam de morte naturali, nam & accipitur de civili, ut deportatione *l. Licet tot. ubi* Alciat. *inf. De V. S.* Facit, quod dictum supià, crimen capitale dici non tantum, quod vitam adimit sed & quod civitatis jure privat, *l. 2. sup. De publ. jud.* Unde, cùm pœnæ sint potiùs interpretatione mitigandæ, capitis pœna in mitiorem partem accipienda de pœna deportationis, & ita tradit habere communem sententiam Farinacius *in Praxi criminali l. 2. tit. 3. q. 19. n. 3.* multos in eam partem allegans, nisi circumstantiæ aliud velint, ut tradit Covar. *ad 4. Decretal. p. 2. cap. 7. §. 7. numero 21.* Verbum etiam *supplicium*, de quo in *d. l. 28. §. 2.* intelligendum potiùs de morte civili, quàm naturali, eo quòd leges, quando isto verbo volunt denotare mortem naturalem, addunt supplicium ultimum, ut apparet plerisque locis.

14 Venia commentariensi datur, si nulla ejus culpa adsit, ut si cum altero custode simul fugerit custodiâ, *d. §. 2.* Quando autem in culpa sit dicendus custos, relictum est arbitrio judicis, qui id colliget ex variis circumstantiis; ut si liberius, quam debuit, habuerit reum; si multis facilè & sine delectu acceptum debuerit. Et quamvis in dubio non præsumatur culpa sed diligentia, ex eo tamen, quòd sit obligatus custos ratione officii, tenetur probare, quòd evasio custodiæ contigerit sine sua culpa, nisi præsumptio diligentiæ ipsius custodis eum relevat, Farinac. *d. loco tit. 4. q. 21.* Quod si captivus die proximo erat dimittendus, non videtur ad ullam pœnam teneri custos, propter fugam, cùm illa nullum publico præjudicium dederit. Videantur alii casus, quibus extra culpam est custos apud Menoch. 2. *Arbit. casu 302.*

15 Quod ad reos attinet è carcere fugientes, est illis sua pœna, sive ex causa civili, sive criminali sint inclusi, per *l. penult. hoc tit.* ubi non consideratur causa, nec etiam an sit innocens, qui aufugit; ut videatur ratio posita in violato loco publico. Distinguendum tamen, an effracto carcere evaserint inclusi, an sine ulla effractione, custodis fortè negligentiâ aut suâ aliquâ industriâ. Posteriori casu, quia delictum est minus, levior est pœna, secundum facti qualitatem, posita in judicis arbitrio. Priori gravior est pœna, propter vim illatam loco publico, & capite eos puniendos dicit J.C. in *l. 1. sup. De effract.*

16 Ubi quæsitum, an per pœnam capitis intelligatur mors naturalis, an verò civilis tantum? Et hoc posterius dicendum, secundum superius dicta, atque ita tradit alios allegans Farinac. *d. t. 4. q. 30. num. 4. & 24.* ubi addit se non meminisse effractores carcerum mortis pœnam luisse. V. Fachin. *lib. 9. cap. 64. & seq.*

17 Non sunt & extra pœnam illi, qui conspirant super effringendo carcere, ut sic evadere possint. Nam si vel non potuerint perficere vel in ipso facto fuerint intercepti, puniendi sunt, etiamsi aliàs innocentes fuerint, quia meretur consilium violentiæ aliquam castigationem, secundum *l. pen. h. t.* eamque arbitrariam, cùm in lege ista

non exprimatur genus pœnæ; additur tamen ibidem relevandus ille, qui conspirationem detexit.

18 Exiens è carcere animo redeundi non potest ut fugiens puniri, cùm animus delinquendi defuerit. Sicut & illum nolunt puniri, qui post fugam est reversus suâ sponte *arg. l. Plerique 33. sup. De ritu nupt.** Quo modo & qui sub fidejussore promisit se non exiturum è carcere, si post fugam revertatur, rectè dixeris puniendum ob fugam, nec ideò conveniendum fidejussorem; quia ideò fidejussoria cautio adhibita, ut cautum sit de persona carcerati, cautum autem satis est per reditum, & ita rectè tradit Roman. *Consil.193.* Ponit alios casus, quibus fuga carcerati est extra noxam, Menoch. *d. loco casu* 301.

19

20 Rectè hic quæritur, An effringens carcerem, & ex eo fugiens, veniat mulctandus eâ pœnâ, quam meretur ipsum crimen? Non pauci volunt, captivos fugâ elapsos, statim ut recepti sunt, posse puniri tamquam confessos & convictos de crimine, Felin. in *c. Nullus n.3.* ☩ *De præsumpt.* Bart. in *l. penult. h. t.* Clarus *§. fin. q.21. n.19. & 25. & alii quos citat* Boërius *Decis.215.* & Menoch. *d. casu 301. n.6.* ex eo, quod fuga operetur confessionem criminis. Verior tamen contraria est sententia, scilicet ratione fugæ reum non esse puniendum eâ pœnâ, quam meretur delictum, ex ratione, quòd de delicto non constet; neque enim hujusmodi fuga ponit sufficientem confessionem, cùm contingat non ideò reos fugere, quòd malè sint sibi conscii, sed quod carceris squalorem ferre nequeant; ut, cùm alia possit dari ratio fugæ, non sit ea sumenda, quæ contra reum facit, saltem ad inducendam pœnam legum, quæ non inducitur, nisi stantibus luce meridianâ clarioribus probationibus, quales requiruntur in criminalibus, non ponuntur autem per solam fugam. Quo facit *l. Absentem 5. inf. De pœnis*, quæ negat procedi posse ad pœnam ex suspicionibus, sed ex rei veritate, quæ inquirenda, *l. Singuli 14. C. De accusat.* Facit, quod nulla lex habeat effractionem pro plena probatione: nam quod ex d *l. penult. h. t.* ex illa nihil tale colligi potest nisi quòd effractio ipsa sit digna pœnâ. Deinde citra rationem esset, eum, de cujus innocentia constat, haberi nocentem propter fugam, quia aliàs ficta confessio plus operaretur, quàm veritas. Unde in *l. fin. inf. De bonis eor. qui ante sent. &c.* hæres ejus, qui conscitâ sibi morte in reatu decessit, innocentiam ostendens auditur, cùm tamen ista res gravet defunctum. Ut rectè posteriorem sententiam amplectatur Gomez. 3. *Var. Resol. cap. 9. n.22.* & Boërius *Decis. 215. num. 10. & seqq.* Nec attendenda est *l. 1. sup. De effractorib.* quæ vult capite puniendum effracto carcere fugientem; nam hoc non ratione confessi criminis, sed effractionis, quæ continet violentiam, quod patet ex *l. penult. h. t.* ubi etiam innocens dicitur puniendus. Fachin. *lib. 9. c. 65.*

21 Aliud hic dubium moveri potest, An saltem liceat incluso fugere? Duo habet hæc quæstio. Prius est, an sine effractione carceris aut vinculorum id liceat? alterum, an & cum ea? Quod ad prius attinet, dicendum, licere reo fugere è carcere, quem apertum invenit, aut evasit fallendo custodes. Cujus ratio est posita in juris naturalis permissione, quæ vitæ suæ conservationem cuivis commendavit. Quò facit, quòd non sit in carcerem conjectus reus, ut ibi sponte maneat, sed ut detineatur per custodes; quod judicis est curare. Nec refert, quòd ex illa fuga commentariensis gravetur; nam ejusmodi damnum per accidens contingit, non imputandum ipsi fugienti, ut ab eo non intentum, nec qui obligatur ad illud evitandum jure suo usus, sed imputandum potiùs socordiæ custodis. Quam sententiam probabilem, imò certam dicit Covar. 2. *Var. c. 2. n. 11.* pro qua facit *l. 1. inf. De bonis eorum qui ante sent. mort.* ubi in crimine sanguinis pœnam ingerente ignoscendum dicitur ei, qui sanguinem suum taliter qualiter redemptum voluit, etiam corrumpendo adversarium; uti idem dicendum sit fugiendo.* Nec tantùm ante sententiam, sed & post eam quâ damnatus ad mortem aut mutilationem, cùm cuique sit jus ad vitæ suæ conservationem, quod nulla humana potestas ei auferre potest, si ejus conservandæ spes appareat. Adeò ut & sub ictu gladii positus, si detur occasio evadendi, fugere possit reus, & locum sacrum intrans ab eo abstrahi non debeat, cùm hic casus non sit inter exceptos, ut patet ex iis, quæ traduntur ☩ *De immunit. Eccles.* Nec facit quidquam ipsa sententia; nam ea hoc non habet, ut ibi maneat reus, & sic cooperetur executioni sententiæ contra se, nec id præcipi judice potest, propter inhumanitatem, cùm sit satis pati in se executionem. Et hanc sententiam plerique tenent & multò verior est, quàm contraria.

22

23 Sed difficultas est in altero capite, an liceat fugere, effracto carcere? Dubium hic movet *l. 1. sup. De effractorib.* quæ capite vult puniendum eum, qui carcere effracto erupit; quod & habet *l. Milites 12. §. ejus De re militari & l. Si quis 38. §. miles inf. De pœnis*, ut possit videri non licitum, quod tali pœnâ

pœnâ venit puniendum. Cujus ratio consistit in violatione publicæ potestatis, ratione rerum ad eam pertinentium. Facit, quòd reus teneatur ad damnum datum per effractionem, quia carcer illi fuerit justus; quam sententiam tenet Covarr. *d. loco n.14. alios citans.* Contraria tamen humanior est, & probabiliorem eam facit innatus singulis conservandi vitam affectus, qui cùm faciat licitam fugam, ut dictum, etiam licita facit media, scilicet impedimentorum amotionem, quæ consistit in carceris fractione, & dissolutione vinculorum. Neque hoc est, inferre vim publicæ potestati, quæ non consistit in muris & vinculis. Deinde satis est, resarciat damnum datum, ad quod tenetur justè detentus, uti & ad damnum datum vicino per effractionem. Ita tenet Navarrus, & alii, quos citat, in *Summa c.17. n.102.*

24 Nihil obstat *d. l. 1.* quam aliqui accipiunt de milite, secundum *d. §. ejus & d. §. miles*, cùm pœnæ militares sint severiores, requirente disciplinâ militari asperum & abscissum castigationis genus. Verùm *d. l. 1.* loquitur simpliciter uti & *l. penult. hoc tit.* quæ videntur ponere vim in effractione violenta, quæ etiam contingit per non militem. Vt dicendum sit, etsi fugam licitam faciat affectus conservationis vitæ & membrorum, bono tamen publico conveniens esse non relinquere impunitam fugam cùm effractione. Quo facit, quod bello capti, & servi capientium facti, fugere possint ad suos, & sic libertatem recuperare, *§. item ea qua ex hostibus Inst. De rer. divis. & l. Nihil interest 26. inf. De capt. & postlim. reper.* nam si recipiantur existentes intra confinia, duriori servitio subjiciuntur. Covarr. *d. loco num.10. versic. In secunda.*

25 Ad carcerem temporalem damnatus videtur fugere non posse, quia pœna ista non est gravis, uti nec pecuniariam mulctam præstare. Quod & tradit Covar. *d. loco.* de carcere perpetuo, qui tamen gravior est, omninò diminuens libertatem. Et contrarium sit humanius, præcipuè cùm non condemnetur reus, ut spontè perpetuò ibi maneat, 26 sed ut ibidem detineatur. * Similiter damnatus, licet justè, ut in carcere fame moriatur, oblatos cibos rectè accipit; imò non potest recusare, quia directè cooperaretur propriæ morti, quod non licet, Dico, directè; nam aliquid facere, quod per accidens concurrit ad cædem sui, uti jugulum præbere, ascendere scalas, nihil habet in se mali, eum sit indirectum.

27 Consulere fugam, aut suggerere modum fugæ, non videtur illicitum, cùm quod alicui est licitum facere, id & licitum alteri esse debeat suadere. Vti nec præbere instrumenta, quibus effringatur carcer, vincula incidantur; quamvis ea res non sit impunita, si deprehendantur subministrantes instrumenta, aut fugæ cooperantes. Faciet tamen affectus mitigari pœnam; uti in uxore, quæ suâ industriâ maritum è carcere liberavit, datis ei vestibus suis muliebribus, aut aliâ arte; Gomez. *lib. 3. Var. Resol. c. 9. in fine.* Et apud Valer. Maximum *lib. 5. c. 4.* filia, quæ matrem fame in carcere macerandam uberibus suis aluerat, veniam concedi fecit. Vt autem quis carcerem confringat in gratiam rei, non est licitum, quia soli reo id juris est, propter incommodum, quod sentit, & deinde aliàs nihil esset firmum judicibus ad custodiam reorum. * Ita autem licitum suadere fugam, aut quid subministrare cooperando ad eam, nisi statui aut officio in Rep. ista cooperatio repugnet. Quo modo ministri justitiæ contra justitiam Reip. facient suadendo fugam, aut ad eam cooperando, cùm illorum sit arctè custodire reum, ne fugiat. Gutierrez *lib. 2. Canon. quæst. c. 42. n. 15.* Hæc ita in carcerato ex justa causa. * Injustè detento omninò licet fugere, & carcere effracto, & ruptis vinculis, quòd nullo jure ibi detineatur, & licitum cuilibet sit se defendere contra violentiam illatam, adeò ut non teneatur ad damnum per effractionem datum, quia cùm per injuriam detineatur à Rep. potest uti jure suo, & effringere carceres, absque animo damnum reparandi Reip. quæ non tam passa injuriam, quàm repulsa injuriam inferens. Covar. *d. c. 2. n. 12.* 28 29

Occurrit hic quæstio, An liceat alicui resistere 30 ministris aut Judici sententiam exequenti? Dicendum primò; esse extra controversiam neutiquam id licere, quando sententia est justa & ratione causæ & ratione formæ processus. *can. Qui resistit XI. q. 2.* nam omnis contumacia adversus Præsidem capitalis est, *l. omne 6. §. contumacia inf. De re milit.* Si causa quidem vera non subsit, probetur tamen subesse, non erit licitum inferre manus violentas, aut ministris justitiæ, qui sunt inculpabiles, ut exequentes justum præceptum, aut Judici, qui innocens est, cùm secutus juris ordinem secundùm allegata & probata sententiam tulerit, ut cum ejus gravi detrimento obsisti ei nequeat. Covar. *dict. loco num. 13.* Aliud dicendum si secundum causam & formam processus sententia sit injusta; tunc enim nihil est, quod aut ministros iniquo præcepto parentes, aut Judicem excuset, ut illis resistere damnato liceat, non tam agentibus publicâ quàm priva-

ta auctoritate, secundum *l. 3. sup. De just. & jure*, quæ justam sui defensionem admittit; est autem hoc in casu justa & lege probata, *l. 5. C. De jure fisci lib. 10.* Dicta procedunt, si damnum imminens sit irreparabile, quia non potest provocari ad superiorem, aut quia provocatione non obstante judex pergit iniquè exequi suam sententiam, *can. Non inferenda* XXXIII. *quæst. 3.* videantur allegati per Menoch. *De recuper. possess. remed. 1. n. 311.* Quod si fuerit injuria reparabilis, non debet resisti judici.

* * *

ADDITAMENTA.

Ad tit. 3. De Custodia & Exhibitione reorum.

AD *n. V. VI. VII. & VIII.* Carceres sunt quadruplicis generis: Quidam est perpetuæ pœnæ, de quo in *l. 8. §. non solet ff. de pœn.* & iste carcer (qui æquiparatur pœnæ mortis *Innoc. in c. qualiter* ☿ *de accusat.*) spectat ad merum Imperium. II. Quidam carcer est modicæ coërcitionis, ut quando nuncius publicus est in officio negligens, tunc judex potest eum jubere detrudi in carcerem, *per l. 2. C. de Sportul.* Et hoc casu carcer est mixti Imperii. *Schneidvv. in Epit. feud. part. 2. tit. qua res in feud. dar. &c. num. 7.* III. Aliquando carcer custodiæ causa fit, & tunc si ex causa litis pecuniariæ, pertinet tantum ad simplicem Jurisdictionem: Si verò ex causa criminis perpetrati est meri Imperii. *Schneidvv. d. l. 4.* Aliquando est domesticus carcer, qui regulariter est prohibitus *tot. tit. C. de privat. carcer.* nisi in casibus à Jure expressis *l. Divus ff. de offic. præsid.* Et hoc casu carcer non est, sub aliquo gradu Jurisdictionis, cum etiam cuilibet privato permittatur. Hisce adjungitur, Carcer debitorum, Vulgo Schuldtthurn / de quo *vid. Besold. in thes. pract. verb.* Schuldthurn.

Quod dicitur, *n. VII. Carcerem non esse inventum ad pœnam sed ad custodiam.* Illud verum est, respectu causæ finalis, secus verò quoad causam materialem, *vid. Gail. 1. Obs. 26. n. fin. Gedofr. ad d. l. 8. §. non solet de pœnis litig. VVes. in obser. pract. verb.* Gefängnüs / Gefangene. *& in verb.* Gewonheit / *pag. 231. in fin.* P. H. O. *Car. v. art. 11. & art. 218.*

Ad *n. IX.* Apparitores & Commentarienses, ut plurimum sunt homines maligni, infames & vilesfec. Petr. Peck. *de Iur. sistend. 1. 23. n. 5. & c. 24. n. 2.* Quis a. solarium Apparitoris solvere debeat? und wie veracht es seye daß der Gefangene nach Erlösung sein Schließgelt geben müsse. *vid. modò dict. Auth. cap. 27. & VVesen. in Observ. pract. verb. Iustiti* wesen. *pag. 395. adde Vigel. ad constit. Carol. cap. pag. 178. 179. & seqq.*

Ad. *n. XI. Vide additamenta ad n. 5. supr. de fidejuss.*

Ad *n. XV.* Reus carceres violenter effringens capite punitur. *l. 1. de Effractor.* et si insons sit criminis, *l. 13. h. t. l. 13. §. 5. de re milit. Damhoud. prax. crim. cap. 18. n. 1.* à quo tamen dissentit *Mynf. cent. 6. obs. 98. n. 9. Belvis. 3. prax. crimin. 16. n. 1.* Gomez. *c. 9. n. 8.*

Ad *n. XXII.* Asyla an dentur nocentibus? *vid. Schonb. lib. 1. Politic. cap. 14. pag. 75.* Schütz. *disp. 2. th. 2. Bacc. ad §. 3. Inst. de his qui sui vel alien. Iur. sunt. n. 2. ibique Schneidvv. n. 7. Treutl. vol. 2. disp. 31. th. 4. lit. c. Besold. in thes. pract. verb.* Freyheit. Et an Iudæis beneficium Asylorum sit concedendum? *VVes. in O. P. verb. Iud. pag. 302.*

TITV-

TITVLVS IV.

Ad Legem Juliam Majestatis.

SVMMARIVM.

1. *Crimen hoc vel est læsæ majestatis divinæ,*
2. *Vel humanæ.*
3. *Majestatem minuere aut lædere quid?*
4. *Committitur hoc crimen & in eos, qui in Concilio & Consistorio sunt Principis.*
5. *Item in civitates & Respub. non recognoscentes superiorem.*
6. *Variis modis crimen hoc committitur.*
7. *Perduellionis crimen qualiter committatur.*
8. *Exploratores hoc crimine tenentur.*
9. *Committitur à subditis.*
10. *Singularia in hoc crimine.*
11. *Sola voluntas facit obnoxium huic crimini.*
12. *Pater an teneatur deferre filium, & contra?*
13. *Conscius hujus criminis an teneatur hac lege?*
14. *Administratio bonorum post contractum crimen adimitur.*
15. *Etiam post mortem crimen hoc movetur.*
16. *Damnati non lugendi.*
17. *Pœna est mors, cum confiscatione bonorum ipso jure.*
18. *Modò sita sint in territorio Principis læsi.*
19. *Salva uxori innocenti sua dote.*
20. *Liberi perduellium in quo & cur puniantur.*
21. *Masculi arceantur ab hæreditate paterna, suntque infames perpetuò. Mitior pœna in filiabus.*
22. *Pœna hæc an habeat locum in emancipatis?*
23. *An in nepotibus perduellium?*
24. *An in natis ante reatum patris?*
25. *Affirmans sententia probatur.*
26. *Distinctio inter antè & posteà natos quando locum habeat.*
27. *Intellectus* can. Non imputantur 1. q. 4.

1 INter gravissima crimina est crimen læsæ Majestatis, sacrilegio proximum, id est proximè accedens ad gravitatem sacrilegii. Alia est Divina, quæ committitur multis mòdis inter quos est Hæresis, Apostasia, Sacrilegium sive maleficium, juramentum per falsos Deos, aliaq; similia. Quo & refertur blasphemia in Deum, ejusve Sanctos, eò gravior, quò major is, qui læditur; unde & gravissimè sæpè vindicata legitur per Deum. Humanâ lege illi propositum ultimum supplicium, *Nov. Vt non luxurientur 77.* Interdum tamen est pœna levior, secundum facti qualitatem. In usu sunt variæ pœnæ, nam alibi blasphemo in Deum aut D. Virginem, aliosve Sanctos labrum superius abscinditur, alibi lingua ferro perforatur, aut etiam includitur. Quò spectare videtur illud Senecæ 4. *De benef. cap. 36.* ubi temerè & inconsideratè loquenti linguarium se daturum dicit. Videatur Clarus §. *Blasphemia*, & Covar. *De pactis p.* 1. *§.* 7. *n.* 16. ubi *n.* 9. crimen hoc mixti fori esse tradit.

2 Alia est Humana, quæ latiùs & impropriâ suâ significatione designat amplitudinem magistratus, *l. pen. sup. De just. & jure*, propriè verò magnitudinem imperii illius, qui summum obtinet, in ejus potestate & jure retinendo; quæ apud Romanos olim penes populum fuit & tandem in unum translata, quem Imperatorem, officii temporalis nomine commutato in nomen dignitatis perpetuæ, & Cæsarem dicimus. † Ut Majestatem

3 minuere dicatur, qui de dignitate, amplitudine, aut potestate populi Romani, sive ejus, in quem jus Populi translatum est, sive eorum, quibus populus potestatem dedit, aliquid derogat, quòd crimen Majestatis vocatur, definiturque à J. C. in *l.* 1. *h. t.* esse illud, quod adversus populum Romanum, vel ejus securitatem committitur. Ut necesse sit ad hoc crimen, quod patratum sit in personam ejus, qui summum obtinet, sive is sit Imperator, sive Rex, Dux, aut alterius nominis Princeps, aut in alios quidem, sed in contumeliam perniciemque Principis, *l. Quisquis* 5. *C. h. t.* † Ubi qui causavit necem illustrium virorum,

4 qui Concilio & Consistorio Principis intersunt, dicitur reus læsæ Majestatis, propterea quòd tales sint quasi pars corporis Principis. Attentatum autem in eos, qui à Principe aut Repub. potestatem imperiumve habent, in ipsum Principem aut Remp. attentatum habetur, *l.* 1. *h. t.*

5 Vbi quæsitum, An idem procedat in attentante quid contra civitates & Respub. non recognoscentes superiorem? Quod dicendum, cum Claro, § *Læsæ Majestatis n.* 2. & Luca de Penna in *tract. Qualiter & quib.* crimen *læsæ majest. q.* 61. eo quòd civitates e[j]usmodi æquiparentur Romanæ, cùm illis quoque adsit majestas, id est, major potestas, quæ cùm læditur, non potest non dici læsa majestas, ut tradit Mynsingerus responso 44. *n.* 9. Faber *ad proœm. Inst. n.* 1. Peregrinus *De jure fisci lib.* 4. *t.* 5. *n.* 27. Guido Papæ *q.* 344.

6 Variis modis crimen hoc committi videre est ex *l.* 1. *& seq.* D. *&* C. *h. t.* veluti, vectigalia nova imponendo sine Principis auctoritate, statuas ejus violando, monetam cudendo, radendo, adulterando, & aliis, de quibus passim *h. t.* Quod judex per imprudentiam contra Constitutiones pronuntiavit, ad crimen læsæ majestatis non pertinet, *l.* 1. C. *h. t.* uti nec quod perjurio violaverit nomen Principis, *l.* 2. *Cod. eod.* præcipuè in calore iracundiæ, *l. quidquid 48. inf. De R. I.* aut etiam per convitia, maledicta oneraverit, quorum nomine nullam reo imponi pœnam habet *l. unica Cod. Si quis Imperatori maledixit*, ex ratione quod aut levitate quadam peccaverit reus, & sit contemnendus; aut insania, & miseratione dignissimus; aut injuriâ & remittendum crimen, id est, condonandum, *l.* 2. C. *De jurejur.* non etiam, ut quidam volunt, remittendum ad Principem, ut ipse de eo statuat, cùm bonus Princeps injuriâ affici nequeat. Si tamen exempli necessitas pœnam requirat, rectè ea statuetur; quo pertinent finalia verba *d. l. unica*, quæ volunt pensare debere Principem ex personis hominum, utrùm dicta prætermitti, an exquiri debeant.

7 Præcipua species est Perduellio, per quam in Principem aut Rempubl. attentantur hostilia, sive facto sive consilio, *l.* 1. 3. 4. *h. t.* uti machinari quid in vitam Principis, in perniciem Reip. urbes, castra ejus occupare, exercitum prodere: urbes, castra hostibus dedere *d. l.* 3. quatenus tamen defendi potuerunt; nam si non potuerint, non est, quod culpetur illa dedens, cùm impossibilium nulla sit obligatio, & necessitas legem non habeat, cujus est tanta vis, ut resisti illi nequeat. Vnde & culpâ carere dicitur, qui scit, sed prohibere non potest, *l. culpa inf.* De R. I. Hinc vasallus non tenetur præstare auxilium domino, nisi quatenus facere potest, *l.* 1. *Feud. t.* 21. *in fine.* † Videntur & exploratores, id est, secreta, quibus de securitate Principis aut Reip. agitur,

8 pandentes hosti, hoc crimine teneri, *l.* 6 §. *exploratores inf. De re milit.* quod non tantùm committendo contrahitur, verùm & omittendo, vel uti non prodendo hostium machinationes.

9 Committitur propriè non nisi à subditis, *Clement. Pastoralis* §. *rursus De sent. & re judic.* ubi Pontifex in eum, qui non subest Imperatori, malè latam ab eodem Imp. sententiam perduellionis declarat: ut Clericus laico Principi insidiatus hoc crimine non teneatur, quòd laicorum imperio sit exemptus, secundû *d. vers. rursus*; non tamen ideo imunis erit à pœna, quisquis ille fuerit.

10 Recepta in hoc crimine multa singularia; ut quòd servi in domini caput torqueantur, quod aliàs non est admissum *l.* 6. §. *sed & servi h. t.* quod omnes postulari, & ad testimonium evocati, si res exigat, torqueantur, nullâ dignitatis, generis, militiæ habitâ ratione *l.* 3. *&* 4. C. *h. t.* uti & ipsi accusatores, *d. l.* 3. quòd quilibet etiam aliàs inidoneus ad accusandû admittatur; famosi, milites, mulieres audiantur, servi in dominos, liberti in patronos, *l.* 7. §. 1. *&* 2. *h. t.* Quòd non solùm sceleris auctores verùm & scientes & conscii hoc judicio teneantur, præcipuè consulentes & ministri, qui pœnam neutiquam evadunt, *d. l. Quisquis* 5. §. *pen.* C. *h. t.* † Quod nuda etiam vo-

11 luntas faciat huic crimini obnoxium, *d. l.* 5 *in pr.* quatenùs tamen aliquatenùs in actum exivit exteriorem; ne obstet *l. Cogitationis* 18. *inf. De pœnis*, quæ habet, cogitationis pœnam neminem pati, quia accipienda, quando est merè interna, nam eatenùs non est subjecta foro exteriori. Non obstat, quòd conatus non soleat puniri, ut traditur infrà de pœnis; nam hoc patitur exceptionem in crimine Majestatis, propter ejus atrocitatem, & quia nihil melius est in Repub. quàm conspirationes in Principem seu proditores patriæ detegi. Ignoscitur tamen se offerentibus & factionem patefacientibus etiam cum præmio, si in exordio ipso, *d. l.* 5. *in fine.*

12 Vbi dubitari contingit, An etiam teneatur pater deferre filium, & contrà? Posset videri non teneri per *l. Milites* 13. §. *desertorem inf. De re mil.* ubi filius desertor à patre delatus mitiùs punitur, ne videatur pater filium ad supplicium obtulisse, ut videatur ipsi non imputandum, si non revelet filii crimen, uti nec filio, si non deferat patrem. Ratio ponitur in amore parentis erga filium, & reverentia filii erga patrem. Quæ opinio procedere aliàs non potest, quàm si pater filium privatâ monitione à tam turpi facinore abduxerit; nam si monitionem suam pater videat non prodesse, tenebitur eum deferre, aliàs silentium non erit extra culpam. Quò facit *l. Minimè* 35. *sup. De relig. & sumptib. fun.* ubi pater filium, vel contrà filius patrem, qui ad patriam delendam venerat, occidens, non tantùm extrà scelus esse dicitur, sed & præmio dignus. Eodem facit, quòd tradit Navar. *in Summa c.* 25. *n.* 50. teneri patrem deferre filium hæreticum, & è contrà, si desit spes emendationis.

13 Quid si conscius probare nequeat, an reticentia illi erit criminis? Barr. in *l.* 1. §. 1. *occisorum sup. De S. C. Silan.* indistinctè tenet conscium non reve-

velan-

velantem teneri, & silentii sui pœnas luere. Contra vult Baldus *in Conf. quod incipit, Quanquam allegata*, non aliàs teneri, quàm si probare possit. Quæ sententia est æquior, ne qui in culpa non est, pœnam subeat; verior & communior, quam amplectitur Decius in *l. Culpâ caret 50. & ibi* Cagnol. *plures allegans inf. De R. I* Iniquum enim est, scientiam alicui fraudi esse, nisi hoc ampliùs probare, quod novit, possit. Vult tamen Cagnol. *d. loco*, teneri conscium præmonere secretò illum, cui periculum imminet, ut quantum possibile, caveatur. Erit a Mynsing. *Cent. 5. Obs. 40.*

14 Est & hoc singulare, quòd post contractum crimen administratio bonorum auferatur, ut alienationes per donationem, venditionem, manumissionem non valeant, nec debitores reo ejusmodi rectè solvant, *l. Donationes 31. §. fin. sup. De donat. l. 5. §. emancipationes* & *l. fin. C. h. t.*

15 † Quod item crimen hoc morte non extinguatur, sed etiam post eam moveatur, damnatâ rei memoriâ, eiusque bonis fisco vindicatis, *l. 6. 7. 8. C. h. t.* Olim etiam sub Romanis Impp. propter graviora crimina nomina è fastis delebantur, effigies auferebantur, ut videre est apud Tacitum *6. Annal, in pr.* Hodie arma sive insignia delentur & destruuntur, hoc fine, ut à simili culpa, & pœnæ modo & ignominiæ metu cæteri arceantur.

16 † Damnari quoque non lugendi, *l. Liberorum 11. sup De his qui not. infamia*: honestati enim & utilitati publicæ convenit, lugeri probos viros, & de Republ. benè meritos, non etiam hostes ejus, & perduellionis damnatos. Prohibitum tamen uxori intra legitimum tempus nubere, *d. l. 11. §. 1.* & hoc propter confusionem sanguinis, quam causarent secundæ nuptiæ; verùm ea res hodie non obtinet. Post supplicium non permittur sepeliendi rei, *l. 1. inf. De cadaverib punit.* Est & hoc singulare, quòd intervenientes pro talibus reis fiunt notabiles, sine ulla spe veniæ, *d. l. 5. §. denique.*

17 Pœna hujus criminis est mors, *l. 5. h. t.* quæ per gladium infertur, *d. l. 5. in princ. Cod. h. t.* Ex consuetudine membra in partes secantur, ad exemplum Metii Suffetii, ut videre est apud Liviũ *l. 1.* qua de re Clarus *§. læsa majestatis n. 8.* Bona omnia publicantur, tum feudalia, tum allodialia, tum quæ jurisdictionis sunt, hoc ipso quo in crimen quis incidit *l. fin. C. h. t.* hoc est ipso jure, ut sententia saltem definitiva non sit necessaria; nam declaratoria requiritur ad effectum executionis, *arg. c. Cùm secundum De hæred. in 6.* nisi crimen omninò sit notorium, ut celari nequeat. Gall. *De pace publ. lib. 2. cap. 36. n. 16. & 17.* in cujus probationem adfert textum in *c. 1. in fine De homicid. in 6.*

18 † Et hoc quoad bona rei quæ sunt in territorio Principis, cujus majestas læsa. Alibi sita non possunt dici publicata, cùm lex non extendat se ultra territorium legislatoris *c. 2. De constit. in 6.* nec possunt dici domino territorii, in quo sita sunt, vindicari, quia contra eum non est peccatum.

19 † Salva etiam manet uxori sua dos & ususfructus donationis propter nuptias, quoad vivit, quæ posteà fisco cedet, *d. l. 5. §. uxores*; neque enim innocenti uxori debeat obesse mariti delictum.

20 Qua in re illud singulare est, quòd liberi sentiant pœnam parentis, *d. l. Quisquis 5. §. filii verò C. h. t.* cùm secundùm *l Crimen 26. inf. De pœnis* crimen vel pœna paterna nullam maculam filio infligere possit, propterea quod unusquisq; ex suo admisso sorti sub iciatur, alieni autem criminis successor non constituatur. Cui respondet illud, quod habet Seneca *2. De ira cap. 34.* nihil iniquius esse, quàm aliquem fieri hæredem paterni odii: unde & inter Syllanæ crudelitatis exempla ponit, quòd liberos proscriptorum è Republ. submoverit. Quò facit, quod alter alterius iniquitatem non potest, & filius pro patre non teneatur *tit. Cod. ne fil. pro patre.* Et hoc rectè quoad pœnam corporalem. Qua de causâ satis iniq: ab Arcadio & Honorio in *d. l 5.* dictum censet Covar. *1. Var. Res. c. 8.* ex Imperatoria lenitate se vitam concedere filiis eorum, qui perduellionis sunt damnati, cùm nullo jure iis vita adimenda sit. Ex causis tamen, propter publicam utilitatem, quoque magis homines à delictis compescantur, potest lex humana indicere publicationem bonorum, & statuere infamiam, inhabilitatem ad officia & bona acquirenda, aut similem pœnam in liberos eorum, licet innocentes. Et Ita constitutum est à Canonibus in causa hæreseos, *c. De hæret.* qui inducunt inhabilitatem ad ordines, etiam in nepotib⁹ eorum, qui rei læsæ majestatis divinæ defuncti sunt in hæresi.

21 Vt nequeant reprehendi leges, quòd in causa læsæ majestatis humanæ liberos masculos bonis privent, ab hæreditate non tantùm paterna, sed & materna alienos habeant ex testamentis aliorum extraneorum nihil capere velint, sed perpetuò infames esse, miseros & egenos *d. l. 5. §. filii.* In filiabus mitior est sententia, nam iis concessa est Falcidia in bonis maternis *d. l. 5. §. ad filias*, quæ videntur & consanguineis aliis & extraneis succedere posse, cùm *d. l. 5.* istud non prohibeat, & pœnæ non sint extendendæ. Ratio est, quòd fragilitas sexûs in filiabus minùs faciat eas audere; in-

re; in filiis autem hæreditatiis criminis exempla metuantur. Rationem horum dat Cicero *Epist. 12. ad Brutum*, ut charitas liberorum amiciores Reip. redderet parentes scientes scelus suum redundaturum in caput liberorum; quam rem latè prosequitur Covar. *d. lib. 2. Var. c. 8.*

22 Ubi quæritur, An dicta de liberis habeant locum tantùm in existentibus in potestate? Loquitur *d. l. 5.* indistinctè de liberis, ut & in emancipatis dicenda sit obtinere. Pro qua parte facit ratio ejusdem legis fundata in affectu, quo liberi sequi solent paterna facta, qui non minùs obtinet in emancipatis, quàm in suis. Ut & rectè dixeris, eamdem rationem non minùs obtinere in naturalibus, quàm legitimis, ut & idem jus in iis sit ponendum. Et Facit, quòd non plus favoris mereatur luxuria quàm castitas. In natis ex matre perduelli quidem obtinere dicunt, non errant, ex eadem ratione Clarus *d. §. Læsæ majestatis n. 10. 13.* Covar. *d. loco n. 4.* Aliter Peregrin. *De jure fisci lib. 3. t. 9. n. 6.*

23 Alia quæstio est, An habeant dicta locum in nepote? Ita vult Clarus *d. n. 13.* Verius tamen, non habere, cùm textus in *d. l. 5.* tantum faciat mentionem filiorum quorum nomine non continetur nepos, nisi quando subest favor, Alciat. in *l. Filii 84. inf. De V. S.* qui hic non subest, imò magnum potiùs odium. Gomez. *3. Var. c. 2. n. 15.* Non rectè allegatur textus in *c. 2. §. hæretici De hæret. in 6.* qui ad secundum usque gradum ex causa paternæ hæreseos inducit irregularitatem in liberis, ut & nepotem ex filio concernat: nam textus iste loquitur de hæresi, quæ gravior est hoc crimine, cùm lædat graviorem personam; & ut gravior non esset, tamen quia continet pœnam, non potest extendi decisio *d. c. 2.* cùm regula sit, in pœnalibus non admitti extensionem, *l. Factum 155. §. 2. inf.* De R. I. Gigas *De crim. læsæ majest. lib. 3. q. 8.* Peregrin. *d. loco n. 5.*

24 Major dubitatio est, An dicta pœna afficiat natos ante reatum? Sententia negantium, scilicet nec infamiâ, nec incapacitate successionum afficit filios ante delictum natos, probari videtur I. Per *can. Non imputantur 1. q. 5.* cujus verba sunt, *Non imputantur filiis peccata parentum, quæ post eorum nativitatem committuntur.* II. Per *l. Emancipatum §. 1. sup.* De *Senator.* ubi Senatoris filius conceptus ante patrem Senatu motum est nihilominùs Senatoris filius, non & posteà conceptus. Quo & spectat *l. Filius d. tit.* quæ habet dignitatem quæsitam liberis patris casu non esse auferendam. III. Per *l. 2. C. De libertis & eor. liber.* ubi ingratitudo liberti, ob quam revocatus in servitutem, nocet quidem ejus liberis post nascituris, non & ante natis. Potest subdi ratio, quòd ista decisio sit pœnalis, non extendenda. Quæ opinio videtur benigna, & continere favorem liberorum, eamque tenet Molina *De jure primogen. lib. 4. c. 11. n. 55.* Pro qua etiam adfertur textus in *l. Ex facto 17. §. ex facto sup. Ad S. C. Trebell.* ubi concepti ante deportationem faciunt deficere conditionem fideicommissi, *si sine liberis*, non & post eam concepti. Ut videatur ponenda distinctio inter conceptos ante crimen & post illud: quo videntur facere quæ adducit Tiraq. *De jure primog. q. 31.* quâ quærit; an natus ante regnum succedat patri posteà facto Regi.

25 Verùm contraria sententia & communiori scribentium calculo approbata, & rationi juris conformior, scilicet *d. l. 5.* pœnis etiam teneri natos ante crimen, quàm tutiorem esse ait Vasquius De *success. tomo 3. §. 12. nu. 12.* qui rectè ponderat verba *d. l. 5.* quæ indistinctè & generaliter loquuntur de filiis, ut indistinctè sint accipienda, tam de natis ante crimen, quàm post illud, uti & indefinitè loquitur *l. fin. in fine* C. *De bonis proscrip.* Et facit ratio istius legis, in eo fundata, quòd parens fuerit perduellionis reus probatus, cujus factum etiam in liberis punitum voluit, ut saltem hoc metu absterrerentur parentes à tam impio facinore, nam eum, quem nullus dicitur vincere, *l. 7.* C. *De curat. furios.* maximè movet metus mali in liberis, *l. 8. fine sup. Quod metus caus. gest.* † Unde patet impertinens esse, 26 considerare, antè sint nati, an posteà: cujus considerationis est usus in casu, quo agitur de peccato originali, aut alio aliquo impedimento, quod per generationem transmittitur, de quo hîc non quæritur, nec ita inspicitur cooperatio aut imitatio paterni delicti (quamvis hoc non minùs præsumi possit in natis ante crimen, quàm posteà, ut tradit Vasq. *d. loco*) quàm potius, ut gravius veniat puniendus reus, non tantùm in se, verùm & in liberis. Covar. *d. c. 8. n. 5.* Facit pro hac opinione *cap. Filii De hæret. in 6.* ubi filii eorum, qui in articulo mortis hæresim commiserunt, pœnas canonicas patiuntur, quod non potest accipi nisi de jam natis. Facit etiam *l. Senatores 5. sup. De Senatorib.* quæ Senatoris filium vocat susceptum ante senatoriam patris dignitatem. Possunt pro hac parte adduci ea, quæ habet Tiraq. *d. q. 31. à n. 12.*

27 Nihil obstant in contrarium allata, quia *d. can.*

Non

Non imputantur, non loquitur de pœna inhabilitatis ad beneficia; per ipsos enim canones ista inhabilitas infligitur, ut traditur ꝟ *De hæretic.* sed de pœna excommunicationis, dum negat liberos sentire pœnam spiritualem, qualis non est inhabilitas ad officia Ecclesiastica, quæ potiùs temporalis est, uti & privatio successionis, infamia, & inopia. Nec rectè quis intulerit, sic malè in isto Canone distingui inter natum ante & post crimen: nam non ita distinguitur in isto Canone, nec est mens Augustini, Unde iste Canon desumptus, posteà natos tamquam ex sanguine infecto participes esse peccati, cùm istam quæstionem non attingat, sed tantùm neget spiritualem pœnam contingere filios, ratione peccati posteà à patre commissi, si participes ejus non extiterint, ut rectè *d. loco* ait Covar. De spirituali autem pœna, quæ animam ligat, ibi agi dilucidè patet ex Epist. D. Augustini, quæ habetur *can. Habet* XXIV. *q.* 3. unde desumptus est dictus canon. Non obstant loca cætera, quia videntur fundari in aliqua qualitate, quæ per generationem transmittitur, quæ non potest transmitti à non habente eam, aut ab eo, qui quam antè habuit, delicto suo amisit. Et hanc posteriorem sententiam plerique amplectuntur, Gomez, 3. *Var. c.* 2. *nu.* 16. Menoch. 5. *Præsumpt. c.* 33. Communem esse videre est ex Farinacio *in Praxi crim. p.* 5. *q.* 115. *n.* 90. & Hieron. Gigante *De crim. læsæ. Majest. lib.* 3. *q.* 5.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 4. Ad L. Iuliam Majestatis.

Ad *n. II.* Majestas definitur, quod sit summa in cives ac subditos, legibus soluta potest, Suth. *de Iurisdict. Ap.* 20. & 21. Hinc concludo, hoc crimen à solis subditis perpetrari. Cùm Godofr. *ad l.* 1. *C. h. t. Clar. lib.* 5. §. *læsa Majestas* Mynſ. *Resp.* 44. *n.* 8. nec clericos ab hoc crimine excludi. *Clar. dict. loc. n.* 7. *Tabor. in thes. loco comm. lib.* 11. *cap.* 3. *axiom.* 2. non obstantibus illis, qui habentur *infra n.* 9. In hic allegata *l.* 1. *h. t.* est metaphora & sumitur populus pro capite populi *sec. Bacc. ad §. sed & quod* 6. *Inst. de Iur. nat. gent. & civil. n.* 2.

Ad n. XI. in fin. De delatoribus eorumq; præmiis, & quando ob non probatam delationem excusari mereantur? *vid. Remissivè ap. Besold. in thes. Pract. verb.* Ruge/ Rugerecht.

Ad n. XX. Hodiè pœnæ illæ, ratione filiorum non observantur. *Sec. allegatos textus & Authores* à Treutl. *vol.* 2. *disp.* 32. *th.* 1. *lit.* 1. ubi etiam vide Bacc. qui hoc *pro & contra disputat.*

TITVLVS V.

Ad L. Juliam de adulteriis coërcendis.

SVMMARIVM.

1. *Fœditas hujus criminis.*
2. *Cum quibus committatur utroque jure.*
3. *Accusat de adulterio & mulier & vir.*
4. *Illa accusationem omittere potest, non etiam hic.*
5. *Committitur cum sponsa aliena de præsenti.*
6. *An & cum sponsa de futuro?*
7. *Intellectus* l. Si uxor 13. §. divi h. t.
8. *Intellectus* l. Propter 7. h. t.
9. *Servi & ancilla in hoc crimine torquentur etiam in caput domini aut dominæ.*
10. *Patri permissum occidere filiam in adulterio deprehensam.*
11. *Idque ratione potestatis non igitur filiofam. non matri, non fratri sorerem.*
12. *An fratri id liceat ex mandato patris.*
13. *Patri id permissum in filia nupta.*
14. *Marito id non licere in persona adulteri.*
15. *Nisi hac vilis sit.*
16. *Iure Novell. quando hoc marito permittatur.*

17. *In foro interiori idem non permittitur marito.*
18. *Licet lex civilis videatur hac in re justa.*
19. *Accusat de adulterio maritus jure mariti intra 60. dies à divortio.*
20. *Pater & mater jure extranei.*
21. *Et quidem pater & maritus sine calumniæ periculo, si non convicerint ream.*
22. *In hac accusatione quis ordo servandus, concurrente adultero & muliere.*
23. *Pœna adulterij quæ olim fuerit, & an capitalis?*
24. *Fœmina adultera ex jure Novell. flagellata jubentur in Monasterium detrudi.*
25. *Quo casu pars substantiæ cedit monasterio.*
26. *In viris est capitalis, & quid moribus obtineat.*
27. *Habet locum & in uxore, quæ ante vulgaris fuit.*
28. *Nec refert, justa an injusta sit uxor.*
29. *Amittitur ex causa adulterij dos & donatio propter nuptias.*
30. *Quod ad paraphernalia non rectè extenderis.*
31. *Intellectus* cap. 4. ☧ De adult. *Dotalitium quid?*
32. *Licet penes maritum sit eorum administratio.*
33. *In vidua luxuriosè vivente cessat hac pœna.*
34. *Vidua an rectè accusetur ab hæredibus mariti de adulterio ante commisso?*
35. *Adulterâ prædefunctâ non est actio marito.*
36. *An factum filiæ noceat patri quoad dotem?*
37. *An amittatur dos in matrimonio putativo?*
38. *Quid si post adjudicatam dotem objiciatur matrimonii nullitas?*
39. *Intellectus* l. Cum putarem 36. sup. Fam. ercifcundæ.
40. *Putative an competat privilegium veri matrimonii?*
41. *Adulterium an sufficiat probari præsumptivè?*
42. *Dos an amittatur propter osculum?*
43. *Adulterium reddit infamem.*
44. *Privat exactione debiti conjugalis reum, secundùm Canones.*
45. *Causa excusantes à pœnis adulterii. I. Si utrimque sit peccatum.*
46. II. *Si de consensu viri uxor fuerit adulterata.*
47. *Mulier domo expulsa à marito non amittit dotem, si alteri se miscuerit.*
48. *Nisi eum in finem maritus eam expulerit.*
49. III. *Si culpa mulieris nihil imputari possit.*
50. *Necessitas extrema an excuset ab hoc crimine.*
51. *Ob vim aut metum admittens adulterium non excusatur à peccato.*
52. IV. *Si maritus deprehensam in adulterio retinuerit: & an sponte à reconciliatione remittatur commissio dotis?*
53. V. *Lapso tempore accusationi præstituto.*
54. VI. *Si abolitio intervenerit.*
55. VII. *Marito mortuo ante motam quæstionem.*
56. VIII. *Si maritus inventam in adulterio occiderit.*
57. *Stuprum quid sit?*
58. *Committitur sine vi & per vim.*
59. *Pœna corrumpentis necdum viripotentem.*
60. *Seductam stuprans ad quid teneatur.*
61. *Quid si sub promissione conjugii?*
62. *Præpostera libido seu sodomia est capitalis.*
63. *Agere ex hac causa etiam potest ad separationem tori.*
64. *Incestus cum quibus & inter quos committatur.*
65. *Pœna illius extra figuram matrimonii.*
66. *Sub figura matrimonii mitior pœna est.*
67. *Pœna contrahentium incestas nuptias ex jure communi, amissio dotis &c.*
68. *Liberi incestuosi alendi jure Canonico, non etjam civili.*
69. *Error quis & quando excusat ab his pœnis.*
70. *Stuprum Monialis, & ejus pœna.*
71. *Lenones qui & qualiter puniantur.*

Post læsæ Majestatis crimen subjungitur immediatè de Adulterio, non propter criminis gravitatem, cùm eo gravius sit homicidium, *can.* Si *quod* xxxiv. *q.* 1. sed propter ejus fœditatem; fœda enim illorum immunditics, qui ei se famulos exhibent, & corpus suum speluncam mœchiæ faciunt, eo aliter quàm in nuptiis utentes. Quod ut olim veteribus abominandum visum, ita multò magis hodie post lucem Evangelicam, quamvis, prô dolor! non pauci ex iis, quos lavacrum regenerationis abluit, relicto proprio conjuge, impuro alieno incendio ignes suos extinguant. Hoc satis mirari nonqueo, talibus publica famâ convictis aut confessis intercessores suos non deesse, qui excusent aut mitigent turpitudinem gravissimam, quam hoc crimen continet, cùm rem inter homines sanctissimam, scilicet matrimonium, violet. Est enim adulterium alieni tori, id est conjugii, violatio, quod verum sit oportet, quia quod non est, non potest dici violari. 1

2 Jure Civili tantùm committitur à conjugata, sive cum conjugato, sive soluto, non etiam à conjugato cum soluta, quo modo adulter vocatur alienæ matrisfamilias corruptor. *l. Fugitivus* 28*s*, *inf. De V.* S. Ratio erat in feminis sanguinisq; confusione, & incertitudine prolis per eam causata, qua de causa major passim in uxore desiderabatur castitas,

ſtitat, & vir uxoris adulterium coërcebat, *l.1. C.h.t.* Admittebatur tamen & olim uxor retorquens crimen in maritum, *l. Si uxor 13. §. ſi judex h.t.* quod iniquum eſſet, pudicitiam ab uxore exigere, quam ei non exhibeas. Jure Canonico non minùs vir, quàm uxor hac fœditate ſe inquinat, & fallendo mutuò datam fidem crimen incurrit, *can. Nemo* XXXII. *q. 4.* turpius tamen eſt in uxore, ex jam dicta ratione.

3 Utrique eſt accuſatio. Mulieri tantùm civilis, ad tori ſeparationem, & lucrum donationis propter nuptias, quod innocenti adjicitur, ut infrà dicetur, non criminalis, cùm non ſit mulieris corrigere virum, *Gloſ. in can. Apud V. privilegium* XXXII. *q. 1.*

4 Viro etiam criminalis eſt contra mulierem.* Unde mulier ſine noxa actionem omittit, non & vir, qui niſi uxorem adulteram accuſet, ſaltem civiliter & ad tori ſeparationem agat, videbitur ejus peccato conſentire, ejuſque lenocinium exercere, *c. 3. ij eod. & can. Si quis uxorem* XXXII. *q. 1.* Promittens tamen emendationem occulta adultera retineri poteſt, uti & recipi poſt peractam pœnitentiam, *d. c. 3.* Committitur itaque adulterium à nupta alteri ſe miſcente, ſed & à conjugato miſcente ſe alienæ mulieri licet ſolutæ, ſecundùm Canones.

5 Controvertitur autem, An & committatur cum ſponſa aliena? Non eſt quæſtio de ſponſa aliena de præſenti ducta, non tamen cognita; adſerit enim communis DD. ſententia adulterium eſſe, ex manifeſta ratione, quia talis ſit vera conjux ponit enim conſenſus verum matrimonium, etiam ſine copula, quæ nuptias non facit, ut cum tali ſponſa habita commixtio ponat alieni tori violationem, Covar. *De ſponſal. p. 1. cap. 1. n. 15.*

6 * ſed tantùm eſt dubium in ſponſa de futuro. Pro affirmativa facit *l. Si uxor 13. §. divi hoc tit.* quæ & in ſponſa vult vindicandum hoc crimen, ſubjunctâ ratione, *quia neque matrimonium qualecumque, nec ſpem matrimonii violare permittatur.* II. Et textus in *l. Propter 7. Cod. hoc tit.* ubi jure mariti non poteſt violatæ virginis adultæ crimen exerceri niſi violata ſponſa ejus fuerit. III. Facit id, quod habet Gratianus poſt *can. Omne* XXVII. *q. 2.* Qui ſponſam alterius in agro opprimit, morte moriatur, quæ erat pœna adulterii. Ita Sarmient. *1. Select. Interpp. c. 3.* plures in eam rem & rationes & auctores allegans. Verior tamen oppoſita eſt ſententia, quam vel una ratio convincit, ſumpta ex definitione adulterii, quæ eſt violatio tori; & adulteri, qui dicitur corruptor alienæ matrisfamilias. Sponſalia autem de futuro torum non ponunt, nec ſponſa aliena dici poteſt materfamilias.

Tantùm reſtat reſpondere ad loca allegata, quæ aliquos in contrariam partem traxerunt.

7 * Nam quod attinet ad *d. §. divi*, non convincitur ex eo, quod alii volunt, cùm J.C. ibi dicat, *hoc idem vindicandum*, ſcilicet corruptionem ſponſæ, non tamen tamquam adulterium; dicit enim, non permitti violari ſpem matrimonii; ut needum ſit matrimonium, atque ita needum materia adulterii, ut licet vindicandum ſit, tamen non niſi ut ſtuprum, ut patet ex iſta *l. 13. §. ſi minor 8.* cujus verba ſunt: *Si minor* XII. *annis in domum deducta adulterium commiſerit, mox apud eum ætatem exceſſerit, cœperitq; eſſe uxor, non poterit jure viri accuſari, ex eo adulterio, quod ante ætatem nupta commiſit, ſed vel quaſi ſponſa poterit accuſari ex reſcripto Divi Severi, quod ſupra relatum eſt*; nempe in *d. §. divi*, de cujus proinde explicatione non eſt ampliùs laborandum, cùm expreſſè conſtituatur differentia inter corruptorem ſponſæ & uxoris. Ubi notandum, nomen *Adulterii* generaliùs ſumi, ut & ſtuprum comprehendat, *l. Inter 6. §. 1. h. t.*

8 Non obſtat *d. l. 7.* nam dum negat, eum, qui poſteà maritus eſſe cœpit, accuſatorem juſtum eſſe propter violatam virginem adultam, & crimen jure mariti exercere poſſe, niſi puella violata ſponſa ejus fuerit, non intelligendum, quaſi jure mariti agat, & tamquam de adulterio, cùm maritus non fuerit tempore criminis, ſed potiùs jure ſponſi tamquam de ſtupro, in ſui injuriam commiſſo, propter antecedentia ſponſalia & ſpem matrimonii, juxta *l. Item apud 15. §. ſponſum quoque 24. ſup. De injur.* Hanc opinionem fulcit textus in *l. Miles 11. §. quærebatur h. t.* ubi dicitur, novam rem inſtituere eum, qui adulterii crimen deſiderat objicere, propter hoc, quòd priori ſibi deſponſata puella à patre alii in matrimonium fuerit tradita. Nihil facit, quod habet Gratianus *d. loco*, quia agitur ibi de ſponſa de præſenti, uti patet ex *Can. Si quis deſponſaverit cum ſeq. 27. q. 2.* Covar. *d. loco.*

9 Accuſatio hæc ſingulare hoc habet, quòd ſervi & ancillæ mulieris & juſti ejus patris torquerentur in caput domini aut dominæ, *l. 3. & 6. C. hoc tit.* & hoc marito accuſante non tantùm jure mariti, verùm & jure extranei, *l. Extraneo 17. inf. De quæſtionib.* quam legem ita accipit Cujac. *20. Obſervat. cap. 14.* Cujus ratio eſt, quòd crimen hoc vix probari poſſit per alios, quàm per familiares. Quo modo & data ſervis libertas ſuſpenditur ad dies ſexaginta à ſoluto matrimonio, ſive per repudium, ſive per mortem mulieris, *d. l. 3. & l. fin. C. h. t.* ut interim quæſtio haberi poſſit. Quo tempore tranſacto libertas iis imponenda, niſi maritus impeditus fuerit exercere cauſam adulterii intra tempus legitimum.

10 Est & in hoc crimine illud speciale, quòd patri secundùm leges civiles sit impune deprehensam in adulterio filiam domi suæ, in qua ipse habitat (etsi alibi habitet filia) aut generi, occidere, unà cum adultero, *l. pater* 20. & 22. §. 2. & *l.* 23. *hoc tit.* idque ratione potestatis, in qua sufficit filiam esse eo tempore, quo deprehenditur, *d. l.* 23. §. 1. Avo idem non conceditur, quia de avo non loquitur lex, sed de patre tantùm, *d. l.* 20. *hoc tit.* & *l. Sic eveniet* 21. *eod.* quæ non est extendenda, cùm rigorem contineat. Imò *d. l.* 20. ait neminem ex aliis patribus hoc jure agere. Pater sit naturalis, an adoptivus, dicitur nihil referre in *l. Nec in ea* 22. *in princip. hoc tit.* nam & huic est potestas. Datur & id ipsum patri, ratione justi doloris concepti ex ejusmodi injuria. Non erit autem aliàs impunita ista adulteri cædes, quàm si in continenti & filiam occidat; nam postea eam occidens non feret impunè, nisi fortè profugientem filiam insecutus, apprehensam occiderit, videtur enim in continenti occidisse.

11 Soli itaque patri habenti in potestate, & non existenti in potestate alterius, impunita est cædes ejusmodi filiæ: unde id non licitum patri in filia emancipata, quia est extra potestatem, *d. l.* 20. Unde nec licitum filiofam. occidere filiam suam, quia non habet eam in potestate, *d. l.* 20. & 21. uti nec occidet patrem agentem cum sua uxore. Idem obtinet in matre, quæ filiam inventam in adulterio impunè non occidit. Ex eadem ratione nec frater sororem inventam in adulterio occidit; est enim hæc materia odiosa, quæ non admittit extensionem de persona ad personam.

12 Quæstio est, An sit impune fratri ex mandato patris occidenti sororem in adulterio inventam? Covar. *De sponsalib.* 2. *p. cap.* 7. § 7. *num.* 6. negat tale quid jure committi posse, aut commissum impune alicui id esse, ex eo, quòd non possit alicui committi id jus, quod ipse habet, scilicet propriâ auctoritate se ulciscendi, cùm jus personæ adhærens alteri non committatur, *l. Servus* 34. *in fine princ. sup. De statu liberis.* In contrarium tamen facit *l. Gracchus* 4. *C. h. t.* ubi cædes adulteri ex mandato patris per filium commissa eidem impunita est, quia paruit patri, cum quo eadem est persona; ut in casu sororis adulteræ idem illi videatur impunitum esse, ex eadem ratione. Et ita habet communis opinio ut fatetur Covarr. *d. loco*, & videre est penes Farinacium in *praxi crim. p. 1. q.* 121. *n* 18. & 79.

13 Permittitur autem patri dicta cædes in filia nupta, non etiam in vidua, aut virgine stupro maculata; tradidit enim lex Julia patri ferrum in nuptam filiam, non & viduam aut virginem, *d. l.* 22. §. 2. In qua rectè Cujac. 6. *Obs. c.* 14. pro *in accusatione*, legendum censet, *in occasione*.

14 Q. An marito idem sit impune occidenti adulterum & uxorem? Quod posset videri, ex eo, quod justior illius sit dolor, gravior injuria. Verùm lex tantùm de patre loquitur, qui habet in potestate, & cui soli id concedit, ex hac ratione, quòd plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capiat: marito autem idem denegavit, quòd ejus calor, & impetus facilè decernentis fuerit refrænandus, *d. l.* 22. *in fine.* Facit tamen inconsultam cædem adulteri per maritum justus dolor mitiùs puniri, *l.* 4. *C. h. t. l. Si adulterium* 38. §. *Imperator h. t.*

15 † Nisi vilis adulteri persona fuerit & inveniatur domi suæ cum uxore; erit enim & tunc ejus cædes meritò impunita, *d. l.* 4. *Cod. eod.* quæ lex non distinguit, sui juris sit maritus, an verò filiusfam. sed dat jus occidendi, si jure mariti accusare possit, *l. Marito* 24. *in fine hoc tit.* Quod & hæc cædes sit impunita, est, quia sit lege permittente isto in casu, legitimè autem factum pœnam non meretur, *d. l.* 4. Qua in re differentia est inter maritum & patrem, quòd hic nonnisi paterfam. impunè occidat filiam & adulterum; uti & in eo differentia esse videtur, quòd maritus solum adulterum uxoris suæ occidere possit, non occisâ uxore. Pater per *d. l.* 18. §. *Imperator hoc t.* ubi indistinctè meritò non est impunè occidere uxorem in adulterio inventam, cùm tamen adulteri cædes aliquo casu illi sit impunita. Facit *d. l.* 24. § 1. *eod.* quæ habet, maritum occiso adultero debere uxorem dimittere.

16 Est & impunita marito cædes ejus, qui suspectus illudere velle castitati uxoris, post tres contestationes scriptas, tribus testibus confirmatas, ne cum uxore loqueretur, inventus est domi suæ, vel uxoris, vel adulteri, vel in popinis aut in suburbanis. Quòd si alibi inveniatur cum uxore colloquens, convocatis testibus tradi potest judici, qui nullâ aliâ ratione quæsitâ puniendi habet licentiam. Inventus colloqui in sacro oratorio, post tres denuntiationes, licet marito tradere defensoribus Ecclesiæ, aliisque Clericis, ut ad eorum periculum servetur, donec judex cognoscat, *Auth. Si quis C. h. t.* In aliquibus locis secundùm statuta non tantùm patri, verùm & marito impunita est cædes uxoris in adulterio deprehensæ.

17 Et hoc ita secundùm jus civile, quod ejusmodi cædem

eædem non tam approbat, quàm permittit impunitam, propter justum dolorem, qui non facilè supprimitur; ut tantùm procedat in foro exteriori, neutiquam ea cædes sit extra grave peccatum in foro interiori, propter detrimentum animæ ejus, qui tali in statu occiditur, quod longè præponderat injuriæ patris aut mariti, *can. Inter* 18 *hæc & can. Si quid* XXXII. *q.* 2. † Nihil obstante quod lex civilis possit videri justa in foro exteriori, quæ & in interiori excusare solet; nam hoc verum est, quando lex non tantùm quid permittit, sed etiam approbat, aliàs neutiquam in foro interno excusat. Sic enim dicendum foret, etiam adire meretrices licitum esse in foro interno, contra Apostolum, qui fornicationes damnat, ex eo solo, quòd majoris mali evitandi causâ tolerentur in Republ. qua de re plura Covarr. *d.* §. 7. *n.* 12. *& seqq.* & Gomez. ad *l.* 80. *Tauri n.* 31. *& seq.* Clar. §. *Homicidium n.* 5. *& seq.*

19 Quod attinet ad accusationem adulterii, ea primò & ante alios marito competit, jure mariti, intra sexaginta dies utiles, computandos à soluto matrimonio, *l.* 3. *& 6. C. h. t.* qui & patri concurrenti præfertur, *l.* 2. *§. pen. h. t.* cùm & propensiore ità & majori dolore credatur executurus accusationem. Cui non obstabit quòd pater prævenerit, & libellos inscriptionum deposuerit, modò negligentia mariti non arguatur. Nisi tamen pater maritum infamem arguat, aut colludere magis cum uxore doceat, quam ex animo accusare, *l.* 3. *h. t.* Est & idem tempus concessum patri, quòd agente marito illi non currit quoad iste occupat, neutro occupante utrique cedit, *l.* 4. *h. t.*

20 Tempore isto permissum nihilominùs & patri & marito jure extranei agere, usque ad menses quatuor, *l.* 6. *C. h. t.* quibus & extraneis olim permissum fuit accusare, *d. l.* 4. ita tamen, ut præferatur maritus etiam superveniens & contra uxorem absolutam restaurare possit accusationem, probato impedimento, *d. l.* 4. *in fine.* Hodie ea licentia extraneis est sublata, non admissis ad accusandum adulterium, nisi patre mulieris, fratre, patruo, avunculo, quos verus dolor impellit, *l. Quamvis* 30. *C. h. t.* idque ne facilè matrimonia falsis calumniis deformentur.

21 Est & hoc patris & mariti, ut sine calumniæ pœna vincantur, id est si non convicerint ream, non sufferant talionem, quæ est pœna calumniæ, idque intra sexaginta dies, *l. Auxilium* 37. *§.* 1. *sup. De minor.* Et hoc est, quod Paulus J.C. *libro singul. De adult.* ait, *Qui jure mariti vel patris accusat, potest sine calumniæ pœna vinci*, qualis & non subscribit. Quod videtur datum justo dolori tum patris, tum mariti; unde sequitur, quòd si desistat ab accusatione sine venia, id est abolitione, non incidet in S. C. Turpillianum, quia verum est generaliter, eum, de cujus calumnia agi non potest, si vincatur, non incidere in S. C. Turpillianum. Verùm prædictis obstant textus duo, alter in *l. Is cui* 14. *in fine*, alter in *l. Pater* 30. *h. t.* quorum isto dicitur, accusantem jure mariti calumniæ periculum non evitare; hic ait, patrem sine calumniæ periculo non posse agere. Sed facilis est conciliatio, si accipiamus priora loca de eo, qui bonâ fide instituit accusationem, posteriora verò de eo, qui malâ fide, & animo calumniandi prosilit ad accusationem, licet jure mariti aut patris; neque enim manifestam calumniam ea res excusat, quæ non debet esse impunita, secundum *l.* 2. *in fine C. Qui accusare non poss.* Hoc modo explicanda *l. Abolitione* 16. *Cod. hoc t.* ut scilicet loquatur de eo, qui manifestæ calumniæ arguitur.

22 Hac in accusatione observandus est ordo, eaque inchoanda ab adultero, *l.* 2. *in pr. h. t.* Cujus absolutio mulieri prodest, ut accusari nequeat si tamen nupta fuerit ante denuntiationem; nuptam enim lex tuetur, quamdiu nupta est. Condemnatio adulteri non obest mulieri, quò minùs peragat suam causam, *l. Denuntiasse* 17. *§. quæritur h. t.* Si vidua permanserit, & ab ea accusatio inchoabitur, *l. Si maritus* 5. *pen h. t.* ut & si nuptias præcesserit denuntiatio, quâ is, qui repudium misit, denuntiavit, ne nuberet, *l. Qui uxori* 16. *h. t.*

23 His præmissis, videndùm est de pœna. In ea variatum fuisse constat; nam ex lege Iulia fuit relegatio in paganis, deportatio in militibus, in quibus solet pœna exaggerari, *l. Miles* 11. *h. t.* nisi quòd in quibusdam causis fuerit morte vindicatum; quo spectant quædam exempla adulterorum capite punitorum apud auctores, Cujac. 2. *Obser. c.* 28 *& 6. Obser c.* 11. Postea inducta fuit pœna gladii sive amputationis capitis, quod ipsum expressè patet ex *l. Quamvis* 30. *Cod. hoc tit.* in cujus fine subjungitur, sacrilegos nuptiarum gladio puniri oportere. Idem colligere est ex *l. Transigere* 18. *C. De transact.* ubi postquam Imp. dixit, super crimine capitali transigere licere, excipit adulterium, quòd malè exciperet, nisi capitalibus annumeraretur; exceptio enim est à regula, quam & comprobat *l. De crimine* 10. *Cod. hoc tit.* Capitalem etiam pœnam fuisse

fuisse propositam huic crimini ab Alexandro colligere est ex ejus rescripto in *l. Castitati 9. C. eod.* ubi qui damnatam ex causa lenocinii, quæ quocunque modo evasit pœnam capitalem, sciens duxerit in uxorem, punitur eâdem lege. Nec attendendum, quòd quidam volunt in *d. l. 18. & d. l. 19.* verba esse interpolata; nam ut hoc detur, illa interpolatio est approbata per Imp. nec potest videri falsa, cùm id ipsum exprimatur disertè in *d. l. 30.* transsumptum ex *l. 4. C. Theodos. h. t.* quæ est Constantini secundùm Cujac. *d. lib. 6. c. 10.* Non rectè quis dictis objecerit, quòd *Inst. De publ. judic. §. item lex Julia*, Justinianus dicat, lege Juliâ de adulteriis temeratores alienarum nuptiarum gladio puniri; nam hoc non accipiendum, quasi Lex Julia eam pœnam constituerit, sed quod in judicium ex ea lege descendens hæc pœna venerit, inducta postea per Impp. atque ita procedente tempore usurpata, ac si ab initio ex eadem lege inducta esset; quod non est infrequens in jure, & idem etiam factum in lege Cornelia de sicariis.

24 Mortis ista pœna remissa posteà in fœminis jure Novellarum, *Auth. Sed hodie C. h. t.* ubi jubentur verberatæ in monasterium detrudi, ad agendam pœnitentiam, concessâ viris licentiâ eas repetendi intra biennium; ut videatur maritus posteà repetere uxorem non posse, cùm concessa ad tempus, eo lapso censeantur negata. Vnde consequens est, posse biennio lapso mulierem profiteri si Superiori monasterii ita videatur, citra consensum mariti, qui imputare sibi debet, quòd reconciliationem tempori non admiserit.

25 † Quo casu pars substantiæ mulieris applicanda venit Monasterio, tertia scilicet, si mulier liberos habeat, duæ verò partes, si liberis carens tantùm relinquat parentes: ut marito hac in re videatur præjudicatum quasi agenti criminaliter, secundum *d. Auth. Sed hodie*, nam si egerit civiliter, lucrum dotis illi salvum erit. Abbas in *cap. Gaudeamus 19. n. 7. ✠ De convers. conjugat.*

26 In fœminis itaque pœna capitis immutata in flagellationem & detrusionem in Monasterium, ut in viris maneat pœna capitis, cùm exceptio firmet regulam in non exceptis. Nec potest pœna ista videri iniquè constituta, siquidem & lege Mosaicâ mortis pœna per lapidationem inferenda præstituta erat adulterio, *levit. c. 20.* Moribus adulterium diversimodè vindicatur, Apud Hispanos adultera cum adultero ponuntur in potestate mariti, cum bonis, qui de iis pro lubitu statuere potest; idque per judicis sententiam, qui etiam occidere eos poterit, non tamen nisi utrumque simul. non etiam alterum tantùm, *lege 2. tit. 7. lib. 4. Fori, & tit. 20. leg. 2. lib. 8. novæ compilationis.* Variè apud varios gentes punitum fuisse adulterium etiam corporaliter, videre est apud Petr. Gregorium *Syntag. juris universi lib. 36. c. 6. à num 21.* & latissimè apud Tiraquel. ad *leg. 13. Connub. nu. 6. & seqq.* Hodie ferè est pœna pecuniaria, cessante charitate & zelo justitiæ.

27 Vindicatur autem adulterium non tantùm in uxore quæ hactenùs honestè vixit, verùm & in ea, quæ antè vulgaris fuit, *leg. Si uxor. 13. §. sed & in ea 2. hoc tit.* cùm sufficiat sit uxor. † Justa an injusta sit, non videtur referre, nam & injusta uxor juris nexibus detinetur, neque à judicaria adulterii severitate est immunis, *d. l. 13. §. 1.* Cui non rectè objeceris *d. l. 13. §. si quis uxorem*, ubi in filiafam. cujus conjunctioni pater postea consentit, dicitur adulterium commissum non vindicari jure mariti, cùm tamen illa sit uxor injusta, uti patet ex *l. 2. in fine sup. De liber. exhiben.* juncto Paulo *2. Sentent. tit. 19.* Dicendum enim est *d. §. 1.* loqui de tali uxore injusta, quæ non est ducta solemniter, utpote non accepta aquâ & igni, Cujac. *6. Obser. c. 16.* At in *d. §. si quis uxorem* agi de tali injusta uxore, quæ ducta est, legibus repugnantibus; prohibent enim legislatores aliquam accipi in uxorem, invito aut inscio patre, cujus proinde admissum nolunt vindicari hac lege, ne videantur approbare conjunctionem.

28

29 Secunda pœna est amissio dotis, & donationis propter nuptias, quæ cedit innocenti, liberis, sive ex isto sive ex alio matrimonio extantibus, servata proprietate, quæ aliàs integra cedet innocenti. *Nov. Vt liceat matri & aviæ &c. 117. §. quia verò plurimas*, nisi in casu *d. Auth. Sed hodie*, de quo jam dictum.

30 Vbi quæritur, An idem sit extendendum ad paraphernalia, id est bona, quæ mulier habet præter dotem? Et cùm textus tantùm loquatur de dotis amissione, in *l. 8. §. 1. & 2. Cod. de repud.* & sit pœnalis, extendi non debet ultra dotem saltem de jure communi; nam particularium locorum leges etiam omnium bonorum amissione adulteros puniunt. † Nihil facit *cap. 4. ✠ hoc t.* quod habet, & dotem & dotalitium amitti; cùm nomine dotalitii non veniant res paraphernales, ut ibidem videtur voluisse Glossa, sed vel donatio propter nuptias, vel potiùs id, quod post mariti mortem mulier lucraretur ex bonis mariti, ratione pacti vel consuetudinis vulgò *Do-*

31

narium

32 *narium* vocant. † Quæ sententia procedit non tantùm, si penes mulierem sit administratio talium rerum, verùm & si penes maritum, neque enim ea res facit ejusmodi bona esse dotalia. Facit pro hac sententia, *d. Nov. 117. §. quia verò plurimas*, ubi Justinianus, præter dotem, adscribit viro tertiam partem substantiæ mulieris, si liberos non habeat; quod frustrà statueret, si ante & cætera bona cessissent marito, ut rectè tradit Abbas. *ad d. cap. 4. num. penult.*

33 Ad viduam luxuriosè viventem hanc pœnam non rectè extenderis, cùm per mortem mariti liberata vinculis conjugii non possit dici adulterium committere, aut eatenus in maritum peccare, quamvis non sit extra reprehensionem, in corpus suum quid turpe admittens. Vid. Menoch. 2. *Arbitrar. casu 288. n. 28. & seq.* Pinel. in *l ult. n. 9. 10. & 11.* C. *De bonis maternis*, Duar. *ad l 2. sup. Soluto matrim.* Gomez. *ad* L. *Tauri 80. num. 70.*

34 Hæredes mariti an rectè accusent superstitem adulterii antè commissi, quæri posset. Et dicendum, non videri, si à marito querela non fuerit præparata, *arg. l. fin. Cod. De revoc. donat.* quæ non permittit hæredi revocare donationem ab ingrato donatario. Quod procedet non tantùm, si sciverit maritus adulterium uxoris, qui eam non arguens videtur ei remisisse noxam, verùm etsi ignoraverit, cùm in dubiis mitior pars sit eligenda, *l. Cum hic status 32. §. sed ubi sup. De donat. inter vir.* & facit textus in *l. Rei judicatæ 15. §. 1. sup. Sol. matrim.* qui indistinctè negat hæredi competere morum uxoris coërcitionem. Ubi non rectè exceperis adulterium, cùm spectet ad graviores uxoris mores, Ulp. *tit. 6.* Facit, quòd adulterium spectet ad injuriam, cujus actio cum non tam respiciat facultates defuncti, quàm vindictam, non transmittitur ad hæredem, §. *non solum Inst. De perpet. & temporal. act.* Nihil facit defuncti ignorantia, quia ea non mutat juris communis dispositionem. Latè Barbosa *ad l. 2. p. 2. n. 119. Soluto matrim.* Gomez. *ad L. Tauri 80. n. 86.* Estque hæc communiter recepta opinio, ut videre est apud Gabriel. *Commun. Opin. lib 7. tit. De malefic. concl. 35. nu. 8.*

35 *& seq.* Boerium *Decis. 338. n. 7.* † E contrà, adulterâ prædefunctâ, extincta est actio marito; quia non potest pœna incipere ab hærede, non motâ accusatione in vita rei. Contrà Caldas ad *l 3. V. læsis n. 24 & seq Cod. De integ. restit. minor.*

36 Quæri & hîc posset, An factum filiæ noceat patri ejus quoad dotem? Quod dicendum inspecto jure priori, *l. Si dotem 24. Cod. de jure dot.* ubi culpa filiæ nocet patri, qui non est stipulatus dotem sibi reddi. Videtur tamen hoc mutatum per *Nov. De nuptiis 22. §. est quoque*, ubi statutum, non posse liberos præjudicare parentibus in distrahendis nuptiis; præjudicaret autem filia per adulteriũ doti profectitiæ, cum ea ad patrem non sit reversura. Non obstat *§. quia verò Nov. 117.* quia accipiendus de dote adventitia vel ea, quæ est consolidata in persona filiæ, tunc enim non agitur negotium patris, & extraneus, qui dotem sibi reddi non est stipulatus, censetur eam donasse mulieri; ut non habeat pater quod conqueratur.

37 Hæc ita in vero matrimonio. Quod si illud fuerit putativum, & pro tali habitum, cùm verè sit nullum, propter justum impedimentum, dubitatur, an amittat nihilominus dotem mulier, an verò eam salvam habeat, probato impedimento? Sunt, qui indistinctè affirmant amitti dotem, ex ratione *cap. Nuper* ꝟ *De bigamis*, ubi sufficit intentio cum opere subsecuto, uti & in casu præsenti adest intentio, quòd credatur matrimonium esse verum, & opus subsecutum, id est adulterium. Facit ad idem *l. Si cum dotem 22. §. fin. sup. Soluto matrim.* quæ matrimonio putativo concedit privilegia dotis; in quam rem plura allegat Tiraq. *ad leg. 8. connubial. n. 253.* Facit & pro ea parte ratio, quòd, cùm credatur verum matrimonium, inuratur marito tanquam vero gravis injuria. Covarr. *De sponsal. p. 2. cap. 7. §. 6. in princ. Glossa in c. 4. V. repetere* ꝟ *De donat. inter vir. & uxorem.* Alii ad hujus quæstionis decisionem utuntur distinctione, duplicem formantes casum: priorem, quo dos adjudicata marito, postquam constaret de nullitate matrimonii, alterum, quo demum post adjudicatam dotem objicitur matrimonii nullitas. Quantum ad primum casum, verior habet opinio, frustra agi ad commissionem dotis ex causa adulterii, cùm ut illud possit argui, debeat fuisse matrimonium verum, quod hîc constat non fuisse tale. Nec facit, quòd putabatur esse verum tempore adulterii, cùm requiratur, ut verum fuerit ad hoc, ut ponatur violator tori: neque enim punitur delictum, nisi verè commissum, non etiam quod tantùm putatur commissum. Quò facit *l. 13. § sed si ea hoc tit.* ubi jure mariti non potest accusari ea mulier, quæ habita animo uxoris uxor esse non potest. Nec facit, quòd accusari possit jure extranei, cùm ista accusatio non procedat ad dotis commissionem. Facit eodem, *l. Mar. 24. §. fin.* hoc

hoc t. ubi uxorem non alii licet occidere, quàm qui jure patris mariti vè accusare potest; non potest autem talis mulier accusari jure mariti, cùm non sit uxor, ut agere volens repellatur tanquam non habens actionem, saltem jure mariti, quod hîc sufficit. Ita tradit Barbosa *d. loco nu. 94.* & Gomez. *ad L. Tauri 80. num. 48.*

38 Tota quæstio est in casu posteriori, in quo plerique volunt dotem adjudicatam, non posse repeti, ex eo, quòd postea constiterit matrimonii nullitas. Moventur *d. c. Nuper*; verùm, istud parum facit, nam ideo ibi sufficit intentio cum opere subsecuto, quia agitur de materia, in qua desideratur mentium puritas in personis, quæ destinantur servitio divino. Præterea caput istud continet pœnam, ut non sit extendenda ejus decisio. Majus momentum ponit *l. Cum putarem 36. sup. Famil. ercis.* ubi cum cohærede falso facta divisio non retractatur propter adjudicationem subsecutam. Ut vis tota ponatur in sententia, quæ etiam injusta non rescinditur, *t. C. Sent. resc. non posse.* Et istam opinionem tenet Covar. *d. loco*, Abbas in *c. 4. in fine hoc tit.* Posset tamen alicui contraria sententia non immeritò magis probari, ex eo, quòd, ubi non est matrimonium, non sit adulterium, secundum *d. l. 13. §. sed etsi.* Ut & pœna cessare debeat, quæ non ponitur, nisi ubi est culpa, ut per consequens non possit dici rectè commissa dos, sed ejus repetitioni locus esse, secundùm, *l. 1. Cod. De condict. ob caus.* quæ nullam dat actionem de dote matrimonio non existente valido. Ut nihil faciat, quod creditum fuerit verum matrimonium, cùm adveniente veritate cedat præsumptio.

39 Quod attinet ad *d. l. 36.* quæ totam vim ponit in sententia, dupliciter ad eam respondeti potest. I. Quòd loquatur in casu, quo sententia transivit in rem judicatam; nam tunc superveniens veritas non facit eam rescindi, idque propter rei judicatæ auctoritatem: secus si nō transiverit in rem judicatam, ut in casu præsenti, in quo agitur de matrimonio, super quo lata sententia, quandocumque cognito errore revocatur, *c. Lator. 7.* ꝟ *De re judic.* Ut & hoc in casu adjudicatio dotis ex causa adulterii, quod poni nequit, probata matrimonii nullitate, revocanda sit. II. Dici potest, in ista *l. 36.* non posse quidem revocari solutum ex causa judicati per modum actionis, quia sententia sit legitimè lata, nihil tamen impedire, quò minùs per officium judicis error iste, qui commissus est, corrigatur, *l. 4. C. De juris & facti ignor.* uti postulat omninò æquitas, cui repugnat aliquem locupletari alienâ jacturâ.

40 Nihil movet, quod matrimonio putativo sint privilegia veri matrimonii, secundum allegata à Tiraq. *d. loco*; nam id procedit, quando favor subest dotis, non è contrà, quando ejus agitur odium, ut benè tradit Suarez, *Tit. De bonis acquisitis num. 5. & seq.* & varios casus tradit Tiraq. *d. loco nu. 235.* quibus, cessante favore dotis, non est matrimonio putativo idem privilegium, quod vero. Non est, quod quemquam moveat injuria marito putativo illata; nam uti matrimonium cognitâ veritate concidit, ita & injuria ista pro nulla habetur. Cæterùm particularia quorumdam locorum statuta omninò ponunt dotis commissionem, etiamsi matrimonium probetur fuisse invalidum, ut in Hispania, *per L. 81. Tauri.* Verùm ejusmodi statuta tantùm locum obtinent in territorio legislatoris, non etiam ponunt legem universalem.

41 Hæc ita, si adulterium legitimè probatum fuerit. Dubitatum, An idem sit statuendum, si tantum probetur præsumptivè? Et dicendum, nihilominus commissioni dotis locum esse, non obstante, quod in criminalibus communiter velint non procedi ad condemnationem ex præsumptionibus, *quæ de re sup. De probat.* In causa tamen civili condemnatio admittitur, in qua sufficiens præsumptio est loco probationis. Quo facit *c. Litteris 12.* ꝟ *De præsumpt.* ubi violenta præsumptio probat adulterium, ut posito delicto inferatur & pœna illi conveniens, uti rectè tradit Barbosa, *loco sup. citato n. 6.*

42 Causat itaque adulterium amissionem dotis. An & oscula, amplexus, aliique actus impudicii? Id videtur colligi ex *c. 1. §. 1. h. t. Quib. mod. feud. amit. lib. 1.* ubi turpiter ludens cum uxore domini sui vasallus feudum amittit; quod accipiunt de osculis & amplexibus. Contrarium tamen verius, cùm nusquam inferatur amissio dotis nisi ex completa injuria; completur autem per commixtionem, non etiam per oscula, amplexus turpes, quæ quidem ponunt principium rei malæ, non tamen actum consummatum. Non obstat *d. c. 1.* quia agit de vasallo, cujus injuria hac in materia erga dominum gravior est, propter juramentum fidelitatis, quo ei obstrictus, ut non possit similis decisio trahi ad alios casus, in quibus non est eadem ratio. Alciatus *4. Parad. c. 10.* Covar. *ad 4. Decret. p. 2. c. 7. §. 6. n. 4.*

43 Tertia pœna est infamia, *l. 2. §. miles sup. De his qui not. infamia.* Denique ream adulterii in matri-

matrimonio retinere quis prohibetur, *l. Miles 11. §. fin. h. t.* † Canones, præter peccatum mortale, quod certum est contrahere adulteros propter criminis gravitatem, quod, teste Apostolo, privat regno cœlorum, privant etiam exactione debiti conjugalis reum, quem nolunt inire nuptias, quamvis eas non denegent innocenti, post finitas primas morte alterius. Ita enim sunt accipiendi Canones, non etiam quasi vivo altero liceat innocenti aspirare ad novas nuptias; neque enim Canones ullatenus admittunt separationem quoad vinculum ex causa adulterii, ut latè traditur ꝟ *De divort.* quidquid contrà sentiant quinti Evangelii fratres, libidinis potiùs suæ satiandæ causâ adducti, quàm veritatis amore. Permittunt & Canones non resipiscentem, sed in sordibus suis perseverantem, excommunicari. *c. pen. ꝟ h. t.*

45 Dicta de pœnis adulterii obtinent, nisi sint causæ excusantes. Prima est, quando utrimque est peccatum; rectè enim mulier maritum agentem ad dotem ex causa ista repellit per adulterii objectionem, eâ ratione, quod paria delicta mutuâ compensatione tollantur, *l. Si ambo sup. De compensat. & l. Viro 9. Soluto matrim.* & improbè agat, in muliere reprehendens mores, quos in se probat, *l. Si uxor. 13. §. judex 5. h. t.* Et hoc quoad pœnam civilem partes concernentem; nam in criminali non obtinet compensatio, cùm non agatur causa partium, sed Reip. Quod & procedit, si tempore primæ actionis sit occasio repellendi maritum per objectionem adulterii; nam si post addictam marito dotem ipse se adulterio maculet, non videtur reviviscere actio ad dotem semel amissam ex solo casu supervenientc, *l. Qui res 98. §. aream sup. De solut.* Judicis tamen est eo casu conciliare partes, ad evitandum periculum fornicationis. Quantum ad adulterium alterius antè quidem commissum, sed alteri incognitum, videtur illud rectè objici posse ab eo, qui succubuit illi, qui judicati agit, ex hac sola ratione, quod compensatio etiam post sententiam objiciatur, *l. 2. C. De compens.*

46 II. Si de consensu viri fuerit adulterata uxor, utpote per eum prostituta; nam, ut rectè ait Scævola in *l. Cum mulier 47. sup. Soluto matrim.* cùm improbet maritus mores, quos ipse aut antè corrupit, aut postea probavit? Et deinde aliàs ex suo dolo maritus commodum reportaret, quod leges non ferunt.

47 Ubi quæri posset, An ex eo evitetur amissio dotis, quod domo expulsa à marito, aut propter denegatum debitum alteri se miscuerit mulier? Quod negandum, cùm hæc res non tam sit propinqua, quàm remota adulterii causa, nec ad illud ordinata; ut non possit effectus ejus imputari marito, & excusare mulierem. Pro qua parte est *c. 4. ꝟ De divort.* ubi non excusat mulierem, quod injustè dimissa sit adulterata, cum quidvis potiùs admittere deberet, quàm adulterari, *arg. c. Sacris ꝟ De his quæ vi.* * Si tamen eum in finem maritus eam expulerit, aut debitum denegaverit, ut adulteraretur, negari non potest in culpa esse atq; ita indignus lucro dotis, *l. Non omne 38. sup. De statu liber.* iniquum enim, ut lucrum quis percipiat occasione criminis, quod ipse causavit Barbosa *ad l. 2. p. 1. n. 97. sup. Soluto matrim.* Pet. Gregor. *Syntag. Iuris universi lib. 36. c. 5. n. 9.*

48

49 III. Si culpæ mulieris nihil imputari possit, veluti si probabiliter credens absentem virum defunctum, alteri se junxerit, quia non est dignum vindicta, quod decepta mulier egit, *l. Miles 11. §. pen. h. t. can. Si virgo* XXXIV. *q. 1.* Si bona fide putans se jungi marito, qui alienus est, nam & hic decepta extra pœnam esse debet, *can. In lectum* XXXIV. *q. 1 & 2.* Pet. Greg. *lib. 36. c. 6. n. 17.* Et maximè si adulterium sit illi illatum per vim præcisam, quæ talis est, ut nullo modo concurrat passum, ut, cùm nulla sit culpa, nulla & debeat esse pœna, *l. Vim passa 34. h. t.* Quod si vis fuerit tantum conditionata & impulsiva, culpa non aufertur & pœna locum habebit, quam tamen mitiorem ponet metus, secundum Tiraq. *De pœnis temperan. causa 36.*

50 Quæret hic aliquis, An excuset ab adulterii crimine extrema necessitas? Id posset videri, argumento acceptionis rei alienæ, quam excusat extrema necessitas, uti dictum supra de furtis, cui non minùs subvenitur per quæstum ex adulterio aut fornicatione procedentem, quam ex furto. Facit, quod necessitas non habeat legem & faciat licitū, quod aliàs illicitum. Verùm contraria sententia est tenenda, ex eo, quod adulterii & fornicationis turpitudo & malitia in se talis sit, ut nullo aliò extrinsecus accedente possit purgari, ne quidem consensu mariti, etiam in casu periculi vitæ, ut rectè tradit Covar. *ad c. Peccatum p. 2. §. 1. nu 6.* † Adeò ut licitum sit mulieri vim sibi inferentem impunè occidere, & violentiæ cedens in nullo excusetur à peccato, quod voluntariè videtur amisisse, cùm vis & met⁹ nō tollant voluntatem sed potiùs eam admittant. Hinc Lucretia, quòd metu mortis adulterū Tarquinium admiserit, nō habetur à plerisq; extra noxam, quæ nec purgavit turpitudinē per mortem propriâ manu illa-

51

illatam; nam hac viâ animi quidem dolori satisfecit, non etiam noxam abluit. Qua de re S. Augustinus *De civit. Dei lib. 2 c. 19.* Non facit argumentum à furto desumptum, quoniam illud est illicitum, quia proximo injutiosum; potest autem cessare injuria expresso aut tacito domini consensu, qui hoc in casu censetur tacitè consentire, aut legi conformare, quæ in casu extremæ necessitatis omnia facit communia, aut potiùs, vult communicari.

IV. Si maritus deprehensam retinuerit, quia videtur condonasse injuriam, aut potiùs factum istud pro injuria non habere.

52 Ubi quæsitum, An spontanea reconciliatio & receptio in domum faciat cessare commissionem? Ante sententiam spontanea reconciliatio & receptio adulteræ ad cohabitationem & torum inducit remissionem commissionis dotis, quæ necdum est ablata. Dubia res ista est post adjudicatam marito dotem, cum secundùm dicta superiùs sententia non facilè rescindatur & reconciliatio restringatur ad redintegrationem habitationis & tori, non etiam comprehendat remissionem lucri acquisiti. Videri tamen posset & hoc casu per spontaneam receptionem condonatum adulterium quod est radix commissæ dotis, ut & ipsa commissio cesset. Quò facit, quòd sit favorabilis, quò & videtur spectare, *c. 4. ꝟ hoc t.* ubi non est dotis repetitio, si reconciliatio non intervenerit; ut è contratio, si intervenerit repetitioni dotis sit locus.

53 V. Si tempus accusationi præstitutum sit lapsum, quod est quinquennium, durante matrimonio, sex autem mensium, eo soluto; ex quibus duo competunt jure mariti, duo jure patris. Sex isti menses utiles sunt, computandi à soluto matrimonio, *l. Mariti 29. §. sex mensium h. t.* Quinquennium verò, computandum a die commissi criminis, est continuum, *l. 31. h. t.*

54 VI. Si abolitio intervenerit, uti potest, *l. Abolitio 16. C. h. t.* aut etiam sine abolitione destiterit maritus ab accusando, *d. l. 16.* videtur enim remisisse injuriam, aut potiùs ideo non ampliùs auditur, quia in legem, quam prodidit, peccavit, *l. 2. §. 1. h. t.* Unde & notatur, sicuti & is, qui damnatam retinuit, aut dimissam reduxit, *l. Si quis 33. h. t.*

55 VII. Si maritus ante moram adulterii quæstionem moriatur; actio enim hæc cùm sit de moribus uxoris, ad hæredem non transit; uti antè dictum. Non obstat *l. Miles 11. §. defuncto 1. h. t.* ubi defuncto marito etiam adulterii rea postulatur mulier, quia hoc non jure mariti sed jure extranei.

56 VIII. Si maritus inventam in adulterio occiderit; neque enim tunc dotem lucrabitur quòd ejus lucro indignum se fecerit, propriâ auctoritate jus sibi dicens, *l. Si ab hostibus 10. §. 1. sup. Soluto matrim.*

De Stupro.

57 HÆc de Adulterio propriè dicto; sub cujus latiori significatione venit Stuprum, quod etiam per Legem Juliam coërcetur, *d. l. 6. in pr. h. t.* Diversum autem est ab adulterio, quod committitur tantùm in nuptam, stuprum verò in virginem, aut viduam honestè viventem, *l. Inter stuprum 12. inf. De V. S.* nam eam, quæ inhonestè agit, non vindicat lex Julia, *l. Si ea 22. C. h. t.*

58 † Committitur aliud sine vi, cujus pœna in honestis est publicatio dimidiæ partis bonorum, in humilioribus coërctio corporis, cum relegatione, *§. item lex Julia De adult. Inst. De publ. jud.* Aliud per vim, & habet pœnam, quam lex Julia de vi publica, *l. 3. §. præterea inf tit. seq.* Meritò gravitet punitur, quia continet gravius crimen, quippe supra fornicationem, violentiam. Mortis pœnam obtinere tradit Faber ad *d. §. item lex Iulia*, si crimen perfectum fuerit. Imperfectum deportatione punitur, *l. 1. in fine inf. De extraord. crimin.* Vide Fachin. 7. *contr. c. 101.*

59 † Necdum viripotentem corrumpens, jure communi honestior in insulam relegatur, humilior in metallum damnatur, *l. Si quis 38. §. 3. inf. De pœnis.* Pœna mortis de consuetudine videtur proposita, nisi circumstantiæ eam minui faciant Clarus *§. Stuprum n. 9.*

60 Jure Canonico seductam stuprans damnum reparare cogitur, aut ducendo, aut dotando, *c. 1. & 2. ꝟ h. t.* nisi dissentiat pater corruptæ; quo casu dotasse sufficiet, *d. c. 1.* Reus, si sententiæ parere noluerit, castigatus & excommunicatus, quoad sacramentorum perceptionem, in monasterium ad agendam pœnitentiam detrudendus dicitur *d. c. 2.* Quæ pœna non est in usu, cùm stuprator, si seductam à se non duxerit, aut quia non concurrit consensus, aut quia est inferioris conditionis, condemnetur ad quid dandum puellæ, ratione damni, ex arbitrio judicis, attenta qualitate virginis Quod & frequentatur in casu, quo virgo in copulam consensit, licet in foro conscientiæ nihil ei debeatur, cum volenti non possit dici facta injuria. Habet & usus, ut proles ei alenda detur, ex quo se concepisse tempore partus mulier juraverit. Quæ res fundatur in eo, quòd sa-

ratione instantis periculi non immemor suæ salutis præsumatur dicere veritatem; verùm dubia est in ea, quæ plures admisit, ut ejusmodi praxis non

61 sit admittenda. † Qui impetravit ab aliqua corporis usum, sub promissione conjugii, tenetur eam ducere, etiam ante sententiam, cùm ista promissio, sit facta per modum contractus, qui cùm ex parte puellæ est impletus, implendus etiam ex parte corruptoris, etiamsi fictè promiserit conjugium, ne dolus suus ei prosit. Qui non liberabitur, offerendo damni æstimationem, cùm non teneatur corrupta juri quæsito ad matrimonium cedere, aliud pro alio accipiendo in solutionem. Si tamen conditionis imparitatem scivetit virgo, aut fraudem non obscurè ex aliis conjecturis advertere potuerit, sufficit damnum pecuniariâ largitione pensari, cùm deceptionem suam sibi imputare debeat. Vide Binsfeld, *ad c. r. q. 8.* ✠ *De injur.* Gutierrez. *lib. 1. Canon. quæst. cap. 37.* & Navar. *in Manuali cap. 16.*

62 Pessimum stupri genus est præpostera & abhorrens à natura Venus, non tantùm circa fœminas, sed & masculos, *l. Cum vir. 31. Cod. hoc t.* ubi dicitur scelus hoc esse, quod non proficit scire, quo sexus perdidit locum, quo Venus mutatur in aliam formam. Crimen hoc gravissimum esse patet ex gravitate vindictæ, quâ punitum legitur in Testamento Veteri, ubi ejus causâ quinque urbes incendio consumptæ, inter quas erat Sodoma, unde hoc crimen Sodomia dictum. De jure humano proposita illi pœna gladii, *d. l. 31.* Vsu in plerisq; locis receptum, ut expietur igne non tantùm in agente, sed & in patiente, nisi ætas excuset. Clarus §. *Sodomia nu. 4.*

63 † ubi *n. 7.* tradit ejus de causa ad separationem tori agi posse, argumento adulterii, cùm per istud non minùs quàm per adulterium contra promissam invicem fidem agatur. Hoc crimine abominabilius est crimen bestialitatis, ut meritò expiandum igne veniat, *Levit. 2. can. Mulier XV. qu. 1.*

De Incestu.

64 PErtinet huc & Incestus, qui committitur inter personas, sanguine junctas in gradu prohibito. Quod eo gravius est, quò committitur inter proximiores, veluti inter patrem & filiam, matrem, filium, foetum, generum, & similes personas, Menoch. 2. *Arbit. casu 302.* qualem conjunctionem Apostolus vocat gentibus non auditam, unde & jure gentium prohibita dicitur. Quo referenda videtur concubina patris, si se filio miscuerit, *l. 1. §. penult. sup. De concubinis*, ubi dicitur ista conjunctio prope nefaria. Alia conjunctio prohibita est jure humano, qualis invenitur inter cognatos & affines laterales. Inter fratrem tamen & sororem jure naturæ prohibitam esse dictum suprà *De ritu nuptiar. n. 14.*

65 Pœna hujus criminis, extra figuram matrimonii, aliquibus est mortis, quæ & pœna est proposita adulterio, quo gravior incestus, *l. Si adulterum 38. §. nonnunquam hoc tit.* Quæ pœna procedet in crimine isto contra jus gentium & pudorem naturalem commisso, *d. l. 38. §. quare mulier.* Boër. *Decis. 318.* Si contra jus humanum factus sit incestus, imponenda pœna arbitrio judicis, pro circumstantiarum gravitate. Clarus §. *incest. n. 2.* † Quoad incestum sub figura matri- 66 monii, volunt non puniri pœnâ mortis, quod ea nullibi videatur, sed alia mitior infligenda. Quàm ipsum dant contractui matrimoniali, quia adsit bona fides, præcipuè si publicè initum sit, secundùm ea, quæ tradit Menoch. 2. *Arbitrar. cas. 244.* Quod ita tamen procedet, si cesset dolus, neque enim color matrimonii debet patrocinari contrahentibus incestas nuptias scienter.

67 Sunt autem variæ jure communi indictæ pœnæ contrahentibus incestas nuptias, uti dotis & donationis propter nuptias, & lucrorum nuptialium amissio, quæ fisco applicantur, *l. Qui contra 4. C. De incest. nupt.* Postea inducta bonorum omnium confiscatio; nisi quòd liberis legitimis sui juris effectis applicanda veniant cum onere alendi incestuosum patrem. *Aut. Incest. Cod. d. t. & Nov. De incestis & nef. nupt.* Vnde & testamenti factio reo videtur adempta, cùm, de quo testetur, non habeat. Item spoliatio cinguli suarum dignitatum, exilium, verberatio in vilibus personis, *d. Auth. Incestas.* † Est & illa pœna, 68 quòd ex tali conjunctione nati non habeantur legitimi nec sint in potestate, nisi alterius ignorantia jus liberorum salvet qua de re ✠ *Qui filii sint legitimi.* Imò ne quidem alendi à tali patre, quod non tam in filiorum pœnam inductum, quàm ipsius patris, *Auth. Ex complexu C. d. tit.* cui durum, non posse liberis indigentibus subvenire. Verùm quia ratio non fert crimen paternum redundare in innocentes liberos, Canones etiam ex turpissima conjunctione natos volunt à patre ali, *c. Cum haberet* ✠ *De eo qui duxit in matrim. quam polluit per adult.*

69 Dicta de pœnis incestarum nuptiarum obtinent, I. Si contractum sit matrimonium, quia

 sola

sola sponsalia non faciunt pœnæ locum, cum 69 non ponant delictum. † II. Contractum sit à scientibus impedimentum, quia excusat error, non tamen affectatus, nec supinus, sed acettimus, quia veniâ dignus, *d. l. Qui contra*, qui facit, ut quilibet, quæ dedit reperat *l. 1. C. De condict. ob caus.* Si alter solus sciverit impedimentum, is solus luet dictas pœnas, nisi ætatis lubricum excuset, *d. l. Qui contra.* Si tamen comperto errore, aut impletâ ætate, ejusmodi conjunctio fuerit dirempta, nam aliàs non vacabit culpâ. Non desiderari consummatum sit matrimonium, dictum suprà, *De ritu nupt. n. 18.* ubi etiam dictum, hujusmodi pœnas civiles non incurri à contrahentibus in gradibus eo jure permissis, licet per Canones prohibitis. Atque istam opinionem & veriorem & benigniorem tradit Clarus *d. §. Incestus n. 4.*

70 Ad incestum referunt stuprum Monialis, quod volunt capite puniri, per *Nov. De sanctiss. Episc. 123. §. penult.* cum id crimen & adulterium, ut volunt, involvat, & stuprum, & sacrilegium, propter violatam rem sacram, ratione voti, quo se Deo mancipant tales Virgines. Apud Romanos gravis habebatur Vestalium corruptio. Corruptor virgis usque ad mortem cædebatur, ipsa autem Vestalis viva in cavernam subterraneam detrudebatur, ibidem suffocanda per terram injectam. Videatur Livius & Petrus Gregorius *Syntag. lib. 36. c. 7.* Pœnam istam capitis in corruptorem Monialis quorumdam locorum statuta confirmant. Menoch. 2. *Arbitr. casu 389. in fine* pœna Monialis est, ut arctiùs concludatur, *d. Nov. 123. §. pen. & can. Impudicas XXVI. q. 1.* De rapiente Monialem dicetur Tit. seq.

Est & singulare genus stupri, quo mulier libera servo suo se subjicit, quod vindicatur pœnâ capitis in muliere, in servo concrematione, *l. un. C. De mulier. quæ se propr. servis misc.* 71 Fit etiam mentio hoc Tit. Lenonum, qui dicti ab Alliciendo, quòd ad stupra alliciant. Sunt ii, qui prostitutas habent fœminas. Genus hoc pestiferum & detestabile, unde à Justiniano prohibitum *Novell. De Lenonibus 24.* Maximè intolerabile est in marito existente lenone suæ uxoris, quem adulterii pœnâ dignum judicat J. C. in *l. 2. §. 2. hoc tit.*

* *
*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 5. Ad L. Juliam de adulteriis coërcendis.

AD *n. III.* Quando dicatur de adulterio civiliter agi; *vid. eleg. Mynf. Resp. 1. n. 28.*

Ad n. XIV. Si tamen maritus, contra legis prohibitionem, ipsam adulteram cum adultero interfecerit, non ordinaria homicidii pœnâ, sed mitius & extra ordinem coërceri debet: quia indignatio & justissimus atque acerbissimus dolor, quem temperare difficillimum esse factum ejus relevat. *l. 38. §. Imperator 8. ff. h. t. l.* Grachus 4. *C. eod.* Jul. Clar. *lib. 5. sentent. §. homicidium n. 49.* Tiber. Deciam. *in tract. crimin. lib. 9. c. 20. n. 19.* Joh Harppr. *in §. item lex Cornelia n. 212 Instit. de Iudic.*

Ad n. XXV. De pœna adulterii, & ejus remissione ob intercessionem conjugum & mitigatione: Item, Si post mortem innocentis, superstes, de adulterio antea commisso convincatur. *vid.* Dan. Moller. *lib. 3. semestr. cap. 13. lib. 2. cap. 36. in fin.* Fichard. *tom. 1. consil. 65. & tom. 2. consil. 115.* Treutl. *vol. 2. disp. 32. th. 2. lit. e.* Berlich. *part. 4. 9. conclus. 27. per tot.*

Ad n. XXVII. Consuetudo cum meretrice, quam fornicationem dicimus, à stupro diversa est. Wes. *h. t. n. 21.* Damhoud. *prax. crim. cap 93. in princ.* cujus pœnam & si jura non definierint, *l. 13. §. 2. h. t.* Wes. *eod. n. 7.* nequaquam tamen impunè ea ferenda est, *vid.* Damh. *d. l. n. & seqq.*

Ad n. LVIII. De pœna ejus, qui in itinere publico, honestam mulierem per vim impudicè contrectat. *vid.* Dan. Moller. *lib. 3. semestr. c. 27.* Afflict. *decis. 276.* Clar. *§. fin. quæst. 83.* Menoch. *cas. 360. numero 55.*

Ad

Ad n. LX. Qui importunis precibus aut falsis persuasionibus, sine pollicitatione ducendi aliquam decepit, in utroque foro tenetur: In exteriori, ad satisfaciendum: In interiori, ad ducendam vel ad satisfaciendum id, quô illa maneat contenta, vel ad resarciendum & ei damnum omne, quod inde illi evenit, se quantò majoris eget, quô talem adipiscatur maritum, juxta boni viri arbitrium, & aliquid amplius, ob verecundiam, quam tota vitâ suâ passura est, & ob contumelias, quas ob id, à futuro marito est acceptura. unò ultra prædicta, obligatur etiam ad placandam totam ipsius familiam. & ad satisfaciendum & pro injuria illata. &c. *vid. Navar. cap. 16. rubric. Non mœchaberis fol. 117. & seq.* Quando a. impunibile sit stuprum commissum in ancillam aliamvè mulierem, vilis & objectæ conditionis: & de præsumptione virginitatis vel defloratione, pro ratione personarum *vid.* Farinac. *consil. ubi multos allegat.* De Sodomia. *vid. Althus. Dicaeol. lib. 1. cap.* 127. Et quod in hoc crimine affectus citra effectum puniatur, si conatus fuerit actui proximus. Damhoud, *c. 96. n. 16. & 17.* P. H. O. Carol. *V. art. 116. Vigel. cap. 6. tit. 11.*

TITULUS VI.

Ad Legem Juliam de vi publica.

SUMMARIUM.

1. *Vis publica quæ dicatur.*
2. *Quibus modis committatur.*
3. *Qualiter puniatur.*
4. *Raptus virginis quo modo puniatur.*
5. *Raptorem non excusat consensus mulieris.*
6. *Inter raptorem & raptam vetita nuptia.*
7. *Bona raptoris addicuntur raptæ.*
8. *Qua sit indigna, si raptori suo nupserit.*
9. *Est & infamis raptor.*
10. *Pœna raptus an habeat locum, muliere rapta ex causa libidinis?*
11. *An in sponso rapiente sponsam suam?*
12. *An in muliere rapta matrimonii causa, non cognita tamen.*
13. *In meretrice rapta pœna ordinaria locus non est*
14. *Raptus tamen hic non est impunitus.*
15. *Quid si mulier virum rapiat.*
16. *Canones permittunt nuptias inter raptorem & raptam.*
17. *Subsecutis nuptiis an cessent pœna civiles.*
18. *An iis locus sit in muliere stuprata quidem, sed non abducta extra locum?*

1 CRimen hoc ponit factum per vim, sive publicam, de qua hoc Tit. sive privatam, de qua Tit. sequenti. Illam definit Justinianus, *Instit. De publ. judic.* §. *item lex Iulia de vi*, quæ fit armis, id est omni eo, quo alicui noceri potest, *l. Armatos p. h. t.* hanc, quæ sine armis. Verùm ista definitio minùs videtur firma, cùm vis publica & sine armis committatur. Sic stuprum vi commissum, licet sine armis, spectat tamen ad vim publicam, *l. Marito 29. §. fin. sup. tit. 5.* Exemplum etiam est in *l. fin. h. t.* Ut rectiùs describatur vis publica, quæ contraria est rei, jurique publico principaliter; privata verò, quæ est contraria rei aut juri privato. Cujac. *in Recit. C. h. t.*

2 * Variis modis publica hæc vis committitur, uti arma domi habendo aut in villa, præter usum venationis, aut itineris, *l. 1. h. t.* seditionis faciendæ causâ consilium inire, servos aut liberos homines in armis habere, convocatâ seditione villas expugnare, *l. 3. h. t.* dolo malo impedire, quò minus tutò judicia exerceantur à judicibus, aut ut oportet judicetur, *l. Qui dolo 10. h. t.* & similia, de quibus passim hoc Tit.

3 * Pœna ex lege Julia est aquæ & ignis interdictio, *d. l. 10. in fin.* Cædes si contigerit, ultimo supplicio afficitur is qui vim fecit, etsi non occiderit, quia causam mortis præbuit, *l. 6. h. t.* Punitur & morte vis à servo commissa suâ sponte; nam jussus domini eum excusat, saltem ut mitiùs puniatur, & metallo detur, *l. 8. h. t.*

4 Gravior species vis publicæ est raptus virginis, aut viduæ honestè viventis, aut Sanctimonialis, quæ & devota virgo dicitur, & vetustissimo vocabulo Nonna appellatur. Crimen hoc grave & singulare, meretur que pœnam singularem. Præter eam, quæ inducta lege Juliâ, quâ statuitur ultimum supplicium, *l. 5. §. fin. hoc tit.* indixit Justinianus *l. unica De rapt. virg.* ultimum supplicium raptoribus ejusmodi causâ libidinis, & eorum adjutoribus. Servum reum vel ministrum concremari jussit. Concessit præterea parentibus, tutoribus, consanguineis raptæ comprehensos in ipso crimine reos interficere, quod & concessum marito, cujus uxor rapta, *d. l. unica vers. multò magis.*

5 * Ubi non excusabit reum, quòd mulier non fuerit invita, quia non videtur voluisse nisi solli-

sollicitata, artibus odiosis circumventa, blanditiis seducta, quæ habentur pro vi, *l. 3. §. si quis volentem sup. De libero hom. exhib.* ut pro invita habenda sit.

6 II. Pœna est, quòd lex civilis inter raptorem & raptam nolit stare nuptias, nec liceat raptæ raptorem in maritum exposcere, *d. l. unica §. nec sit facultas*; nec etiam parentibus liceat consentire in hujusmodi conjugium; qui si dolorem remiserint in persequendo raptorem, deportari jubentur, *d. l. un. §. 2. in fine.*

7 III. Pœna est amissio bonorum tam raptoris quàm adjuvantium in ipso actu, quæ mulieri raptæ addicuntur, si ingenua fuerit, vel Monasterio aut Ecclesiæ, si Sanctimonialis; si verò ancilla aut libertina, raptori quidem ultimum supplicium irrogatur; non etiam bona raptæ applicantur, *d. l. unica §. & quid sit cantum.* Dixi, adjuvantium in ipso actu; quia conscii & alii ministri, cùm eorum peccatum sit minùs grave, tantùm subeunt pœnam capitalem, *d. l. unica §. Pœnas autem.* * Est

8 autem rapta indigna hoc præmio si suo raptori nupserit; quam & Justinianus vetuit ex raptoris testamento quid capere, aut alio quocumque modo vindicare, sed bona ad parentes ejus transtulit, ex tempore raptus: qui si non supersint, aut superstites consenserint in nuptias filiæ cum raptore, tamquam indignos eos haber bonis raptoris & participum, eaque fisco vindicari voluit, *Nov. De muliere raptum passa 143.*

9 IV. Pœna est infamia, quam comitatur incapacitas dignitatum, inducta per Tridentinum, *Sess. 22. c. 6. De reform. matrim.* concernens non tantùm raptorem, verùm & consilium, auxilium, favorem præbentes, ubi & infligitur excommunicatio.

10 Dubitatur autem, An ista pœna tantùm obtineat in casu raptus, ex causa matrimonii, an verò & ex causa libidinis? Quod posterius videtur dicendum, propter indistinctè loquentem textum de raptore, sine expressione causæ, ut indistinctè videatur intelligendus. Volunt tamen alii istam Concil. Tridentini pœnam tantùm concernere casum, quo raptus contigit ex causa matrimonii. Fundant se in eo, quod talis raptus sit gravior, propter diminutam matrimonii libertatem, Fundant se & in ipso decreto, quod dum permittit matrimonium, videtur tantùm loqui in casu rapt' ex causa matrimonii. Verùm neutrum fundamentum est concludens, cùm gravius sit mulieri libidinis causa rapi, & amittere virginitatem, quæ restitui non potest, uti ait *d. l. unica.* Nec facit quidquam istud decretum, quia ex eo non sequitur, ibi agi de casu raptus ex causa matrimonii, cùm & in *d. l. unica* idem dicendum foret, ex eo, quòd neget matrimonium stare posse inter raptorem & raptam. Utut est, posterior sententia fertur approbata per sacram Congregationem, quo posito ei standum erit. Non videtur autem ista infamiæ pœna ipso facto infligi, cùm ex decreto id non appareat, & pœnam contineat, quæ secundùm regulam juris interpretatione mitiganda est. Facit, quòd ipsum decretum excommunicationem ipso facto imponat, ut in aliis aliter sit sentiendum, cùm si Concilium idem in aliis voluisset obtinere, id expressisset.

11 Alia quæstio est, An pœnæ supradictæ habeant locum in sponso rapiente sponsam sibi desponsatam? Posset videri non habere, cùm non videatur vim facere, qui utitur jure suo, quod habet in desponsatam sibi. Quæ sententia rectè procedet in sponsa de præsenti, quæ est uxor, cui non potest dici quis intentare vim eùm utatur jure sibi quæsito per matrimonium, cujus nomine habet manûs injectionem, *l. 1. §. fin. sup. De liber. exhib.* ubi marito datur interdictum de ducenda uxore sua. Gomez, ad *L. Tauri 80. n. 38.* Contra dicendum in sponsa de futuro, cùm jus circa illam sit imperfectum & debile, ut non excuset violentiam, neque enim tam dat jus in rem, quàm potiùs jus aliquod ad rem, & spem, neutiquam autem jus in corpus, quod demùm accidit per nuptias ante quas nulla est manus injectio, cùm talis sponsa alteri nubere possit, & alteri nupta ejus sit. Facit textus in *d. l. unic. vers. quibus connumeramus*, ubi in sponso rapiente sponsam eadem pœna statuitur. Et hoc ita volunt procedere de jure civili, non etiam secundum Tridentinum, quo volunt impune esse, rapere sibi desponsatam, per *d. cap. 6.* Quod tamen rectè accipitur de raptu sponsæ de præsenti, cùm textus iste loquatur de concubitu post desponsationem licito; licitus autem non est nisi post sponsalia de præsenti.

12 Illud hîc quæsitum, An matrimonii causâ rapiens, si non cognoverit raptam, sit extra pœnam? Ita habet mitior sententia fundata in *d. l. unica* quæ videtur requirere raptum libidinis causâ, atque ita copulam. Quo faciunt verba, *cùm virginitas vel castitas corrupta restitui nequeat*; &, *Quod multò magis contra eos obtinere sancimus, qui nuptas mulieres ausi sunt rapere, quia duplici tenentur crimine tam adulterii quàm rapinæ*; adulterium autem non fit sine copula. Facit, quòd crimen non possit dici commissum nisi impletum; impletum autem non videtur

videtur remotâ copulâ. Verùm contraria sententia respondet magis juris textui, sufficere scilicet raptam esse mulierem causâ libidinis, licet eam non expleverit raptor, cùm *d.l.unica* tantùm se fundet in raptu, qui hîc perfectus est. Facit eam in partem, *l. Qui cœtuh.t.* ubi vacantem mulierem vel nuptam rapiens ultimo supplicio dicitur puniendus. Eodem facit *l. Raptores 54. C. De Epis. & Cleric.* quæ raptores virginum vel viduarum vel sanctimonialium dicit ultimo supplicio plectendos, non ponendo vim in defloratione. Vide Gomez. ad *d. l. 80. n. 40.* Boer. *Decis.* 316.

13 Quid si rapiatur meretrix? Loquitur *d. l. unica* de honestis personis, quibus vis infertur ex causa libidinis, ut proinde ejus decisio non videatur ponenda in turpibus, quas libido notavit. Unde & in *l. Fœdissimam 20. C. Ad. L. Iul. De adult.* earum nequitiam non dicitur lex ulcisci, quæ pudorem suum alienis libidinibus prosternunt, & quæ passim venalem formam exhibent. Quò facit *l. Si ea C. d. t.* quæ pudicitiæ rationem ab iis fœminis requiri dicit, quæ juris nexibus detinentur, & matrisfam. nomen obtinent, non & ab iis, quas vitæ vilitas dignas observatione legum non credidit; ut ordinariæ pœnæ non sit dandus isto casu locus.

14 Attamen factum istud impunitum relinquendum non est, propter vim illatam licet meretrici, quæ invita non cogenda se exponere alicujus libidini; unde arbitrio judicis talem puniendum esse rectè censet Clarus §. *Raptus n. 9.* quod & sequitur Covarr. 3. *Var. Resol. c. 4. n. 2.* Quò facit *l. Item 15. §. si quis virgines 15. sup. De injur.* ubi appellans de impudicitia virgines ancillari habitu indutas minùs peccare dicitur, ut etiam minùs peccet meretricem rapiens; nisi tamen meretricari mutatâ vitâ desierit. Castrens. ad *l. Raptores n. 2. C. De Episc. & Cler.*

15 Quid si mulier rapuerit virum? Verius est, hoc casu cessare ordinariam legis pœnam, quæ tantùm de viris loquitur, in quibus istud crimen frequentius est, rarum verò in fœminis. Præterea non tam grave virum rapi per fœminam, quàm fœminam per virum: rectè tamen propter violentiam dabitur locus pœnæ arbitrariæ, cui &, si fœmina fœminam rapiat, locus erit.

16 Hæc ita de jure civili. Canones hac in parte mitiùs agunt, qui in abducta non invita, sed præhabito tractatu super nuptiis, raptum non videntur ponere, *c. pen.* ⁊ *De raptoribus*, qui permittunt etiam consistere nuptias inter raptorem & raptam, modò hæc tuto loco posita consenserit in matrimonium, *c. fin.* ⁊ *d. t. Conc. Trid. d. c. 6. De reform. matrim.* Stamus verò hac in parte decisioni Juris Canonici, cùm agatur causa matrimonialis, cujus decisio spectat ad Canones.

17 Quæritur autem hîc, An per subsecutas nuptias cessent pœnæ civiles, de quibus suprà? Quod posset videri, ne puniatur, quod aliquo modo permissum; & ita se consuluisse scribit Castrens. in *d. l. Raptores n. 5.* Dicendum tamen, in foro civili nihilominùs locum esse pœnis eo jure statutis, quas Canones permittendo matrimonium non possunt dici sustulisse, ut quæ nec concernunt causam Canonicam, nec mali quid includunt, sed puniunt crimen bonis moribus contrarium. Nec obstat, quòd in terris Imperii servetur decisio, *c. 1. & 2.* ⁊ *De adulter.* Nàm loquuntur de simplici stupro, non etiam de qualificato, quale est hoc, de quo agitur. Videatur Gomez. ad *L. Tauri 80. n. 43.* & Clarus *d. loco n. 8.* ubi tradit Regem Hispaniarum raptori post contractas nuptias cum rapta imposuisse pœnam capitis, ex hac bona ratione, quòd per matrimonium satisfactum quidem esset honori raptæ, non etiam Reip. læsæ, cui satisfaciendum per pœnam *d. l. unica.* Et ita tradit Peguera *Decis. 42. n. 5.* Quod ipsum videtur respondere Tridentino *d. c. 6.* ubi non obstante matrimonio contracto inter raptorem & raptam, manet ille excommunicatus, & perpetuò infamis, incapaxque dignitatum.

18 Q. An prædictæ pœnæ locum habeant in eo, qui stupravit quidem, sed non traxit extra locum? Et hoc negat Castren. *d. loco n. 4.* quòd *d. l. unica* loquatur de rapta, id est transducta de loco ad locum; hîc autem non est taliter transducta, ut non tam *d. l. unica* sit locus quàm potiùs legi Juliæ de vi, & ita habet communis opinio, ut videre est apud Farinac. *in Praxi crimin. p. 4. q. 145. n. 69.* quamvis aliquibus contrarium videatur, eâ ratione, quòd non tam ponatur vis in eo, quòd ducta de loco ad locum, sed quod per vim fuerit cognita mulier? quo tamen casu potiùs locus erit legi Juliæ de vi, ut prior opinio sit probabilior. Peguera *d. loco*, Menoch. *2. Arbitr. casu 394. n. 11.*

* * *

TI-

TITVLVS VII.

Ad L. Iuliam de vi privata.

SVMMARIVM.

1. *Vis privata quæ, & qualiter committatur.*
2. *Ejus pœna.*

1 Vis privata est, quæ fit sine armis, vel potiùs circa rem aut jus privatum. Variis modis & hæc committitur, veluti ex naufragio quid rapiendo dolo malo, *l. 1. §. 1. h. t.* evocatis hominibus, sive servis sive liberis; alicui vim faciendo, agro suo expellendo, *l. 2. 3. 4. h. t.* propriâ auctoritate debitoris bona occupando, *l. pen. & fin. h. t.* improbè coëundo in litem alienam ad lucrum participandum, *l. 6. h. t.* 2 Pœna est publicatio tertiæ partis bonorum, *l. fin. h. t.* & prætereà cautum, ne reus Senator fiat, & quasi infamis omni honore careat, *l. 2. h. t.*

TITVLVS VIII.

Ad L. Corneliam de sicariis & veneficiis.

SVMMARIVM.

1. *Sicarii qui dicantur.*
2. *Hominis appellatione qui hic veniant.*
3. *Anima quo tempore homini infundatur.*
4. *Pœna criminis hujus quando locum habeat.*
5. *Quæ ei pœna sit proposita.*
6. *Pœna capitis quando sit locus.*
7. *Animus dolosus an præsumatur?*
8. *An præsumatur in eo, qui tantùm intendit vulnerare?*
9. *In dubio præsumitur contra vulnerantem.*
10. *An is teneatur, si alius superveniens occiderit?*
11. *Mandans occidi tenetur hâc lege.*
12. *Nisi mandatum revocaverit.*
13. *Vel si quem mandavit occidi ab alio, quàm mandatario, occisus fuerit.*
14. *Mandans an teneatur occiso mandatario?*
15. *Mandans vulnerari an teneatur de subsecuta cæde?*
16. *Consulens homicidium quatenùs teneatur.*
17. *Consulens & mandans parato mitiùs puniendus.*
18. *Consilium sufficit etiam indirectum & tacitum.*
19. *Consilium retractans non excusatur à pœna.*
20. *Etiam mentio eo, de cujus periculo agitur.*
21. *Consulens minorem vindictam est extra culpam.*
22. *Auxilium præbens tenetur hâc lege.*
23. *Ratihabitio an faciat obnoxium huic legi?*
24. *Omittens obviare homicidio an teneatur?*
25. *An & occidens Titium, quem putabat esse Mævium?*
26. *Occiso uno à pluribus quis teneatur.*
27. *Tenetur & reus hoc casu civiliter.*
28. *Homicida est indignus hæreditate occisi.*
29. *Maritus occidens uxorem privandus dote.*
30. *Homicidium pro necessaria sui defensione est extra culpam & pœnam.*
31. *Modò ei, qui occidit, periculosa fuerit aggressio alterius.*
32. *Et defensio non potuerit fieri cum minore læsione.*
33. *Nec excesserit moderamen inculpatæ tutelæ.*
34. *Excessus quo modo puniendus.*
35. *Moderamen an ponat defensio ex injuria antecedente in injuriato?*
36. *Adulter deprehensus ipso facto occidens maritum se invadentem an dicendus servasse moderamen?*
37. *Occidens quem ex jussu potentioris non est extra pœnam.*
38. *Vt neque is, qui alium apprehensum percussori opponit.*
39. *Neque jussus nocentem & periturum occidere.*
40. *Aut qui necessarios suos damnatos in carcere necant dedecoris evitandi causâ.*
41. *Quid si quis non possit tueri nisi cum periculo innocentis?*
42. *Periculum innocentium in prælio non facit illicitam sui defensionem.*
43. *Innocens an tradi tyranno ob patriæ defensionem possit?*
44. *Ob defensionem corporis à mutilatione licet invasorem occidere.*
45. *An idem liceat ob defensionem honoris?*
46. *Non tenetur quis aggressus fugere.*
47. *Defensio an licita post acceptam contumeliam.*
48. *An idem in Clericis obtineat.*

49. An

49. *An impunita cædes pro defensione rerum?*
50. *Intellectus c. 2.* ꝟ h. t.
51. *Defensio hæc procedit & in Clericis.*
52. *An credi debeat confitenti se occidisse aliquem ex prædictis causis?*
53. *Homicidium est licitum publicâ auctoritate commissum.*
54. *Ut & quod in bello contingit.*
55. *Item homicidium casuale.*
56. *Adulter an teneatur de morte adulteræ, deprehensæ per maritum.*
57. *Cædes Caji, occasione maleficii, commissa à Titio cui imputanda.*
58. *Homicidium à furioso commissum casui imputandum.*
59. *Ebrietas magna an excuset à pœna legis?*
60. *Ab ebrio commissum an sit extra pœnam?*
61. *An à dormiente?*
62. *An à commoto per subitam iram?*
63. *An commissum æstu amoris.*
64. *Assassinus quis & pœna assassinii.*
65. *Magia ars impia, & maleficorum pœna.*
66 *Magia etiam proficiens hominibus reprobanda.*
67. *Puniendi & pacta cum dæmone ineuntes.*
68. *Intellectus* can. Episcopi xxvii. q. 5.
69. *Mathematici quales hic damnentur.*

INter graviora crimina est Homicidium, quo quis dolo malo hominem è medio tollit, *l. 1. in princ. h. t.* Vindicatur lege Corneliâ de sicariis, à L. Cornelio Sylla Dictatore latâ, *l. 2. §. capta deinde 32. sup. De orig. juris.* 1 † Sicarii dicti à Sica, & hæc à Secando, quam ferreum fuisse cultrum patet ex *Instit. De publ. judic.* §. *item lex Corn. De sicar.* Fuit autem brevis, tecurvus & inflexus, persici acinacis longitudine, cædibus in turba perpetrandis aptissimus, quòd veste tecto aut sinu occultato inopinantes facilè esset confodere. Per abusionem Sicarii nomine veniunt omnes, qui quocumque telo occidunt hominem, cujuscumque generis, *l. 1. §. ei qui h. t.* ut servum occidens hâc lege teneatur, *l. Inde* §. *Si telo sup. Ad Leg. Aquil.* 2 † Venit & hominis nomine fœtus in ventre existens: quo modo abortum procurans hoc crimine tenetur, *l. Cicero 39. inf. De pœnis.* Si tamen embrio fuerit animatus, nam antequam informatus est animâ rationali, non potest dici homo, atque ita nec commissum homicidium, *can. Moyses* xxxii. *qu. 2. c. Sicut* ꝟ *h. t.* quod est peremptio corporis humani animati: Non debet tamen reus hoc ferre impunè, *l. 8. h. t.* cui non licuit ne quidem spem hominis impedire. † Vide Gomez 3. *Var. c. 3. n. 32.* Cujac. 19. 3 *Obser. c. 9.* Fachin. 9. *Contr. c. 101.* Infundi animam masculo die quadragesimo à conceptione, fœminæ verò die octogesimo tradit Glossa *ad princ. Distinct. 5.* quam sequitur Covar. *Clement. 1. p. 2. § 3. nu. 1.* probat Navarr. *in Manuali, c. 27 nu. 219.* Hippocratis sententia est, marem die 30. fœminam 40. formari & animari; verùm eam rem Medici moderni in dubium vocant. Hinc propinans mulieri poculum, ne concipiat, non potest dici reus hoc crimine, quia licet peccet impediendo conceptionem, & spem hominis, non potest tamen dici occidere id quod necdum est. Navarr. *d. loco n. 223.* quamvis nec hoc impune esse debeat.

4 Pœna huic crimini est proposita per Legem Corneliam de sicariis, quæ obtinet non tantum si armis cædes fiat, verùm & si sine armis, uti veneno, incantationibus, susurris magicis, aliisque artibus odiosis, de quibus aliquid inferiùs dicemus. Neque enim de modo quæritur, sed de effectu per dolum procurato, qui eò turpior, quò modus occultior & minus evitari potest. Tenentur & hâc lege incendiarii, *l. Si quid 11.* qui venena vendunt, parant, cum telo ambulant, hominis occidendi causâ, *l. 7. 8. 9. Cod. hoc tit.* falsum judicium, testimonium ferunt hominis necandi causâ, *l. 1. h. t.* Multò magis qui animo occidendi vulnerant, neque enim exitus in delictis spectatur, sed voluntas, *l. Divus h. t.* quatenùs tamen aliquo modo in actum transiit exteriorem, ne obstet *l. Cogitationis inf. De pœnis.* Eadem tamen non subsecutâ de consuetudine pœna mitigatur, quæ eo nititur, quòd crimen necdum sit perfectum. Covar. *d. p. 2. in pr. n. 10.*

5 Pœna autem per L. Corneliam statuta fuit aquæ & ignis interdictio, in cujus locum surrogata deportatio & bonorum ademptio, *l. 3. §. pen. h. t.* Posteà placuit capite puniri crimen, nisi honestiore loco positi fuerint rei, quàm ut pœnam legis sustineant; humiliores enim bestiis solent subjici, altiores verò deportari in insulam, *d. §. pen.* Ultore ferro Legem Corneliam homicidas persequi habet Imp. *Inst. De publ. judic.* non quòd ab initio talis pœna fuerit istius legis, sed quod pœnæ addita posteà, quasi ex L. Cornelia descendissent, usurparentur, uti in simili dictum de L. Julia suprà *Tit. 6.* 6 † Ita demùm autem capitis pœna obtinet, si dolo facta sit cædes; culpa enim non sufficiet, etiam dolo proxima, uti traditur *l. 7. h. t.* Unde distinguendum inter homicidium factum animo doloso, quod vocant volunta-

luntarium; & illud quod per culpam contigit, aut etiam culpa vacat, qua de re suprà.

7 Ubi quæri solet, An animus dolosus præsumatur? Si de illo non pateat, colligendus erit ex conjecturis, quæ præcesserunt, ex quibus informabitur animus judicis, de quibus agit Menoch. *Arbitr. 2. casu 361.* Ubi etiam inspiciendæ circumstantiæ ex loco vulneris, ex armorum genere; quo modo calceo aut loris cædens, non potest videri habuisse occidendi animum, si fortè mors insecuta fuerit, secùs si gladio, aut simili instrumento ad cædem apto, *l. 1. §. divus h. t.* Nisi de contrario animo constet qui videtur probandus reo, cùm præsumptio contra ipsum faciat, *l. 1. C. h. t.*

8 Unde alia hic quæstio est, An dolus præsumatur in eo, qui tantùm intendit vulnerare? Covar. ad *Clem. Si furiosus p. 2. in princ. nu. 1.* eum obnoxium huic legi ponit, indicans sufficere animum vulnerandi, quòd intendens causam, intendat omnia inde secuta. Quæ sententia rectè procedet, si ex conjecturis colligatur causa proxima & efficax, ex qua moraliter mors sequi solet, fuisse adhibita, quia talem causam velle, est velle effectum subsecutum, nihil obstante intentione, quæ facto contraria non venit attendenda. Hinc qui absolutè vult percutere ense, quâcumque parte, & quo modo potest, voluntarius homicida dicendus morte subsecuta, quia eam intenderit. Si instrumentum ex se non sit aptum ad causandam mortem, aut si aptum fuerit, tali tamen loco inflictum sit vulnus, ubi non est periculosum, non dicetur directè voluntarius, cùm directè nec in se nec in causa mortem intenderit. Ubi non obstabit, quòd talis non sit immunis ab irregularitate, *c. fin. De homicid in 6.* cùm ea incurratur etiam ex culpa. Nisi mors subsequatur potiùs ex ipsius læsi aut chirurgi incuria, quia non potest videri causata nisi remotè ex actu vulnerantis; remota autem causa non est sufficiens ad ponendam irregularitatem, aut dandum locum huic legi, *l. Qui occidit §. ult Ad*

9 *L. Aquil.* † In dubio potiùs præsumptio sumenda contra vulnerantem, si non doceatur de incuria læsi aut chirurgi, aut alia causa appareat, quâ mors possit dici causata, præcipuè si celeritas insecutæ mortis augeat præsumptionem, quæ res judici erit examinanda, consultis tamen Medicis, *l. 6. C. De re milit lib. 12*

10 Q. III. An teneatur vulnerans lethaliter, quem superveniens alius occidit? Dicendum ita utrumque teneri hâc lege, si priùs vuln⁹ extra dubium lethale fuerit, nam cùm hoc posuerit sufficientem cædis causam, non est quòd excusetur prior, qui illud intulit, *arg. l. Ita vulneratus 51. in princ. sup. Ad L. Aquil.* ubi in simili casu, qui servum ita vulneravit, ut certum sit excessurum è vita, tenetur Lege Aquiliâ, etsi alter posteà occiderit; uti & hac lege dicendus teneri, si dolo quis ita aliquem vulneraverit. Si vulnus tale quidem sit, ut possit adferre mortem, incertum tamen sit, an ex eo mors fuisset subsecutura, non videtur prior vulnerans teneri hâc lege, quòd incertum sit, an occiderit, ut tantùm ille teneatur, qui occidit, *arg. l. Item Mela 11. §. Celsus & l. Huic scripturæ § 1. sup. Ad L. Aquil.* ex quarum textu id ipsum facilè est elicere. Covar. *d. p. 2. §. 2. num. 4.*

11 Q. IV. An teneatur Mandans occidi? Affirmandum, id est, cum verè intenderit homicidium, cujus est proxima causa; faciens enim per alium, per se facere videtur, *l. Non solùm 11. §. mandato sup. De injur.* & *l. Nihil 15. h. t.* quæ habet nihil interesse, occidat quis, an mortis causam præbeat; præbet autem mandans, ut rectè Paulus *5. Sentent. tit. 23. § 5.* dicat, puniri mandatores cædis perinde ac homicidas. Mandatarius, qui occidit, qui teneatur non est dubium, cùm cædem perfecerit, nihil obstante mandato, quod non debuit sequi. Neque hîc venit considerandum, an mandatarius mandatum acceptaverit, quia ea res non facit, quò minùs teneatur mandans ex cæde subsecuta. † Nisi tamen pœni-

12 tentiâ ductus mandatum revocaverit, prohibueritq; mandatario id exequi; facit enim ea res cessare voluntatem à qua mandatum habet vim movendi tamquam à causa, quâ cessante cessat effectus. Idem trahunt ad tacitam revocationem, mandatario sufficienter notam, ut qui sciebat mandatum tale causatum esse per inimicitias, quod proinde scire debebat revocatum factâ reconciliatione, ut cædes subsecuta ejus potiùs malitiæ attribuenda sit, quàm mandato.

13 † Erit & extra pœnam mandans, si quem mandavit occidi per Titium, ab alio citra ejus mandatum occidatur, quia voluntas non habuit exitum. Est tamen mandatum tale turpe, non continens nudam voluntatem; cùm jam in actum exierat per mandatum, ut arbitrariæ pœnæ locus sit, Menoch. *2. Arbitrar. casu 351. nu. 11.*

14 Q. V. Quid si mandatarius occidatur? Non rectè dicetur mandans teneri ordinaria hujus legis pœnâ, cùm fundetur in dolo, qui hic cessat; Nam ut non possit dici vacare culpâ, mandando rem periculosam, etiam monendo, ut sibi caveat man-

mandatarius, cùm ea monitio non removeat periculum, cujus effectus est subsecutus, non potest tamen dici in dolo fuisse mandans, qui non intendebat mortem mandatarii, sed alterius, ut res istâ arbitrariâ pœna veniat punienda.

15 Q. VI. An mandanti vulnerare imputetur subsecuta cædes? Hoc rectè dicitur, eo modo, quo vulnerare volenti imputatur homicidium subsecutum. Farinac. in *Praxi crim. p. 5. c. 131. n. 368.* quòd talis cogitare debuerit ex vulnere mortem facilè sequi. Covar. ad *Clem. Si furiosus p. 2. n. 2. §. 1.* Clarus *§. fin q. 89. n. 3.* Ubi nihil facit, quòd mandatum habeat limitationem, ne occidat, quia ea non facit, quo minùs mandata sit actio absolutè non limitata quoad modum & instrumentum, & verberatio ex se sit periculosa, atque ita intrinsecè includat voluntatem. Quo modo si mandans limitaverit modum & instrumentum, ut ex parte ejus non subsit periculum mortis, si ea subsequatur, non erit attribuenda mandanti, qui tamen non est extra culpam, & luet pœnam arbitrariam, ut rectè tradit Menoch. *d. loco nu. 3.* non etiam ordinariam; nam excessus mandatarii ipsi quidem nocet, non etiam auget delictum mandantis. Aliter Fachin. *1. Contr. c. 36.* Vide Binsfeld. ad *c. 9. concl. 3. & 4. qu. 2.* ⁝⁝ *De injur.*

16 Q. VII An & consulens homicidium hâc lege teneatur? Malum consiliũ consultori pessimum, ut habet commune dictum, & consultor mali eâdem dignus pœnâ, quæ proposita facienti, cùm ad factum concurrat; secuto tamen effectu, quia aliàs consilium irritum erit. Ratio hujus est plana, quòd consulens sit verè causa moralis influens in talem effectum. Quod & ita tamen procedere communiter volunt, quatenùs is, cui consilium datum est, per hoc motus est ad crimen, quod aliàs non erat perpetraturus, tunc enim consulens actum influit ad homicidium. Quò facit *l. Non solum 11. §. Attilicinus sup. De injur.* ubi mandans nolenti dicitur injuriarum teneri. † Quòd si parato consuluerit quis homicidium, non idem dicendum, quia cùm non concurrat ad crimen, quod nihilominùs committendum erat, non ita peccat consulens, qui tamen non omninò liber dicendus à pœna, quæ arbitrio judicis ei infligenda, secundùm Menoch. *d. loco nu 22.* præcipuè si animum alterius auxerit, quia augendo voluntatem, auget & actum exteriorem à voluntate procedentem non citra concursum. Facit pro ista parte *cap. 6. §. qui verò* ⁝⁝ *De homicid.* ubi qui inflammarunt animum Regis dicuntur puniendi, licet non tam severè. Covar. *d. p. 2. §. 2. nu. 1.* Binsfeld. *d. l. qu. 3. concl. 2. & 3.*

17

Quod & dici posset in mandante, ut mitiùs puniatur, si mandaverit parato cædem, ex eadem ratione; nam licet animus illi fuerit causandi cædem, non tamen præcisè causavit, nec magis quàm simili in casu consulens, ut rectè tenet Navarrus *c. 27. n. 51.* † Ut autem consilium operetur non est necesse, ut sit directum, nam & sufficit indirectum vel tacitum, cùm utrimque moraliter concurrat, v. g. si amicus animo injuria affecto dixerit, *Non intres domum meam donec novi quid de te intellexero*, Covarr. *d. §. 1. nu. 3.* 18

19 Q. VIII. An consulens evadet pœnam ordinariam retractando consilium? Quod posset videri primâ facie, argumento mandantis revocantis mandatum: verùm diversitas rationis facit argumentum illud non procedere, cùm mandatum concernat gratiam mandantis, ab eoque habeat vim omnem movendi, ut ejus voluntate sublatâ per revocationem, cesset mandati causa & mandanti nihil ampliùs imputari queat, cujus influxus cessat. Consilium verò concernit eum, cui datum, ponitque inclinationem, quæ non tollitur per revocationem consilii, cùm intellectus semel instructus non facilè mutetur, præcipuè in causa vindictæ. † Ubi aliqui volunt sufficere consulenti, si, quod suadendo impressit, dissuadendo impedire nequeat, moneat eum, de cujus periculo agitur. Bart. *ad d. l. Non solum 11. §. si mandato n. 21. sup. de injur.* Verùm ea admonitio non videtur excusare consulentem, cùm etiam diligens in vitando periculo possit tamen insidiosè intercipi, idque respectu consilii dati, quod ideo & is luit, qui dedit. Nisi tamen is, cui consilium datum, contrariis rationibus acquiescens cædem consultam ex aliis causis exequatur, tum enim ut cessat ad eam concurrere consulens, ita non est ratio, quare ejus nomine aliquam pœnam subeat. † Consulens minorem vindictam, v. g. parato ad cædem, ut mutilatione sit contentus, non videtur in aliqua esse culpa, cùm non tam concurrat ad cædem aut mutilationem, quàm potius propositum malum diminuat, nisi minus consulendo ad id cooperetur, aut dando consilium ad minus, firmet animum alterius. 20 21

22 IX. De auxilium præbente non est dubitandum quin concurrat, ut & eandem pœnam subeat. Verùm de consentiente in homicidium dubitari posset? Et dicendum, consensum in homicidium non commissum nomine consentientis, si purus sit ab omni cooperatione, immunem esse ab omni pœna externa, quia talis consensus

tantùm ponit homicidium mentale, peccatum autem mentale non subest foro externo. Quod & verum erit, si expressus sit ille consensus verbis, aut aliter declaratus exterius, modò non concurrat, nam actus exterior non influens in cædem non potest esse obnoxius pœnæ, ad quam requiritur concursus. Si consentiat quis in homicidium, dum actu fit ejus nomine aut occasione, homicidii reatu talis non videtur vacare, cùm non tantum consentiat, sed & moraliter cooperetur, non prohibendo aut impediendo, quia videtur tacitè mandare. Vnde si contradicendo ostenderit, actum talem sibi displicere, immunis omninò erit à pœna fori exterioris, licet interiori consensu cædem probet, nam iste consensus interior non potest vitiare contradictionem exteriorem, per quam removetur externum opus ad cædem concurrens, licet in conspectu Dei consensus interior faciat obnoxium peccato homicidii.

23 X. Alia hinc decidenda venit quæstio, An ratihabitio faciat obnoxium huic Legi? Quod posset videri, ex eo, quod ratihabitio comparetur mandato, *c. Ratihabitionem De R. I. in 6.* mandatum autem, uti dictum, ponit obnoxium huic Legi. Facit, quòd Navar. *c. 27. n. 233.* dicat ratam habentem cædem suo nomine factam esse irregularem. Facit eò & argumentum *c. Cum quis De sent. excommun. in 6.* ubi ratam habens percussionem Clerici suo nomine factam, est excommunicatus. Negativa tamen vera est, quam, & in casu irregularitatis contra Navarrum tenet Covarr. *ad d. Clem. Si furiosus §. 2. p. 2. n. 4.* Ratio est, quod, licet cædes suo nomine sit facta, non possit tamen quis dici ad eam concurrisse, ratam habendo, quia ratihabitio est posterior; ut autem dici quis possit concurrere, debet actus ejus præcedere. Non obstat *d. c. Cum quis*, quia loquitur de excommunicatione, & quidem in casu à canone expresso, qui non extendendus in pœnalib⁹. Non obstat *d. c. Ratihabitionem*, quia ejus decisio procedit quoad culpam, non etiam quoad pœnas juris, cùm respiciat cædem commissam, ut objectum quidem, non tamen ut effectum. Binsfeld. *ad c. 9. q. 4. concl. 8.* ℌ *De injur.*

24 XI. Quid in omittente obviare homicidio? Pro parte affirmativa facit, quod habetur, *can. Non inferenda* XXIII. *q. 3.* non repellentem, cùm possit, a socio injuriam, tam esse in vitio, quàm facientem. Verùm iste canon procedit in foro interno, non etiam in externo, quo nulli pœnæ saltem ordinariæ est obnoxius omittens, sive dolo sive citra dolum, quia non concurrit ad cædem, uti requiritur Covarr. *d. loco n. 7.* Et hoc sine scrupulo procedit in eo, qui omittendo peccat contra legem charitatis; nam si peccaverit contra legem justitiæ non impediendo cùm ejus esset impedire ratione officii, non videtur excusari ab hac lege, cùm talis habeatur pro faciente interpretativè, *c. Qui non facit, De R. I. in 6.* qualem etiam ad restitutionem teneri rectè docet Covarr. *ad c. Peccatum p. 2. §. 3. n. 5.* Pœnam tamen ordinariam hujus legis non videtur sustinere debere, sed aliam ex arbitrio judicis; nisi & ab hac eum liberet gravius damnum imminens, quod eum extra culpam ponit. Vid. Binsf. *ad d. c. 2. quæst. 7.*

25 Q. XII. An occidens Titium, quem putabat esse Mævium, hujus legis pœnæ sit obnoxius? Pro parte negativa facit I. *l. Si cum Servo sup. s. De injur.* ubi servo pugnum ducere volens, si percusserit adstantem, dicitur non teneri injuriarum. II. *l. Item apud Labeonem §. si quis virgines eod. tit.* ubi appellans virgines ancillari veste indutas minùs peccat. III. Quod hujus legis pœnâ nemo sit afficiendus, nisi cædem dolo commiserit, nec satis sit eum in lata culpa esse. *l. 7. h. t.* Hic autem non potest dici in dolo fuisse, cum non intendebat personam, quam occidit, sed in ea erraverit, *arg. d. l. 5.* Pro affirmativa tamen, quæ verior est, facit *l. Eum qui 18. §. si injuria sup. De injur.* ubi in simili casu afficiens injuria Titium, quem putat Mævium tenetur injuriarum, subjunctâ ratione, quod prævalet id, quod est principale, scilicet injuriam facere voluisse, quam etiam facit nesciens cui faciat, *l. 3. §. 2. D. eod.* II. Facit *l. Scientiam 4. qui cum aliter sup. Ad Leg. Aquil.* ubi adversarium lapide impetens, si transeuntem fortè percusserit, tenetur lege Aquiliâ. III. *l. Quoniam 6. C. Ad L. Iul. de vi publ.* ubi homicidium subsecutum etiam ex parte invadentis possessionem alienã, facit morte mulctari reum, qui tamen cædem istam minimè intendebat. Estque hæc posterior vera opinio in casu, quo quis rei illicitæ dat operam, qualis tenetur ad omne id, quod facto ipsius peccatum; nam si rei licitæ operam dederit, quod fortuitò præter intentionem venit, non meretur pœnam, saltem hujus legis, qua de re inferius aliquid dicetur.

Non obstat primum argumentum, quia servum proprium castigare volens, operam dat rei licitæ, ut, quod præter intentionem fortè accidit, casui sit imputandum. Nihil obstat secundum, quia in ista lege subest casus non illicitus, siquidem

dem vestis indicabat illas virgines esse leves, quas appellare nihil continet pœna dignum. Non etiam obstat tertium, quia dolus hic non deest, si non in specie, saltem in genere, siquidem reus intendebat alicujus cædem. Ubi non excusabit ignorantia personæ, quæ nec excludit actum illicitum, neque rationem voluntarii, neque affectum vel effectum operis mali minuit, ut sit delictum ejusdem speciei cum intento. Bart. in *l. Prospiciendum in fine inf. De pœnis*, Gomez. 3. *Var. c. 3. n. 35.* Fachin. 1. *Controv. c. 37.*

26 Q. XIII. An occiso uno à pluribus, si de auctore non constet, omnes teneantur hac lege? Si de dolo non appareat, potiùs est, ut teneantur lege Aquilia, secundùm rationem juris quæ pœnalia in mitiorem partem vult accipi. Si animus dolosus & propositum arguatur, hac lege omnes tenebuntur, etsi unum tantùm vulnus appareat, cùm omnes concurrerint ad cædem. Covarr. *ad d. Clem. Si furiosus p. 2. §. 2. n. 3.* Gomez. *d. loco n. 36.* Menoch. 2. *Arbit. casu 362.*

27 Dolo itaque facta cædes facit locum pœnæ Legis Corneliæ de sicariis: præter quam tenetur reus criminis etiam civiliter ad damna & interesse; ex ratione, quòd istæ actiones ad diversa tendant, una ad vindictam publicam, altera ad privatæ læsionis reparationem, ut una alteram non impediat; *l. 7. §. 1. De condict. fur.* Nec debet movere, quod actiones ex delicto descendentes non transeant ad hæredem; nam hoc verum ex parte rei; non etiam actoris. Uti nec movere debet, quòd aliqui possent objicere, actionem istam civilem competere accessoriè, cum competat principaliter ratione delicti. Gomez. *d. loco n. 47.* Idem tradit Clarus §. *Homicidium n. 23.* ubi conqueritur hoc malè servari in praxi, fisco bona rapiente, nullâ facta mentione damnorum & interesse occisi, ejusque hæredum.

28 Addiderunt & hanc pœnam leges, quòd homicidam judicent indignum hæreditate occisi, ad quam vel ex testamento vel ab intestato jus ei erat, quæ defertur fisco. *l. 7. §. pen. inf. De bonis damnat.* Quo facit, quod indignus judicetur hæreditate, qui non vindicavit necem defuncti, *l. 1. C. de his, quibus ut indig.* ut multò magis sit indignus qui occidit. Farinac. *p. 5. Praxis crimin. qu. 1020. n. 23.*

29 ubi alios allegat.* Quo modo & maritus, si occiderit uxorem, carebit donatione sibi per uxorem factâ, quæ morte ejus confirmari solet; carebit & lucro dotis, quod post mortem ejus sperabat, quia non est æquum ob facinus suum lucrifacere dotem, *l. Si ab hostibus 10. §. fin. sup. Solut. matrim.* Farin. *d. l. n. 37.* Quod & procedit, si occiderit inventam in adulterio, uti traditum suprà *Tit. 5.* Vide Peregrinum *De jure fisci lib. 2. tit. 3.* Gomez. *ad d. L. 80. Tauri n. 63.* & Barbosam *ad. d. l. Si ab hostibus in fine n. 41. sup. Soluto matrim.* Dolum itaque tantùm vindicat hæc lex, ut culpâ commissum non subeat pœnam ordinariam, quæ tamen arbitraria infligenda erit, si res postulet. Ubi diligenter Judex inspiciet culpæ qualitatem & modum, ad exasperationem vel moderationem pœnæ, quæ major erit occidenti per culpam latam, minor verò per levem, est enim culpæ pœna commensuranda.

30 Sunt autem casus, quibus homicidium est extra culpam & pœnam. Primus, si committatur in necessariam sui defensionem, quæ cùm à natura sit permissa, *l. Vt vim sup. De just. & jure* etiam cum cæde aggressoris (sibi enim quisque proximior, & charitas incipit à seipso) ponit homicidium à culpa immune & à pœna *l. 2. C. h. t.* Ita tamen, si servatum sit moderamen inculpatæ tutelæ, id est defensio fuerit moderata; qualis est, si invasus non potuerit periculum alio modo evadere, aut invadentem repellere, nisi cum tali nocumento, quod in particulari judicare est prudentis. In foro conscientiæ potest quisque sequi judicium suæ conscientiæ, aut alterius docti vel prudentis viri, benè excussis circumstantiis, quas & in foro contentioso diligenter examinabit Judex. Qui advertet

31 I.* An ei, qui occidit, periculosa fuerit aggressio alterius, quia aliàs non esset excusanda cædes ex causâ defensionis. Vbi non erit necesse, impetum aggressoris expectare, ejusve actum; posset enim esse sera defensio, ut præveniens sit extra culpam, si desperet se aliàs inimicum propè aggredientem depellere posse, citra sui injuriam. Et hoc, si sine mora metuitur aggressio, nam si ex intervallo futura est, non videtur licitum prævenire, quia alia via est evadendi periculum, ut rectè ait Navarrus *Consil. 31. & De homicid.* Hinc inimicum gladio stricto contra se venientem sagittâ petens, aut latronem emisso telo occidens, erit extra noxam. Atque hoc ita, quatenus aggressio est injusta; nam si justa fuerit secus dicendum. Vnde repellens ministros justitiæ sine eorum cæde hac lege tenebitur.*

32 II. An defensio potuerit fieri minori cum læsione aggressoris; nam si suffecerit vulnerare, aut mutilare, occisio erit immoderata, propter gravem culpam in repulsione commissam. III.*

33 An defensio sit facta citra talem culpam, quæ non transeat in aggressionem, nam si quis fugientem invasorem etiam post vulnus grave acceptum sequatur, & occidat, aut mutilet, excedet moderamen inculpatæ tutelæ. Facit enim fuga invasoris

 cessare

cessare periculum invasi, qui non excusabitur ex vulnere accepto, quia id non tollit animum vindictæ, neque ponit causam defensionis, propter jam cessans periculum, *c. Significasti 18. in fine* ✠ *eod.* * Excessus tamen in modo defensionis etsi mereatur pœnam aliquam arbitrariam, pro modo excessus æstimandam, non tamen ordinariam, propter justam commotionem, cujus moderatio est difficilis. Menoch. 2. *Arbitr. casu 177. cum seq.* Covar. *ad d. Clem. Si furiosus p. 3. §. un. n. 3.* Binsf. *ad c. 1. q. 5. concl. 11.* ✠ *De injuriis*

34

35 Quæstio est, An ex injuria antecedente possit poni moderamen in injuriato se defendente contra aggredientem injuriatum? Distinguendum est, an post moralem injuriæ intermissionem illâ affectus aggrediatur injuriantem, an in continenti, in ipso scilicet actu injuriæ. Priori casu locum habet propterea quòd prior injuria non sit circumstantia præsentis actionis, nec moralis ejus causa, sed remota, ut nec excuset invadentem, nec gravet defendentem. In posteriori quæstio est, * Exemplum poni potest in adultero, qui deprehensus à marito in ipso facto eum se invadentem occidit, non datâ aliâ evadendi viâ, quæstio, inquam, est, an adulter isto casu possit dici servasse moderamen? Negat Navarrus. in *Manuali c. 27. n. 238. & cons. 32. & seq.* ✠ *De homicid* hoc argumento motus, quòd dederit operam rei illicitæ & periculosæ, ex qua homicidium sequi solet. Mariti enim inventos adulteros suarum uxorum, commoti propter injuriam, invadere solent, nec vitæ eorum parcere, ut moraliter talis adulter videatur inchoasse causam, & primò intulisse injuriam, maritus verò eam propulsare potius quàm inferre, ut ex consequenti cædes inde subsecuta videatur imputanda adultero. Posset tamen alicui probari contraria sententia, ex hoc fundamento, quòd occasio prior data per adulterum sit remota, nec ad cædem per se ordinata, proxima autem sit defensio sui, omni jure licita; ut dicendus sit abesse dolus, præcipuè si hujusmodi adulter circumspectè egerit cum aliena uxore, cavendo periculum, & omnem occasionem, ex qua periculum evenire moraliter posset, tunc enim homicidium nec in se nec in causa intentum dici potest. Si verò ad eam incautè accesserit, etsi dolo vacet occidendo supervenientem maritum, cujus manus aliter evadere non potest, non tamen culpâ, propter injuriam. His tamen casibus si adulter fugere possit impetum mariti, tenetur fugere, cùm ejusmodi fuga illi turpis esse non possit, ut pote in re turpi, ut è contrà non

36

fugiens homicidium illi omnimodò sit imputandum.

37 Alia quæstio est, An ex jussu potentioris cædes alicui sit impunita, si aliàs vitam salvam habere nequeat? Neutiquam huic casui applicari possunt dicta de defensione sui, quandoquidem expediendæ salutis nostræ nobis à legibus sint arma concessa contra invadentem, non & contra innocentem, nobisque nihil mali molientem. Nec facit, quod ratione instantis violentiæ à potentiore aliàs vita salva esse nequeat, nam quòd tutela sui sit permissa, non intelligitur extra personam vim inferentis, ut rectè ait Paulus in *l. Scientiam 45. in fine sup. Ad L. Aquil.* Ejus enim cædes meritò admissa, non etiam alterius, qui nihil moliendo non potest videri in legem deliquisse, ut in eo neutiquam possit salvari contraria sententia, & excusari à legis pœna; qua in re qui obsequium veritati & innocentiæ anteponendum ducunt, nescio an Christiano nomine sint digni. * Hinc & extra legis pœnam non videtur, qui ut plagam instantem evitet, apprehensum alium hominem percussori pro clypeo opponit. Felinus in *d. c. Significasti n. 14. versic. 3.* ✠ *hoc tit.* Boërius *quæst. 84.*

38

39 Quid si jubeatur nocentem & periturum hominem occidere? Nec hoc impunè erit occisori privato ad lubitum alterius, cùm & nocentes ad publicam tutelam pertineant, nec ideo à quovis occidi possint privatâ auctoritate, quia nocentes judicati, sed publicâ id agendum, ut Reipubl. sua constet auctoritas, non etiam ea turbetur. * Hinc necessarios suos damnatos dedecoris evitandi causâ in carcere necantes, ne publicè cum infamia pœnam subeant, parricidii aut homicidii pœnam non evadunt, ut probat, plures in eam partem allegans, Per. Royzius *Decis. Lituanica 3. n. 116.*

40

41 Quid si non possit quis se tueri, nisi cum periculo innocentis, quo medio aggressor alteri nocet? Posset videri non licere, quia innocentis occisio de se sit mala atque ideo illicita. Verùm cum per innocentis interpositionem non eripiatur alicui jus se defendendi, à natura competens, dicendum, non esse illicitum, aggressorem repellere; etiam cum damno innocentis, quod illud per accidens videatur contingere, utpote non intentum, sed secutum ex opere licito & necessario: quod non tantum est citra legis nostræ pœnam, verùm & extra irregularitatem, quam causat defectus lenitatis, qui hic non subest, cùm defensor non aliud intendat, quàm effugere manus injusti aggressoris. Binsfeld. *ad d. cap. 1. quæst. 2. concl. 3.* * Sic & in prælio non ponendus scrupulus in damno innocentium,

42

tium, quod consequitur debellationem hostium si aliter victoriam quis habere non possit. Uti nec urbem aut arcem oppugnans ideo desistere debet, quod subsit periculum innocentium. Nec à triremi Turcarum quis invasus tenetur à sui defensione cessare, propter remiges Christianos, qui in ea sunt & lædi possunt, quia damnum istud per accidens & indirectè istis contingit. Quod si civitas aut arx occupari possit, aut etiam noxii coerceri absque occisione innocentium, horum interfectio erit omninò illicita, nec ullâ ratione excusabilis, utpote ex intentione & immediatè illis illata, quod est omni juri contrarium, uti & legi divinæ *Exodi 23. Insontem & justum non occides.* Hinc colligendum, milites graviter peccare, qui in spoliandâ civitate ne quidem mulieribus, puerisque obviis parcunt, cùm justam victoriam vel spolia non impediant. Binsf. *ad c. 8, q. 2. concl. 4. & alii* ꝟ *d. t.*

43 Quid si innocentis morte salvari possit Respubl. an licebit Magistratui illum tradere tyranno, qui aliàs non dimissurus civitatem? Neganter respondet Sotus *5. De justitia & jure q. 1. art. 7.* ex ratione, quod Respub. non sit domina vitæ civium, & quod non sint facienda mala ut eveniant bona, sitque intrinsecè malum innocenti causare mortem. Frequentius tamen in eam sententiam itum, innocentem non teneri tantum ex pietate & charitate in patriam, sed ex justitia legali egredi ad tyrannum & se morti exponere, si ex ea certò sit secutura patriæ liberatio: imò & ad hoc cogi posse per Magistratum, cui jus est exponendi vitam civium in necessariam patriæ defensionem, per modum pugnæ, aut aliàs, cùm quod in toto corpore licet, non sit denegatum in singulis, si per eos haberi possit patriæ liberatio. Non obstat argumentum Soti, quia procedit extra casum necessitatis, non etiam in casu necessitatis, in quo jus est Reip. exponere cives periculo in defensionem patriæ, cui sunt nati; quod intrinsecè malum esse dici non potest, cum subsit causa, licet data per malitiam alterius, ut proinde Resp. non occidat directò innocentem.

44 Quod dictum de vitæ defensione, idem etiam obtinet in defensione corporis à mutilatione, quæ æquipollet homicidio, aut saltem per eam infertur nocumentum gravius, quàm ut quis eam sibi inferri pati debeat, ut jure etiam invasorem occidat, si aliàs membrorum integritatem propugnare nequeat. Covarr. *d. §. unico n. 2.* Binsfeld. *ad c. 1. q. 5. concl. 4.* ꝟ *d. t.*

45 Quæritur, An idem liceat in defensionem honoris? Videtur aliquibus id spectare potiùs ad vindictam, quàm ad sui defensionem, cùm possit honor læsus competentibus actionibus recuperari, & iniqua videatur commutatio vitæ proximi pro honore nostro. Ita Covarr. *ad d. Clem. Si furiosus. p. 3. §. unico nu. 4.* Quæ opinio procedet, si honor salvus aliàs esse possit; nam si nequeat, contrarium plerisq; recentioribus probatum, licitam scilicet esse defensionem ejus, cum mutilatione aut cæde, aliove damno ejus, qui cum lædere tentat. Et ratio est, quia honoris amittendi metus non est minor viro bono quàm vitæ *l. isti 8. §. pen. sup. Quod metus caus.* ut quod in defensionem vitæ est admissum, sit & admittendum in defensionem honoris. * Quo facit, quod teneatur quis aggressus fugere, si fuga sit illi allatura gravem infamiam

46 cùm quod sine gravi nota non potest evitari, judicetur moraliter inevitabile, ut ejus propulsatio sit justa. Navar. *c. 15, n. 3.* Hinc in defensionem pudicitiæ licita est cædes eam violare volentis, *l. 1. §. pen. h. t.* quòd ejus integritas cujusvis damni pecuniarii æstimatione major nequeat recuperari. Et hoc ita in defensione puri honoris, de quo scriptum, *Curam habe de bono nomine;* & *Melius est nomen bonum quàm divitiæ multæ.* Quæ & ita procedunt, antequam honor fuerit læsus. V. Binsf. *ad d. c. 1. q. 5. concl. 10. & q. 6. concl. 78. §. 6.*

47 Unde alia dubitatio est, An post acceptam contumeliam defensio sit licita. Quod non videtur, cum ea potius ad vindictam pertineat, & talionem jure prohibitam, quàm ad honoris conservationem. Et hoc, si cesset injuria, & læsio honoris aliàvià recuperari possit; nam si læsio duret, & non sit via salvandi honorem, nisi repercutiendo, non potest videri repercussio illicita, quatenus opus ad honoris defensionem ut tradit Navar. *c. 15. n. 3. in fine.* Pro qua parte facit, quod, uti dictum, ante acceptam injuriam licet cuivis se defendere contra auferentem honorem, ut idem liceat post illatam, ex eadem ratione, si res ea faciat ad salvandum honorem.

48 Q. An in Clericis idem obtineat? Id posset videri, quod, ut illis licet defendere vitam & corpus contra injustum invasorem (neque enim illis minus negligenda vita quàm laicis) ita etiam honoris sui defensio sit licita, ex ratione, quod honor sit æquiparandus vitæ, secundum dicta. Communiter tamen contra receptum, scilicet Clerico id non licere, quia pugnare ei sit turpe ꝟ *De Clerico percuss.* fugere verò non adscribitur honori, propter humilitatem & mansuetudinem amore Christi, quam profitetur, ut cum per patientiam & tolerantiam nulla ei contingat infamia, non sit ratio, quæ pro-

propulsationem injuriæ à vindictæ cupiditate excuset. Quò facit Clem. 1. *De homicid.* quæ se in eo fundat, quòd aliter periculum evitari non possit; ut cùm hoc casu possit & salvo corpore & honore, contraveniens non sit immunis ab homicidio.

49 Quid in cæde commissa in defensionem rerum? Communis sententia videtur, non impune esse cædem invasoris, etiam in casu, quo bona omnia sunt amittenda. Covar. *ad d. Clem. 1. p. 3. §. unico n. 6.* Nisi unà etiam subsit personæ periculum, juxta *c. 2. De homic.* in verbis, *te tuaq; liberando.* Quò & facit *c. Suscepimus* 10. ꝟ *d. t.* ubi dicit Pont. *Expediebat potius post tunicam relinquere & pallium, & rerum sustinere jacturam, quàm pro conservandis rebus & transitoriis in alios ita acriter exardescere.* Cui respondet ratio, quòd ex lege & ordine charitatis quisq; teneatur vitam proximi temporalibus suis anteferre. Denique facit, quod furem nocturnum & canonica & civilia jura occidi permittant, non etiam diurnum, nisi telo se defendat *c. 3.* ꝟ *d. t. l. 4. sup. ad L. Aquil.* Ratio est, quòd quando noctu venit, versetur etiam periculum personæ, non & si de die, nisi telo se defendat. Et ita Curiam Romanam tenere tradit Navar. *d. c. 15. n. 5.*

Contraria tamen sententia non paucis placuit, nixa *c. Olim* 12. ꝟ *De restit. spoliat.* ubi Pont. eum, qui ingressus alienam possessionem, domino absente, tradit posse ab eodem statim ut intellexit, vi repelli; quod & habetur *c. Dilecto* 6. *De sent. excom. t. 6.* Facit ratio, quòd bona ad vitam conservandam sint necessaria, *l. 14. Cod. De advoc. divers. jud.* ut quod in vitæ defensione concessum, debeat & licere in defensione bonorum, quorum amissio quemvis constituit in gravi necessitate. Et facit, quòd aliàs occasio daretur pravis hominibus alios bonis suis spoliandi, si id liceret impunè citra contradictionem aut defensionem domini.

50 * Pro qua parte adducitur *c. 2.* ꝟ *hoc tit.* ubi ideo imponitur pœna occidenti furem, quia aliter poterat res suas habere salvas; ut à contrario, si aliter salvæ esse non poterant, licita fuerit defensio, etiam per cædem furis. Quo modo nihil obstabit, quod ibidem dicitur, *te tuaq; liberando*, cum non debeant ista verba accipi in sensu copulato, id est ut ista simul concurrant, cùm alterum sufficiat. Aliàs enim sequeretur absurdum, quod scilicet ob vitam tuendam non liceret occidere, nisi & ageretur simul rerum defensio; ut rectè Felinus istum textum intelligat alternativè.

Non obstat *d. c. 10* nam in eò meritò culpatur rei de non servato moderamine, quòd fugere volentes fures interfecerint; unde arguit Pontifex cupiditatem vindictæ isto in casu, atque ita subjungit, melius fuisse & pallium relinquere, quàm taliter occidere, non etiam quod simpliciter defensio rerum suarum sit illicita. Nihil facit ratio desumpta ex lege charitatis; nam illa quidem obtinet, quando in necessitate constitutus est proximus, unde se expedire nequit, non etiam quando voluntariè malitiâ suâ in periculum, de quo agitur, se conjecit. Quod attinet ad *d. c. 3. & d. l. 4.* quæ videntur innuere, non aliàs furem occidi posse, nisi & agatur periculum personæ, illa loca accipienda sunt de fure diurno, qui rebus salvis fugari potest, cùm cognoscatur, ut res ab eo possint recuperari. Si tamen recuperandi eas nulla spes supersit, non est ratio, quare defensio earum non sit licita.

51 * Cui opinioni videtur & Covar. *d. loco in fine,* accedere; & procedit non tantùm in laicis, sed & in Clericis, cum & hos deceat vitam & bona ad eam necessaria defendere, ut patet ex *cap. Olim.* ꝟ *De rest. spoliat. & d. cap. Dilecto De sent. excommunic. in 6.* Ita tamen, si res sint magni momenti, nam rei minimæ defensionem cum tanto proximi nocumento ratio non admittit. Vid. Binsfeld. *ad c. 1. qu. 6. concl. 1. 2. 3. & seq.* ꝟ *De injur.*

52 His ita positis dubitatur, An credatur confitenti se occidisse in sui vel rerum suarum defensionem? Aliquorum sententia est, qualificatam istam confessionem reo prodesse, ne ordinariâ pœnâ capitis plectatur, sed aliâ mitiori judicis arbitrio. Abbas *in cap. Auditis 25. n. 32.* ꝟ *De præscript.* ex ratione, quòd pœna capitalis non veniat inferenda, nisi positis probationibus luce meridianâ clarioribus, *l. Sciant. Cod. De probat.* non ponit autem probationem sufficientem confessio qualificata. Menoch. 2. *Arbitrar. casu. 93. in fine.* Verùm contra hanc opinionem facit, quod confessio cædis oneret confitentem, quæ cùm sit contra eum, vera præsumitur, cùm nemo credatur temerè quippiam contra se confiteri; eaque est sufficiens, secundùm omnia jura ad ferendam sententiam, juxta ea, quæ tractantur suprà de confessis, & infra de quæstionibus, quæ sunt inventæ ad extorquendam veritatem per confessionem; allegatio verò defensionis sit pro ipso reo, cum tendat in ejus expurgationem, cui proinde non statur sine probatione, aut aliis circumstantiis, quæ eum excusent. Quo modo in *leg. 1. Cod. hoc tit.* alleganti se animum occidendi non habuisse, incumbit probatio, uti & in *l. 5. Cod. De injur.* idque ea ratione, quòd omne maleficium præsumatur malo animo factum, *c. 1.* ꝟ *De præsumpt.* ubi qui amico nocuit, dicens se ludentem fecisse, non auditur; ut, si aliter

ter

ter non constet de defensione, pœna ordinaria sit infligenda, quia de delicto constat per confessionem, quæ ponit sufficientem probationem. Nisi tamen aliis probationibus & circumstantiis ista confessio evacuetur, & qualitas adjuncta confirmetur; veluti si occisor fuerit vir probus, mansuetus, bonæ famæ, occisus verò rixosus, querulosus, aliis injurius, famæ sinistræ, si fuerit minatus reo; nam ejusmodi circumstantiæ, & similes, facerent minui pœnam, aut etiam nullam inferri. Sarmientus *1. Select. Interp. c. 5. n. 11.* Farinac. *in Praxi crimin. p. 3. q. 1. n. 110.* Gomez. *3. Var. c. 3. n. 26.*

53 Excipitur Secundò homicidium publicâ auctoritate commissum, quod extra omne dubium licitum est, & extra omnem culpam ac pœnam: expedit enim Reipubl. provincias malis hominibus purgari. Et hoc ita in criminibus, quæ merentur istam pœnam, eamque habent propositam à legibus sive moribus, neque enim Judicis est pœnas sanguinis statuere. Est autem advertendum Judici, ne ex imperitia malè judicet, præcipuè ne per sordes in causa criminali temerè damnet, nam id non foret ei impunè, ut dictum supra *De re judic.* & traditur *C. De pœna Iud. qui malè judic.* Uti nec idipsum est impunè falsò accusanti, & testimonium falsum proferenti, qualem facit dolus huic legi obnoxium, in qua non inspicitur modus cædis, sed tantùm quæritur, an cædes dolo sit commissa.

54 III. Excipitur homicidium, quod in bello contigit, ex parte eorum, quibus justa est causa, cum tale bellum tendat ad correctionem eorum, qui deliquerunt, & reparationem injuriæ aliis illatæ; quæ res ut justa, ita & justum facit effectum subsecutum, *can. Dominus* XXIII. *q. 2.* Ab ea verò, quam justa causa non salvat, cædes commissa non est extra noxam, nisi quem ignorantem causæ justitiam superioris jussus excuset. Vide Covar. *ad c. peccatum p. 2. §. 9. n. 2 & §. 10.*

55 IV. Excipitur homicidium, quod casus causavit, cùm sit extra noxam, quatenus nec directè nec indirectè voluntas concurrit: ut omninò præter intentionem occidentis evenerit, atque ita omninò à pœna immune, quæ præsupponit culpam; casus enim cùm ne quidem à prudentissimis possit prævideri, nullam ponit noxam, *l. Quæ fortuitis 6. C. De pig. actione.* Hinc venator sagittâ in feram directâ fortè hominem transfodiens est extra pœnam. Nisi tamen culpa aliqua aut præcesserit aut comitetur casum, veluti si quis minùs cautè egerit in amovendis iis, unde periculum esse posset, cujus rei exemplum est in *l. 4. h. t.* isto enim casu culpa faceret non esse omninò homicidium casuale, sed voluntarium indirectè, propter causam non remotam.

56 Hinc dubitari contingit de adultero, qui causavit adulteræ mortem deprehensæ per maritum? Videtur aliquibus cædes ista non attribuenda mero casui, verùm imprudentiæ adulteri, qui scire debuit solere maritos impetu doloris commotos uxores adulteras deprehensas occidere, quæ res providenda erat adultero, ut ei imputanda videatur cædes subsecuta: præcipuè secundùm aliquorum sententiam, qui danti rei illicitæ operam indistinctè volunt imputari, quod per accidens factum. Cujus opinionis est Navar. *cap. 17. n. 239.* dicens eam sententiam fuisse comprobatam à Pio V. Verùm non indistinctè ista sententia procedere dicenda, sed tum demùm, quando adulter temerè, & incautè ad uxorem alienam accessit, nam si circumspectè removerit omnem occasionem, per quam posset turpitudo uxoris innotescere marito, non est ratio, quare casui non sit imputanda cædes subsecuta, ex eo, quod per accidens innotuerit marito adulterium uxoris.

57 Quid si occasione maleficii commissi à Titio reus postuletur Cajus, & supplicio afficiatur? Res ista non nisi remotè referri potest ad maleficium Titii; per se autem & directè imputanda malitiæ aut errori accusatoris, testium aut Judicis: ut respectu Titii casui sit attribuenda, qui nec facto nec consilio ad supplicium Caji concurrerit; adeo ut ne quidem intentio Titii, ut imputaretur maleficium Cajo, faciat eum huic legi obnoxium, cum intentio interna non sufficiat sine actu exteriori, ut suprà dictum.

58 Homicidium à furioso aut mente capto commissum quin casui sit imputandum, non est dubium, cum reus sensu careat, & fati infelicitas eum excuset; quatenus tamen contigit durante amentiâ, nam si tempore dilucidi intervalli, pœnæ hujus legis locus erit. De infante est idem judicium, quem tuetur innocentia consilii, *l. Infans 12. h. t.* Idem etiam dicendum in impubere, secundum *d. Clem. 1. De homicid.* & hoc, nisi doli sit capax, nam ut culpam committere potest, ita & ex ea puniri, cum posita causâ ponatur & effectus ut traditur *ii De delictis puer.* Covar. *ad d. Clem. 1. 3 p. in princ.*

59 Quid in ebrio dicendum? Ebrietas non secus ac furor voluntatem aufert, ut videatur pœnam non mereri, *can. Sane* XV. *q. 1.* ubi commissa ab ebriis dicuntur commissa ab ignorantibus. Facit eodem *can. Inebriaverunt d. q. 1.* ubi Loth propter incestum commissum dicitur puniendus, non quantum meretur incestus, sed quantum meretur ebrietas.

tas. Quod non tantum procedit, si quis ignoraverit vim potus, quia nulla potest ei culpa attribui, verùm etiam si sua culpa inebriatus sit, nam nihilominus actus homicidii factus est in statu, quo est extra judicium. Nec facit, quòd modo illicito sit causatus, quia non est per se & proximè ebrietas ordinata ad homicidium, quod nec in se nec in causa volitum, licet concurrat tamquam causa remota. Quo facit, quod Theodosius Imp. *l. unica Cod. Si quis Imper. maledix.* noluerit pœnæ subjugari eum, qui temulentus de se malè locutus esset. Carolus V. gloriosæ mem. Imp. ne cui ebrietas in delictis excusationem præberet, sanxit, idque propter nimiam in suis ditionibus ebrietatis frequentiam; nam grassantibus multis personis exemplo opus est, eaque de causa pœnæ graviores ponuntur. *l. Aut. facta 16. in fine inf. De pœnis.* De jure scripto ebrietas ex dicta causa facit pœnam diminui. Menoch. *Arbitrar. 2. casu 326.* Et hoc, si sit magna ebrietas, quæ tollit sensum aut minuit, atque ita etiam culpam. Levis ebrietas non excusaret, quia non aufert sensum; uti nec eum excusaret ebrietas magna qui sciens se ad pugnas pronum in ebrietate arma sumere, lapides projicere, occidere etiam consuetum, sibi ab ea non cavet, nam à tali homicidium commissum videtur in causa volitum. Quod multò magis dicendum de eo, qui eo fine se inebriat, ut tanto liberiùs occidat. D. Peckius ad *c. Sine culpa n. 1. De R. I. in 6.*

60 Quid sentiendum de dormiente? Hic cùm sensuum suorum non habeat exercitium, extra culpam est, unde & ille in *Clemen. 1. De homic.* excipitur. Nisi tamen in causa sit prævisum homicidium, veluti quando homo præscit, quòd dormiens soleat surgere, vagari, arma accipere, percutere, & non adhibet diligentiam ad ea cavenda, arma scilicet removendo, vel includendo se in cubiculo obserato vel aliàs arbitrio boni viri providendo; sic enim in causa volitum censetur homicidium; nec est extra pœnam, quam tamen non ordinariam vult inferri Tiraq. in *Tract. De pœnis temporan. causa 5. n. 10.* Covar. *d. loco n. 6.* Nisi expergefactus factum suum ratum habuerit, quia videtur scienter occidisse, ut non malè Menoch. *d. loco casu 327. n. 8.* ordinariâ pœnâ eum plectendum judicaverit.

61 Quid de commoto per subitam iram? Non videtur ista ita etiam vehemens excusare, cùm licet ira sit quidam furor, non tamen omninò mentem auferat. Non est tamen locus pœnæ ordinariæ, cùm saltem consilium auferat ira, & factum minuat, difficillimum enim est justum dolorem temperare, *l. Si adulterium 38. §. Imperator sup. Ad L. Iul. De adult.*

62 Quid de homicidio commisso æstu amoris? Amor dicitur quidem furor, juxta illud Persii, *fine sensu vivere amantes.* ut homicidium per talem factum non tam videatur voluntate commissum, quàm impetu quodam, ut si non omninò remittenda, saltem mitiganda sit pœna, ut vult Tiraq. *d. loco causa 4.* De cujus tamen sententia rectè quis addubitet, cùm non raiò ab amantibus non tam furoris impetu, quàm destinatâ voluntate occidantur corrivales, atque ita & ordinariæ pœnæ L. Corneliæ locus esse debeat; non excluso tamen judicis arbitrio, qui de animo judicet, ut rectè tradit Gail. *2. Obser. c. 110. n. 21.*

63 Specialem fœditatis notam habet Assassinium, cujus numquam meminerunt leges civiles, ejus tamen mentio fit in *c. 1. in fine de homicid. in 6.* Ubi primò sciendum est, Assassinum non dici Christianum, qui mandato alicujus hominem occidit, sed Infidelem, qui acceptâ pecuniâ ad lubitum alicujus hominem Christianum occidere suscepit. Pœna hujus quin sit ea, quæ homicidii, non est dubitandum. In ipsum mandantem gravis pœna statuta per Canones, qui etiam non secutâ morte hoc ipso incurrit pœnam excommunicationis, depositionis à dignitate, honore, ordine, beneficio, quod alii continuò conferri potest, *d. c. 1. in fine.*

64 * Ut pœna sit gravior homicidii pœnâ, quod non privat aliquem ipso facto beneficio. Ratio dicti cap. fundatur in facti indignitate, quod infideli hominum generi, Christiano nomini infestissimo, mandetur cædes Christiani. Ut eadem pœna non sit habitura locum in Christiano mandante alium occidi per Christianum, quia est minor indignitas; ut non habente locum ratione dicti c. 1. nec habeat locum ejus decisio, quia pœnalis, & non extendenda, ut rectè tradit Covar. *2. Var. Resol. c. 10. n. 9. & 10.* quamvis praxi receptum tradant etiam dictam pœnam hoc casu obtinere & in ipso Assassino. Farinac. in *praxi crim. p. 5. q. 125.* Certum est in assassino infideli istam pœnam obtinere non posse, quòd infidelis sit incapax munerum Ecclesiasticorum.

65 Venit inter reliquos homicidiorum gradus Magia, ars impia, habens societatem cum dæmone, cujus ductu per susurros, incantationes, diras devotiones, feras, imagines fixas, sparsos cineres, attactu, habitu, varia moliuntur in hominum perniciem, eos necantes, cruciatibus doloribusque gravibus affligentes, animalia perdentes, tempestates, ventos, imbrem, siccitatem, tonitrua procuran-

curantes, messem destruentes, ad impudicas libidines stimulantes, aliaque id genus similia operantes, *l. 4.5.6. C. De malefic. & mathemat.* Dignissimum hominum genus durissima & infamissimâ morte qui negant nisi ex complicibus, nescio an sani sint cerebri. Ut rectè Imp. *d. l. 5.* ultimo supplicio tales affici jubeat, tamquam hostes publicæ salutis, n c tantùm in culpa dicat esse docentes, sed & discentes, *l. penul. Cod. d. tit.* consulentes deportari velit, *l. 3. C. d. tit.* Imò optimæ ut mentis, judiciique sint dicendi, qui ad pœnam capitalem sufficere judicant, cum dæmone pactum inisse, eiq; , Deo suo deserto, adhærere, juxta illud *Exodi* 66 *20. Maleficos non patieris vivere.* * Etsi non tam noceant interdum, quàm proficiant hominibus, avertendo ab iis mala per caracteres incognitos, signa Crucis, reliquias Sanctorum, imagines cereas, scedulas, quibus ignota verba continentur & sacra etiam commiscentur; quæ & similia adhibentur ut signa, ex quibus effectus producuntur, nec naturales, quia naturaliter talia signa nihil operantur, nec supernaturales, cùm vanitatem potius sapiant quàm pietatem, ut à dæmone potius sint dicendi procurati, quæ res spectat ad magiam sanitatis effectricem. Nihil obstat *l. 4. Cod. d. tit.* quæ tantùm eos vult puniri, qui scientiâ suâ magicâ abutuntur in hominum perniciem, non etiam qui iisdem prosunt; nam ista dispositio sapit paganismum, gravissimèque reprehensa est per Leonem *Imp. Nov. 65.* quâ & hos puniri præcipit tamquam utentes re perniciosâ. Nisi dicamus *d. l. 4.* non tam probare facta magica, quæ sunt hominibus proficua, quàm non punire, quod nec sint contra ju- 67 stitiam, nec publicam quietem turbent. * Ut rectè etiam eos puniendos dixetis, qui ex pacto cum dæmone inito uncti quodam unguento per aëra volitant, & diversa loca brevi spatio transcurrunt, deferunturque ad tripudia corporaliter, ut habere communem opinionem testatur Grilandus *De sortileg. q. 7. n. 7.* Delrio *De magia lib. 2. q. 10. & lib. 5 sect. 16. n. 4. & 5.* qui dicit eam rem etiam confirmatam ipsorum Magorum Magarumque confessionibus, attestationibus, & experientiâ omnium populorum, sæculorumque, ut id negare nihil aliud sit, quàm insanire.

68 Ab aliquibus tamen, qui aliter sentire videntur obtruditur *can. Episcopi* XXVI. *q. 5.* & videtur facessere negotium, quia eo indicatur meras esse delusiones dæmonum & phantasmata, cùm seductæ mulieres credunt se cum Diana equitare super bestiis & intempestæ noctis silentio multa terrarum spatia pertransire. Verùm primò dicendum, istum Canonem esse dubiæ fidei & incertæ auctoritatis, cùm in Concilio ex quo citatur, non inveniatur; traditione tamen antiquâ receptum, quasi foret Concilii Ancirani. Secundò dicendum, in Canone illo non esse sermonem de veris sagis & maleficis, de quibus tractamus, sed de mulieribus quibusdam, quæ credebant aliquam Deam esse Dianam, illi veram potestatem attribuentes, cujus virtute per aëra ferrentur, & ad illius obsequium vocarentur. Idem de Herodiade sentientes, per gravem errorem, quo imbutæ alias imbuebant, qui cùm sit contra fidem, ibidem damnatur. Ut non possit dictus Canon pro iis facere, qui realiter istam translationem corporum fieri negant, & ideò sagas maleficasque puniri nolunt sed dimittunt, contra sacram Scripturam, quæ vult maleficos occidi. Quamvis non sit negandum istis mulierculis non rarò per dæmonem illudi, dum putant se per aëra ferri; conviviis interesse, cùm tamen quietè in cubili jaceant, uti docuit experientia, quæ & docet, eam vim esse dæmoni, quâ de loco ad locum homines realiter transferat, ut videre est ex Matth. c. 4. & ex Simone Mago, qui operâ dæmoniorum sursum elatus, desertus eorum ope, jussu Apostolico in terram decidit, ruptis membris.

Ut sit dignissimus morte, quisquis, Deo suo relicto, hâc arte imbutus est, etsi nullum hominem occiderit, juxta legem divinam, *Levit. 20. Vir sive mulier in quibus divinatorius fuerit spiritus, morte moriantur.* * Quâ & pœnâ digni Mathematici, non 69 ti, qui Geometriam, Arithmeticam, Musicam, Astronomiam, artes liberales profitentur, sed qui talium artium prætextu ineptias suas adumbrantes, profitentur se facta cujusque nosse, & natalitias siderum observationes. Cujus generis sunt Chaldæi, Genethliaci, Harioli, Haruspices, somniorum interpretes, similesq; impostores, de quibus Tacitus *1. Historiar. Genus,* inquit, *hominum potentibus infidum, sperantibus fallax, quod in civitate nostra & vetabitur semper, & retinebitur.* Ad hæc ut damnabilis, aliorumque vitæ insidias ponens interdicta est, *l. 2. C. De malef. & mathemat.* & consulere eam profitentes prohibitum, proposito ipsis maleficis (ita dictis vulgò ob facinorum magnitudinem) capitis supplicio, *l. 5. C. d. t.* Prohibitum etiam eorum habere libros, qui meritò igne sunt concremandi.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 8. Ad L. Corneliam de Sicariis & veneficiis.

A *D n.VII.* Qui per lasciviam causam mortis præbuit (puta per jocum, oder wenn ihrn etliche mit einander schertzen) non ordinaria, sed temporali tantummodo exilio punitur *per l. 4. §. 1. h. t. Besold, in thes. pract. verb.* Todtschlag. ubi multa habet de hac materia.

Ad n. IX. Medicus & chirurgus, artis suæ peritiam professus, si culpa ejus quis pereat, legis Corneliæ reus est, *arg. tot. tit. quod qu. Iurisf. &c. Hippol. in l. 7. h. t.* Gomez *c. 3. n. 6.* puniendus tamen est non corporaliter sed arbitrarie, nisi malitiosè ægrotum destituerit, aut dolus ejus arguatur. P. H. O. *art 134.* Damh. *prax. crim. cap. 77. 23. & 28.* Gail. *2. Obs. 111. n. 26. & 27.*

Ad n. LXIV. LXV. & seqq. Ex constitutione Carolina art. 44. apparet, quænam sint præcipua indicia, incantationis, und der Zauberey: nempè I. Si aliquis magicam artem, docere alium seriò intendat. II. Si quis minatus sit, alicui maleficium inferre, & secutus sit effectus *Iul. Clar. lib. 5. sentent. §. fin. quæst. 21. n. 37.* Menoch. *lib. 1. de præsumpt. q. 89. n. 60.* III. Si diffamata venefica nata sit ex parentibus veneficis & magis, Si enim mater est Saga, plerumque etiam est filia, secundum tritum & quotidianum proverbium: Der Apffel fält nicht weit vom Stam. IV. Si Sagæ instructæ sint bufonibus, hostiis, membris humanis, Imaginibus cereis, & acubus transfixis. V. Si inimicum suum tangere videatur, atque ille repentè mortuus concidat, aut elephantiasi, membrorum distorsione, apoplexia, subitovè morbo corripiatur *Bodin. de magorum Dæmonum lib. 4. c. 2.* VI. Si maga Dæmonem invocet, cum da mone loquatur, & ille, quamvis non cernatur, respondeat. VII. Si mulier quædam, quæ pro venefica habita fuit, vesperi incuberit suo lecto, sed noctu foribus occlusis, momento abesse cœperit, ac postea ostio adhuc clauso, in cubile suum reversa probetur. VIII. Si in cista fœminæ cujusdam, de maleficio suspectæ, reperirentur instrumenta mutuæ obligationis, inter lamiam & diabolum contractæ, IX. Si Saga suspectam curationem afflicto polliceatur &c. Hæc & alia huc pertinentia *vid. ap.* Besold. *in thes. pract. verb.* Hexen/Unholden. *Ubi etiam habet* die Fragstück/ so der en Hexen pflegen vorgehalten zu werden. *adde Wesen. in Obs. pract. verb.* Anzeigung *pag. 34. & 393.*

TITVLVS IX.

Ad Legem Pompejam de Parricidiis

SVMMARIVM.

1. *Parricidium unde dictum, & quid?*
2. *Pœna est eadem qua L. Corn. de sicariis.*
3. *Pœna culei ex more majorum ante Leg. Pompeiam.*
4. *A pœna parricidii qui excusent.*
5. *Parricidarum nomine veniunt & parentes, qui liberos occiderunt.*

1 GRavior homicidii species est Parricidium; quod verbum etsi Festus Pompejus à paris hominis occisione dictum velit, secundùm legem Numæ Pompilii, *Si quis hominem liberum morti dedit parricida esto*, propriè tamen à cæde parentum dictum, designans eum, qui patrem aut matrem occidit, *§. alia deinde Inst. De publ. jud.* quod scelus velut incredibile, & ultra audaciam positum, maluerunt veteres, viri prudentissimi & rerum naturæ peritissimi, præterire, quàm vindicare, ne non tam prohibere viderentur, quàm ostendere, posse fieri, quod antè factum non erat, ut pulchrè ostendit Cicero in *Orat. pro Roscio Amerino.* Quia tamen nihil tam sanctum quod non aliquādo violet audacia, excogitatum fuit in parricidas singulare supplicium, ut illos, quos naturæ honestas in officio retinere non posset, pœnæ magnitudo à malè faciendo submoveret. 2 Et primò quidem eadem parricidis proposita pœna fuit, quæ sicariis, non tantùm si facin' peregissent, verùm etsi ten-

tentassent tantum *l. 1. in fine h. t.* Imò & conscii, si cooperati essent, ea pœnâ tenebantur, *l. 2.* & *l. 7. h. t.* Frater quoque ex eo solo, quòd conscius esset, sine cooperatione veneni à fratre præparati in partem, relegatus dicitur *d. l. 2.* † Posteà placuit damnatis cæsis sanguineis virgis caput & os obvolvi, tum culeo, id est sacco coriaceo insutos cum feris animalibus, gallo gallinaceo, cane, viperâ & simiâ in proximum flumen aut mare projici, alioquin bestiis objici, *l. pen. h. t. l. 1. C. De his qui parentes occid.* Dignum portentum atque monstrum, quod inter ferales angustias comprehensum, vivum elementorum usu carere incipiat, cui superstiti cœlum, mortuo terra auferatur, cùm sub humana specie atque figura immanitate vincat bestias, ut propter quos hanc suavissimam lucem aspexit, eos eadem indignissimè privet. Quæ culei pœna primò constituta fuit in violatores religionis, ut constat ex Valerio Maximo *lib. 1. cap. 1. Exemplo 13.* † Excusabit tamen furor, qui aufert animum sine quo crimen non committitur, *l. penult. in fine h. t.* Excusabit & causa, veluti si quis patrem perduellem, qui aliàs ab incœpto dimoveri non poterat, occiderit, qualem & præmio dignum judicat J. C. in *l. Minimè 7. sup. De relig. & sumptib. fun.* patriæ enim salus patris saluti est anteponenda, ut ait Cicero 3. *Offic.* Parentis nomine non tantùm venit pater, mater, verùm & avus, avia & deinceps, §. *alia deinde Institut. De publ. judic.* † Veniunt & parricidæ nomine parentes, qui liberos occiderunt, quos & similis pœna tenet, *l. 1. C. h. t.* nisi causa eos excuset, de qua jam dictum. Non excusabitur autem ex eo parens, quòd filium in venatione occiderit, qui novercam adulterabat, cùm latronis magis quàm patris jure eum interfecerit, *l. 5. h. t.* facit tamen causa minui pœnam. Liberorum nomine venit non tantùm filius, filia, verùm & nepotes, neptes. *l. In fine h. t.* Parricidii nomine latiùs sumpto venit & cædes fratris, patrui, cognatorum, verùm ea non vindicatur hâc lege Pompejâ, sed Corneliâ de sicariis, *l. pen. §. 2. h. t.*

* * *

TITULUS X.

Ad L. Corneliam de falsis & de S. C. Liboniano.

SUMMARIUM.

1. *Lex Corn. de testamentis falsò conscriptis.*
2. *Eadem posteà extensa ad alia falsitatis genera.*
3. *Pœna falsi, & quasi falsi.*
4. *Pœna Clerici falsantis litteras Apostolicas.*
5. *Pœna amissionis bonorum remissa à Justiniano.*
6. *Partus suppositio ejusque pœna.*
7. *In muliere an & quo modo capitalis?*
8. *Accusatio hujus criminis an perpetua.*
9. *Mutantes nomen aut cognomen dolosè falsi pœnâ coërcentur.*
10. *Item fingentes alicujus personam.*
11. *Et falsos sibi parentes fingentes.*
12. *Falsam item monetam cudentes.*
13. *Licet justi ponderis & materiæ.*
14. *Pecuniam talem exponentes qualiter puniantur.*
15. *An & in arca habentes.*
16. *S. C. Liboniani origo & auctor.*
17. *Factum hoc S. C. adversus adscribentes sibi in testamento.*
18. *Adscripsisse sibi quis dicatur.*
19. *Cessat S. C si quis adscripserit extraneo.*
20. *Si testator confirmaverit adscriptum.*
21. *Si quis veniam à Principe impetraverit.*
22. *Cessat & in testamento nuncupativo.*
23. *Item testamento scripto ab hærede, qui illud Notario tradiderit prælegendum.*
24. *Denique in dictante sibi legatum.*
25. *Quid hodie obtineat.*

1 Duæ hujus Rubricæ sunt partes. Prima *De falsis.* Falsum est veritatis immutatio, *Nov. De instrumen. cautela 73. in princ.* sive quidquid à veritate est alienum pro vero adseveratum. Ad hoc crimen constringendum lata est lex Cornelia de falsis à L. Cornelio Sylla, quæ & Testamentaria dicitur, quòd lata sit de testamentis falsò conscriptis, suppressis, resignatis, recitatis, subjectis, interletis dolo malo, *l. 2. h. t.* Qui adsit oportet, cùm sine dolo non committatur falsum, *l. Nec*

l. Nec exemplum 20. C. *d. t.* quo modo impubes non teneatur hâc lege, *leg. Impuberem* 22. *in princ.* *h. t.* † Postrà Jurisconsultorum interpretationibus, Senatusconsultis & Imp. rescriptis ad alia falsitatis genera extra testamenta commissa lex ista est extensa, *l. Instrumentorum* 26. *h. t.* veluti ad falsitatem commissam circa testationes, circa instruendam advocationem ad obligationem innocentium, renuntiandum vel non renuntiandum testimonium, corruptos Judices, rationes, tabulas, pondera, mensuras, de quibus *l. 1. & passim hoc tit.* Comprehendit & eadem lex gerentes se pro militibus, vel illicitis insignibus utentes, falso diplomate vias commeantes, *l. Eos qui* 27. *in fine h. t.* eamdem rem duobus in solidum diversis contractibus vendentes, *l. Quid duobus* 21 *h. t.* signa adulterina facientes, sculpentes *l. Lege Cornelia* 30. *h. t.* & similia illicita agentes, de quibus *hic & C. eod. tit.*

3 Pœna falsi & quasi falsi est & in servis ultimum supplicium, in liberis deportatio, & bonorum publicatio, *l. 2. §. fin. hoc tit.* falsis constitutionibus nullo auctore usis aquâ & igne interdicitur *l. fin. hoc tit.* facit tamen gravitas criminis graviorem imponi pœnam, veluti si quis testimonio falso, ut quis rei capitalis damnaretur, effecerit, *l. 1. sup. tit. 8. Ad Leg. Corn. de sicar.* 4 | Falsans litteras Apostolicas Clericus ipso jure excommunicatus est, omnibus beneficiis & officiis Ecclesiasticis privatus, tradendus brachio sæculari secundum legitimas sanctiones puniendus eâ pœnâ, quam merentur laici falsantes litteras Principis *cap. Ad falsariorum* 7. *h. t.* quæ videtur pœna mortis, si ita exigat magnitudo delicti, vel deportatio, *l. Ubi falsi* C. *h. tit.* De consuetudine, si non fuerit secutus effectus falsi testimoni dicti in causa capitali, cessat quoque pœna capitalis; ad instar vulnerationis, quæ non secutâ morte non vindicatur pœnâ legis Corneliæ, ut dictum suprà *d. tit. 8.* 5 † Quoad bonorum amissionem non videtur ea esse in usu, & ipse Justinianus videtur eam remisisse *Novell. Ut nulli Iudicum* 134. *§. fin. in fine,* quâ jussit in casibus, quibus proscriptionem bonorum definiebant leges, ob criminis acerbitatem, non cedere judicibus, aut eorum officiis substantiam, nec fisco applicari, sed servari descendentibus, aut ascendentibus, usque ad tertium gradum. Criminis hujus persecutio durat ad annos viginti, *l. Querela* 12. C. *h. t.* quo tempore plerisque aliis criminibus præscribi dictum suprà *tit. 20.*

6 Sunt quædam singulares falsi species, de quibus singulatim et quid addendum. In primis est partûs suppositio, ad cujus accusationem soli admittuntur parentes, aut illi, ad quos res ea pertinet, non quilibet de populo, *l. Lege Cornelia* 30. *h. t.* Hujus, non expectatâ pubertate prolis, mater continuò rea postulari potest, *l 1 C. h. t.* quòd ipsa integrâ fide & majori constantiâ causam defensura putetur, recenti partus tempore; quamvis aliàs, si pupilli status in dubium vocetur, quæstio ejus differenda veniat in tempus pubertatis, idque ne pupillo, cujus res agitur, minùs fortè defenso, fiat præjudicium. Qui metus cùm hic absit, matre, cujus causa vertitur, & factum arguitur, reâ postulatâ, procedet cognitio, & post eventum cognitionis, si suppositum partum apparuerit, actiones puero denegandæ erunt, *l. 1. §. fin. sup. De Carbon. edicto.* Nihil obstante regulâ juris, quòd res inter alios acta aliis non præjudicet; nam ea patitur exceptionem, quando jus, quo quis uti vult, ex persona alterius est omninò eversum, secundùm ea, quæ traduntur ad *l. Sæpè* 63 *sup. De re judic.* Est autem omninò eversum in casu præsenti, siquidem ex facto matris simulantis prolem natam esse ex defuncto tanquam marito, illud jus ortum erat, quo everso, ut filius non est, ita nec potest illi competere relicta hæreditas.

7 Pœna mulieris convictæ partus suppositi est capitis, secundum *l. 1. C. h. t.* quæ tamen non tam videtur accipienda de morte naturali, quàm potiùs civili, cùm verbum, *capitalis*, in *d. l. 1*, tam designet mortem civilem, quàm naturalem, uti & verba, *periculum capitis*, quib⁹ utitur eadem lex. Unde secundum regulam, quæ pœnalia vult interpretatione mitigari, accipiemus, *d. l. 1.* de morte potiùs civili, juxta superiùs tradita *tit. 2.* Obstetricem, quæ partum alienum attulit, vel supponi fecit, summo supplicio affici placuisse refert Paulus *Sent. lib. 2. t. 24. in fine.* 8 † Volunt autem aliqui partus suppositi accusationem esse perpetuam, per *l. Qui falsam* 1. *in fine. h. t.* quæ habet, nullâ temporis præscriptione depelli posse; verùm & eam concludi spatio viginti annorum videtur veriùs, secundùm tradita suprà *tit. 2.*

9 Continet & falsum mutatio nominis, cognominis, alicujus in detrimentum, sive ratione successionis, sive ratione contractûs, habetque locum falsi pœna, *l. Falsi* 13. *h. t* si subsit dolus, quo cessante nulla est pæna, *l. 1 C. h. t. De mut. nom.* quia nullum est delictum, veluti si quis nomen mutet, aut qualitatem, ad evitandum periculum. 10 † Huc spectat fictio alicujus personæ, cujus rei

rei exempla suppeditat Valerius Max. *lib. 9. cap. 15.* ex qua si sequatur grave damnum, supplicium summum inferri potest. Quò spectat historia Arnoldi du Til, qui Martinum Guar absentem se fingebat ejusque uxore abutebatur, quem detecta impostura Consilium Tolosanum suspendi jussit, & corpus ejus cremari, ut patet ex histo-

11 ria, quam tradit Corasius J. C. † Huc & spectant falsos sibi parentes fingentes, ut in alienam familiam se intrudant in detrimentum alienum. Pœna est ea, quæ falsi, in liberis scilicet deportatio, in servis ultimum supplicium, Paulus *5. Sent. tit. 25. §. qui sibi.*

12 Inter alia, falsi crimen continet mutatio nummorum, qui formâ publica sunt percussi, contra quam lata L. Corn. nummaria, eos constringens, qui nummos adulterinos cudunt, probos vitiant, radunt, tingunt, fingunt. Crimen illud grave est propter maximum detrimentum publicum, unde & gravis pœna proposita *l. Quicumque 8. h. t.* quæ liberos vult ad bestias dari, cum quibus depugnent, servos verò ultimo supplicio affici. Ignis pœna est constituta per *l. 2. C. De falsa moneta.* Prætereà domus ejus, in qua hujusmodi facta arguuntur, fisco addicitur, si dominus in proximo fuerit constitutus, quia præsumitur non ignorare id quod actum, *l. 1. C. d. tit.* Exceptæ tamen viduæ non consciæ, & pupilli, etiam conscii hujus criminis, quorum tutores & curatores pœna manet. Conscio participes deferenti venia datur, *d. l. 1.* Moribus receptum est, ut aqua cum oleo bulliente sive fervente reus suffocetur, bona fisco applicentur. Clarus *§. Falsum. n. 27.* Facit pœnitentia desistentem ab adulterando absolvi, *d. l. Qui falsum 19. h. t.*

13 Quæritur, An pœnam istam mereatur cudens monetam justi ponderis & materiæ? Quod affirmandum, cùm usurpet ea, quæ sunt Principis, seque constituat reum læsæ Majestatis; *Glossa in l. 2. V. obnoxii C. De falsa moneta*, & tradit Menoch. 2. *Arbit. casu 310, n. 15.* Peregrin. *De jure fisci lib. 1. t. 1. n. 25.*

14 Alia quæstio est, An ista pœna teneat exponentes pecuniam adulteratam ab aliis, sine ullo suo concursu? Et videtur saltem cessare pœna ordinaria, quæ tenet adulterantes; quia tamen scienter talem pecuniam exponens non est extra culpam, & prajudicat publico, extraordinaria eum tenet, ut tradit Covar. *De veteris numism. collat. c. 8. n. 4.*

15 Habere pecuniam adulteratam in arca non videtur ponere crimen, res tamen ea periculosa est, nec extra suspicionem adulterationis. Menoch. *d. loco n. 65.* Singulare est hoc in crimine, quòd reus privatus non appellet, *l. 1. Cod. d. tit.* Quod tamen non est passim in usu, cum & in crimine læsæ Majestatis appellatio admittatur.

16 Altera Rubricæ pars est *De Senatusconsulto Liboniano*, quod factum aliqui putant, Anno Libone Consule, sub Hadriano Imp. Rectiùs dixeris factum sub Claudio Tiberio, Coss. Statilio Tauro & Scribonio Libone, unde & Claudianum dicitur, quòd ex Edicto Claudii manarit, *l. Divus 15. h. t. l. 3. C. De his qui sibi adscrib. in testam.* Libonianum verò dictum à Libone Consule ad patres referente. Solebat enim Edicta à Principibus ad Senatum mitti, ut tanti ordinis decreto approbarentur. † Hoc Senatusconsulto

17 pœna legis Corneliæ de falsis constituta est adversus testamentarios, id est ad scribenda testamenta aliena vocatos, qui in iis aut codicillis suâ manu sibi hæreditatem aut legatum adscripsissent, *d. l. 15.* Comitatur hanc pœnam incapacitas capiendi id, quod scriptum, cùm habeatur pro non scripto *l. 1. sup. De his quæ pro non scripto hab.* Incidit in hoc S. C. qui sibi in testamento alterius etiam uxoris adscribit, *l. 4. C. De his qui sibi adscrib.* quales sunt falsarii, si præter voluntatem testatoris; quasi falsarii, si testatoris jussu, *l. 3 C. d. tit.* Cujus ratio est, quod non debuerit testamentarius parere testatori id jubenti, cùm ea res sit prohibita, quia fraudi obnoxia; unde rectius id, quod testamentario relinquitur, scribendum alienâ manu, *d. l. Divus 15. §. fin. h. t.* facit enim vitari fraudis suspicionem. † Adscrip-

18 sisse sibi quis dicitur, non tantùm, qui suâ manu sibi adscripsit, sed & qui per servum & filium honoratur, dictante testatore, sive qui servo aut filio in potestate adscribit, quia videtur sibi adscribere, cùm adscriptum ejus cedat compendio. De filio aut servo adscribente ei, cujus est in potestate, aut ei, qui est in ejusdem potestate, non curat S. C. ut in verba ejus non committatur; facit tamen emolumenti ratio in mentem Senatusconsulti committi, *l. De eo 10. h. t.* Quæ ita se habent, etsi testamentum postea rumpatur, vel ab initio jure non factum, modò voluntas sit perfecta, nam si illa fuerit imperfecta, cessat S. C. *l. 6. h. t.*

19 Fundatur itaque S. C. in falsi suspicione, quòd sibi adscribens compendio suo prospexerit. Unde excusatio datur ab ejus pœna. I. Quando quis adscribit extraneo, ut filio emancipato, aut dato in adoptionem, *l. Impuberem 22. §. sed etsi h. t.* & in adscribente quid filio militi, licet in potestate existenti, propter cessans fundamentum, *l.*

Si pater 11. h. t. Ubi nihil faciet, quod extraneus, cui quid adscriptum, vivo testatore in potestatem testamentarii venerit, *d. l. 10. in fine*, quia principium fuit sine fraude. Servo quoque suo adscribens libertatem fideicommissariam, nec verbis nec mente Senatusconsulti continetur, *d. l. 22. §. penult.* quòd nullum adscribentis vertatur commodum: nisi ideò adscripserit, ut manumittendus servus magno pretio à se redimatur. Idem juris in adscribente servo suo eum liber erit, *d. l. 22. §. si dominus*, & illi, quem bonâ fide possidet, qualis etsi quoad animi cogitationem sit nocens, non tamen affectu, cùm tali servo quæsitum extra operas & rem possessoris non cedat possessori, *d. l. 22. §. & si.* Ex eadem causa exhæredem se scribens voluntate patris, aut sibi adimens legatum, neque verbis S. C. neque mente tenetur, *d. l. 22. §. fin.* uti nec tenetur uxori adscribens hæreditatem, aut legatum *l. Uxori 18. h. t.* Non obstante, quòd reputentur pro una persona maritus & uxor, & hæc in manum viri convenerit, neque enim ideò sibi quærere & habere vetatur, nec testari prohibetur, ut rectè Cujac. *tract. 3. ad African. in fine.* Hinc & matri adscribens filius jussu testatoris est extra S. C. & mater relictum capit, *l. 11. in fine h. t.*

20 II. Excusabit adscriptum a falso confirmatio ipsius testatoris subjecta, quæ & faciet adscriptum capi, *l. 2. C. De his qui sibi adscrib.* Quæ generalis quidem sufficiet in filio & servo proprio, veluti si subscribat testator, *Dictavi & recognovi, d l. 15. §. & quatenus.* In extraneo verò requiritur specialis, scilicet. *Quod illi, Titio vel Mevio, dictavi & recognovi, d. l. 15. §. planè* & *l. 1. §. inter h. t.* Ratio diversitatis est, quòd filium & servum in potestate excuset reverentia & obediendi necessitas, non etiam extraneum.

21 III Dabit veniam indulgentia Principis, quæ facilis est iis, qui jussu testatoris sibi adscripserunt, quos dutum esset teneri, perinde ac si falsum commisissent, quæ indulgentia faciet quidem remitti pœnam, non etiam capi quod adscriptum, *l. pen. & fin. C. d. t. l. 6. §. fin. h. t.* ubi par onus, qui sibi adscripsit testamento liberti, veniâ impetratâ, & legato abstinere jubetur, & emolumento bonorum contra tabulas caret. Cujus posterioris ea est ratio, quod emolumentum bonorum non debeatur, nisi præterito patrono; præteritus autem non habeatur propter adscriptum sibi jussu liberti legatum, cujus approbavit judicium. Non obstat *l. 1. C. d. t.* in qua emancipatus scribens se hæredem jussu patris, cujus erat successor ab intestato, obtinet tamen hæreditatem; nam id ita, quia nullus alius erat scriptus hæres, cui fieret injuria, in dicto verò §. *fin. l. 6. h. t.* alius scriptus erat, cui non est auferendum emolumentum. Hæc ita in testamentis scriptis.

22 Dubitari posset, quid censendum de nuncupativo? Et dicendum, illud esse extra Senatusconsultum, modò maneat in terminis nuncupativi, cùm S. C. tantùm loquatur de adscribente, & sic de scripto, per quod constat per testes. Clarus §. *falsum n. 34.* Quo modo si in scriptum redactum fuerit per Notarium, ut hodie moris est, adscribens sibi in eo Notarius non est immunis à pœna S. C. quòd tunc testamentum probetur instrumento, ut, eâdem concurrente suspicione falsi, habeat locum eadem pœna. Roman. *Cons. 185. nu. 12.* Mantica *De conject. ult. volunt. lib. 1. c. 6. n. 5. & 7.* ubi tradit aliud esse, si post auditos testes testamentum nuncupativum sit redactum in scripturam, quia vis ejus consistit in testibus, non in instrumento. Vide D. Peckium *De test. conjug. lib 3. c. 10.*

23 Quid si hæres totum testamentum suâ quidem manu scripserit, sed Notario tradiderit tamquam rogato prælegendum? Videtur & eo casu cessare dictum S. C. cujus pœna non aliàs locum habet, quàm si testamentum recipiat probationem ab ipsa scriptura, non etiam si aliunde, ut in casu præsenti, Bart. in *l. 1. §. ex illa in fine h. t.* Albericus in *Rub. C. De his qui sibi adscrib. in test am. n. 1.*

24 An dictans sibi legatum alteri scribenti, aut hæreditatem, in S. C. incidat? Videtur hoc negandum, cùm tantum loquatur de adscribente sibi, non etiam de dictante. Quo facit *l. Dictantibus C. De testam.* Quæ admittit dictantibus testamenta quid posse relinqui. Hostiens. in *Summa de crimine falsi n. 5. in fine.* Facit, quòd non sit eadem falsi suspicio in dictante, quæ in scribente, ut cessante causâ cesset & Senatusconsultum.

25 Prudenter Serenissimi Nostri Principes Edicto anni 1611. *art. 14.* vetuerunt Notariis, & iis, qui funguntur Notariorum vice, sibi quid adscribere, aut parentibus suis, usque ad quartum gradum, secundum jus civile computandum.

* * *

ADDI.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 10. Ad L. Corneliam de falsis &c.

AD n.II. De falso commisso circa pondera & mensuras *vid.* Farinac. *quæst. 150. n. 76.* Damhoud. *in praxi crimin. cap. 123. Althus. Dicæol. cap. 104. n. 27.* Anton. Bullæ, *ad art. quæst. crimin. 113. Boss. De extraord. crimin. fol. 362. n. 8.* Menoch. *de arbitr. cas. 317.* Petr. Gregor. *Tholos. in Syntagm. Iur. univers. lib. 36. cap. 1 à numero 8. ad finem usque* Coler. *decis. 179. numero 910. & 911.*

Ad n. IX. An & quando liceat mutare nomen? vid. quæ collegit *Limn. de Iur. Public. lib. 1. cap. 11. n. 53. 57. 58. & seqq.*

Ad n. XII. Hoc crimen triplici modo committitur Primò cudendo falsam monetam, Secundò adulterando seu vitiando materiam monetæ. Tertiò & rodendo seu diminuendo monetam. Quæ divisio habetur in P. H. O. *art. 111. in princ. & ap. Iul. Clar. §. falsum v. dixi etiam 37. in princ.* De adulterantibus autem monetam seu illam falso fabricantibus. eorumq; pœna *vid.* Lud. Peguer. *quæst. crim. 46.* Dan. Moller. *lib. 2. Semestr. cap. 21. Vigel ad constit.* Carol. *cap. 10. Reg. 3. Iul. Clar. dict. vers. dixi etiam ibi falsificans autem &* Franc. Viv. *lib. 1. comm. opin. in verb. Monetam falsam Imperatoris.*

TITVLVS XI.

Ad Legem Juliam repetundarum.

SVMMARIVM.

1. *Hâc lege qui teneantur.*
2. *Pœna hujus criminis.*
3. *Quæstio ejusdem etiam adversus hæredem moveri potest.*
4. *Ad Magistratus & honores electi jurare debent se eo nomine nihil dedisse aut daturos.*

1 **L**Ege Juliâ repetundarum, ita dicta à repetundis pecuniis malo more acceptis cautum est, ut Magistratus ab omni fordе abstineant, id est avarè nihil faciant, pertineique ad eas pecunias, quas quis in Magistratu, potestate, curatione, legatione, vel quo alio officio, munere, ministeriove publico, cepit, coëgit, ad judicandum arbitriumvè dicendum, vel testimonium dandum aut denegandum, accusandum aut desistendum, damnandum, vel absolvendum, conjiciendum in vincula, aut dimittendum in iis, & in summa ad agendum quid vel non agendum contrà, quàm officii cura exigit, *l. 6. & 7. h. t. l. 4. & 5. C. eod.* quæ agunt de concussione Magistratuum spoliantium provincias.

2 Pœna est quadruplum pecuniarum exactarum, *l. 1. C. h. t.* sive per se, sive per ministros & comites *l. 1. & 5. h. t.* Donatum Proconsuli aut Prætori contra hanc legem usucapi nequit, venditiones locationesve pluris minorisve factæ irritæ sunt, *l. pen. hoc tit.* Interdum pro qualitate delicti reus extra ordinem punitur, & duriùs, *l. 7. in fine h. t.* Movetur & adversus dantem *l. fin. C. h. t.* nam & dare hunc in finem turpe est. * Movetur etiam

3 post mortem rei contra hæredem intra annum, *l. 2. h. t.* cùm principalis quæstio super pecunia turpiter quæsita moveatur, & turpe lucrum sit hæredi extorquendum, *l. fin. inf. tit. 3.*

4 Ut verò ad Magistratus & provincias ii promoveantur, qui ad honorum insignia non ambitione vel pretio, sed probatæ vitæ titulo adspirant, constitutum *l. fin. C. h. t.* ut ad honores electi jurato deponant, se pro administrationibus sortiendis nihil umquàm dedisse, nec daturos. Movetur autem hoc crimen demùm post depositam administrationem, *l. Nec magistratibus 32. sup. De injur.* Excepto casu *d. l. fin. C. h. t.* scilicet, si Præsides provinciarum judicia habeant venalia quasi litium mercatores.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 11. Ad L. Juliam repetundarum.

[1] AN officialis, qui fatetur, se pecuniam à subditis, sed honorarii loco accepisse, criminis repetundarum convictus: & qua pœna afficiendus sit? *vid.* Voltz, *in tract. de inquisit. consil.* 1. Coppen, 2. *obs.* 137.

TITVLVS XII.

Ad L. Juliam de annona.

SUMMARIUM.

1. *Hac lege tenentur flagellatores & corruptores annonæ.*
2. *Monopolia exerceri prohibentur.*

HOc crimine tenentur, qui frumenti alteriusve [2] rei ad annonam spectantis emptionem-venditionem cariorem reddunt, quales dicuntur vexare, flagellare, fraudare annonam, *l. 1. h. t.* Quo & spectant corruptam annonam vendentes, *l. 1. Cod. De canone frumentario lib. 11.* naves, quibus advehitur annona, vel nautas retinentes *l. 2. §. 1. h. t.* Pœna est aureorum viginti, *d. l. 2.* Huc etiam spectant societatem coeuntes, quo annona fiat carior, *d. l. 2. h. tit.* * Vnde & vetita monopolia, [2] quibus certarum rerum venditionem ad usum quotidianum maximè spectantium unus vel aliqui sibi adrogant, alios impedientes; spectat & eodem conventio, qua mercatores quidam per conspirationem nolunt vendere intra certum tempus, aut non minoris, quam certo pretio, quæ res prohibita sub pœna publicationis bonorum & exilii, *leg. unica Cod. De monopol.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 12. Ad L. Juliam de annona.

AD n. I. De annonæ flagellatoribus eorumque pœnis, remediis contra annonæ caritatem & aliis ad hanc materiam pertinentibus *vid.* Herm. Lather. *de cens. lib. 3. c. 7.* Petr. Gregor. Tholosan. *in Syntagm. l. 36. cap. 30.* Vigel. *in M. I. R. lib 3. cap. 10. reg. 106. fol. 668.*

Ad n. II. Monopolii crimen quid sit? Et quibus in casibus committatur? tradit Menoch. *de arbitr. Iudic. quæst. lib. 2. cas. 569. per tot.* ubi etiam tractat, an monopolii crimen committant ii, qui in præjudicium certorum subditorum vel hominum de universitate aliquid constituunt, vel in vini venditione, vel in aliis rebus. Adde Cocher. *decis. 67.* & Roland. à Vall. *vol. 2. consil. 22.* Besold. *in thes. pract. verb.* Vorkauff.

TITV-

TITVLVS XIII.

Ad L. Iuliam peculatus, & de sacrilegis & de residuis.

SVMMARIVM.

1. *Peculatus quid & qui hac lege teneantur.*
2. *Pœna hujus criminis.*
3. *Extinguitur quinquennio.*
4. *Sacrilegii crimine qui teneantur.*
5. *Pœna sacrilegorum.*
6. *Sacrilegio adscribitur violatio legis Dei, Principum &c.*
7. *Res etiam profana è loco sacro ablatio.*
8. *Item fornicatio in loco sacro.*
9. *An & violatio castitatis à sacris initiatis?*
10. *Lege Iuliâ de residuis qui teneantur.*
11. *In quo differat hoc crimen à peculatu.*

1 TRia crimina, quæ lex Iulia prosequitur, hæc Rubrica continet. * Primum est Peculatus, cujus nomen inductum a Peculio, ut tradit Festus, uti & ipsa pecunia ab eo dicta. Est furtum pecuniæ publicæ, non ab eo factum, cujus ea periculo est, *l. 9. §. 2. h. t.* Vt hac lege teneantur, qui fraudem ærario faciunt, pecuniam publicam auferunt, intercipiunt, in rem suam vertunt, aut faciunt, ut quis auferat, intercipiat, in rem suam vertat, *l. 1. h. t.* Tenetur & hac lege pecuniam publicam retinens in usus aliquos, nec in eos erogans, *d. l. 9. §. eum.* Item ille, qui in tabulis publicis minorem pecuniam, quam quid venierit, aut locarit, scripserit, aliudve quid simile commiserit, *l. Hac lege 10. h. t.* Alios modos videre est in textu. Non tantum qui pecuniam publicam acceperunt, hac lege tenentur, sed & qui privatam exegerunt à fisci debitoribus, simulantes se fisci creditores, *d. l. 9. §. eodem capite*; ut, si veri fuerint creditores, non teneantur hac lege, *l. Peculatus 12. h. t.* quòd causam habeant exactæ pecuniæ.

2 Pœna est deportatio, *l. 3. h. t.* quæ augetur in Magistratibus & ministris eorum, eisq; qui subtractas ab his pecunias scienter susceperunt, quibus est capitalis, mors scilicet naturalis, *l. 1. C. De crim. pecul.* nam morte civili afficiuntur qui minus delinquunt. * Extinguitur hoc crimen quinquennio, *l. 7. h. t.* non & morte rei, quod & moveatur contra hæredem, quia in eo principalis quæstio pecuniæ movetur, *l. fin. h. t.* quàm iniquum hæredi cedere lucro.

3

Sub peculatus crimine continetur & furtum pecuniæ sacræ & religiosæ, *l. 4. in pr. h. t.* quæ species venit nomine Sacrilegii, de quo secundâ Rubricæ parte agitur. * Tenentur isto crimine qui sacra publica aut privata compilant, rem sacram è loco sacro subtrahunt, donaria Dei auferunt, ædiculas incustoditas tentant, templa effringunt, *l. 4. 6. 9. h. t.* * Pœna est capitalis, id est mors naturalis in gravioribus, ut patet ex *d. l. 6. h. t.* ubi J. C. vult moderari pœnam, pro qualitate personæ, conditione rei, temporis, ætatis, sexus; vel severiorem statuendam damnando scilicet ad bestias, comburendo vivos, furcâ suspendendo; vel mitiorem, tantùm deportando. 4 5

6 Adscribitur & sacrilegio, violare legem Dei *l. 1. C. De crim. sacril.* statuta Principum, *l. fin. C. De privil. eor. qui in sacro palat. milit. lib. 12.* fugientem ad Ecclesiam propria auctoritate abstrahere, *l. 2. C. De crim. sacril.* Habetur & instar sacrilegii, revocare in dubium qualitatem electi per Principem ad aliquam dignitatem, *l. 3. C. d. t.* Uti nec dicitur vacare hoc crimine, officium administrationis assumens in ea provincia, in qua quis est provincialis, & civis, *l. 4. h. t.* Cujus ratio in eo est, ut sanctiùs æquiusque jura dicantur, non corrupta cognatorum & affinium favore. Verùm id ipsum hodie nullibi observatur, imò multorum locorum legibus externi ab officiis arcentur.

7 Jure Canonico non tantum sacrilegio adscribitur rem sacram è loco sacro auferre, sed & privatam & profanam loco sacro commendatam, propter injuriam loco illatam, uti & rem sacram auferre è loco non sacro, propter rei injuriam, *can. Quisquis XVII. q. 4* cùm jure civili rei privatæ in templo depositæ ablatio ad furtum pertineat, *l. 5. h. t.* * Adnumeratur & isto jure sacrilegio fornicatio in loco sacro commissa, cujus intrinsecam continet irreverentiam, ut meritò tali actu dicatur pollui, *c. fin.* ☩ *De consecrat. Eccles.* Uti & copula habita inter conjuges, nam & hæc continet virtualem contemptum loci sacri, nisi excuset necessitas, qua de re agitur ☩ *d. tit.* Committitur & sacrilegium inter personas sacras, quales facit ordinatio, status Religiosus, *can. Duo sunt XII. q. 1.* quod contingit per injectionem violentæ manus. 8

9 An autem violatio castitatis ab eo, qui initiatus sacro ordine, aut Religionem professus, ponat sacrilegium, dubitatum est? Et quamvis aliqui velint induci per eam tantum quamdam perfidiam

diam erga Deum, ratione voti violati, est tamen non improbabile, eam etiam continere specialem malitiam sacrilegii, propter violatam Religionem, quæ est res sacra. Vnde rectè in *can. De iis dist. 28.* desumpto ex Conc. Toletano, 2. ad terrenas nuptias aut furtivos concubitus recurrentes tamquam rei sacrilegii ab Ecclesia habendi extranei. Vt rejicienda veniat eorum opinio, qui fornicationem Sacerdotis aut Religiosi negant addere circumstantiam specie diversam à fornicatione simplici, cùm ultra eam virtuti temperantiæ adversam, delinquatur in Religionem, & votum castitatis. Vnde virgo professa, si violari se permiserit, non satisfaciet, confitendo se violasse virginitatem, verùm debebit exprimere se professam; & Religiosus Sacerdos dicendus, propter commissam luxuriem, duplex admisisse sacrilegium, alterum contra sanctitatem ordinis habentis annexam obligationem continentiæ, alterum contra sanctitatem procedentem ex voto castitatis: quamvis aliqui tantùm ponant simplex sacrilegium, eo quod illæ duæ obligationes sint ejusdem ordinis, vel potiùs non sint nisi una obligatio ad castitatem. Vbi etiam rejicienda venit opinio, ut valde erronea, eorum, qui volunt præceptum Ecclesiasticum obligans ordine initiatos ad continentiam, tantùm eos arcere à matrimonio, non etiam ab alio concubitu, cùm præceptum Ecclesiæ sit de servanda castitate, atque ita removeat omnem actum ei contrarium, ut satis patet ex *d. can. De iis*, qui non tantum recurrentes ad terrenas nuptias, verùm & ad alios furtivos concubitus vult haberi extraneos ab Ecclesia. Quò facit, quòd Justinianus in *l. Sacris 45. C. De Episc. & Cleric.* improbet in ordinatis non tantum nuptias, sed & alios quosvis concubitus, eosque damnet ut illicitos, velitque reos ea de causa sacerdotio, divino ministerio, & omni dignitate nudari.

10 Tertiâ Rubricæ parte agitur de Residuis, quo crimine tenetur Magistratus, qui pecuniam delegatam in usum aliquem retinuit, neque in eum insumpsit aut erogavit, *l. 2. h. t.* Ille etiam, penes quem ex locatione, emptione, alimentaria ratione, aliâve causâ pecunia publica resedit, *l. 4. §. lex Iulia h. t.* si eam ad ærarium non est professus, aut si professus quidem, ultra annum tamen penes se retinuit, voluit enim & eam esse residuam lex Julia *l. 9. §. fin. h. t.* Pœna est, ut damnatus tertiâ parte amplius quàm debet fisco inferat. *d. l. 4. §. qua lege*, hoc est, id quod debet inferat, & insuper tertiam partem debitæ quantitatis superaddat. Movetur hoc crimen etiam contra hæredem, in quo convenit cum peculatu, ex eadem ratione, *l. fin. h. t.* 11 * A qua tamen in eo discordat, quod peculatus crimen eum teneat, ad quem non spectat periculum pecuniæ *d. l. 9. §. 1.* de residuis verò eum, quem gravat periculum pecuniæ: unde & levior huic proposita pœna, quia minus est sibi commissâ abuti, quàm alienam subripere.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 13. Ad L. Iuliam peculatus & de Sacrilegiis, & de residuis.

AD *n. I. & II.* De crimine peculatus & de residuis, itemque de iis, qui res administrationi & fidei suæ commissas & creditas, negligunt, vel dolosè intercipiunt, & in utilitatem propriam convertunt: Et quomodo puniantur? *vid.* Berlich. *part. 5. concl. 57. per tot.* Coppen. 2. *obs. 134.* Gilhaus. *in arb. crim. cap. 2. tit. 28.*

Ad n. IV. Quomodo Sacrilegium jure civili, quomodo idem jure Pontificio definiatur? *vid.* Speckh. *cent. 1. quæst. 83.* Gilhaus. *in arb. crimin. c. 2. tit. 28 fol. 135. n. 2. & seqq.*

Ad n. V. De pœna sacrilegorum *vid.* Boër. *de furt. cap. 2. fol. 93. & n. 34.* ubi de circumstantiis considerandis in hoc crimine commisso. adde Mevger. *consil. crimin. 2. n. 14. & seqq.*

An malefactores & sacrilegi cujusdam loci Ecclesiastici vel Monasterii, sint coram judice Ecclesiastico vel sæculari conveniendi, *vid.* Mart. Vran. *tom. 2. consil. 28.*

TITV-

TITVLVS. XIV.

Ad Legem Juliam ambitus.

SVMMARIVM.

1. *Ambitus quid.*
2. *Ambitus quo modo fiat, & criminis hujus gravitas.*
3. *L. Iulia de ambitu cur dicatur cessare in Vrbe, non etiam in muncipiis.*
4. *Promittere pro suffragio an & quatenus liceat.*
5. *Pœna ambitus.*
6. *Simonia divisio, materia, pœna.*
7. *Ingressus in Religionem pretio mediante an ponat simoniam?*
8. *Restrictio subintellecta, si liberaliter detur, an salvet simoniam.*
9. *Consuetudo an simoniam purget?*
10. *Pro alimentis ingressi licita est exactio.*

1 Vindicat & L. Julia crimen ambitus, quod olim in Urbe frequens fuit, quando populi suffragiis Sacerdotia & Magistratus deferebantur. † Nomen trahit ab Ambiendo, id est circumeundo, unde Ambitum Varro describit, quòd circumeundo teritur. Ratio nominis est, quòd solerent adspirantes ad Magistratum in toga candida (unde Candidati dicti) circumire populum, & prehensare singulos, eorum animos captan-2 tes. † Quod palam si fieret, non habitum vitio; nam quod palam fit, caret suspicione doli & criminis, *L. fin. sup. De ritu nuptiar.* in quam rem plura collegit Menoch. *Arbitr. 2. casu 244.* Clam verò collectis suffragiis, aut per se, aut per alium ambire, in magno semper habitum crimine. Et meritò, quod ea res Reipub. sit noxia, cui regendæ hâc via non qnos vita probs, virtus, innocentia commendant, præficiuntur, sed qui privata licitatione superant, non bono publico, sed qui privato tantum intento, sive collatores, sive eos, quibus dignitas confertur, respicias. Illi enim non personæ meritis inclinantur, sed pecuniarum largitione; neque enim venditor curæ habet, quo bono re emptâ usus sit emptor, sed quantum pretii largiatur. Hi non alium in finem tendunt, quàm ut quod emerunt, vendant, quandoquidem ea, quæ emeris, vendere jus gentium permittat, secundùm Senecam. Vt contingat omnium rerum ignaris, non solùm legum & sacrosanctæ Jurisprudentiæ inexpertis, sed & artium humanarum & omnis honestatis vacuis, committi officia & dignitates, quibus convenit illud Juvenalis, *Sat. 7. v. 157.*

———— quod lava in parte mamilla
Nil salit Arcadico juveni. ————

Qui à loco honorem petunt, non etiam, uti oportuit, loco honorem adjiciunt; hoc solo digni, quòd honores & munera publica benè meritis præripiant, pro innocentia quæstum, pro virtute divitias, pro sapientia aurum ostentantes, Rempubl. pessumdaturi. Cujus felicitatem frustrà speramus, in qua regnat hoc ambitionis vitium, quod eò homines adigit, ut salutis suæ immemores quidvis non formident, ut obtineant quod petunt, quibus unicum istud votum cordi, da mihi fallere.

———— da justum sanctumque videri,
Noctem peccatis, & fraudibus objice nubem.

Miseri, quibus noxæ loco nihil habetur, cujus tantùm conscium est numen. Ut Cicero 1. *Offic.* miserrimam honorum ambitionem appellet, avaritiæ quippe nutricem, cultorem sui, per indigna ad dignitates ducentem, noxiam & perniciosam illi ipsi, cui cœpit adlubescere, quæ semper reddit pavidum, semper attentum, ne dicat, quod displiceat. Facit humilitatem simulare, honestatem mentiri, comitatem exhibere, amicitias & amorem fingere, subsequi & obsequi, cunctos honorare, universis inclinari, assurgere & amplexari, applaudere & adulari, &, ut verbo dicam, aliud pectore clausum habere, aliud in lingua paratum, magisque vultum quàm ingenium bonum habere; ut meritò cuivis bono hæc pestis sit fugienda.

3 In urbe legem Juliam cessare tradit Modestinus in *l. 1. hoc tit.* non quod lex ista sit abrogata, sed quod ejus utendæ occasio sit sublata, creatione Magistratuum ad Principem pertinente, cui cordi summa lex patriæ salus, unicum studium, viros integræ vitæ & mentis ad administrationem promovendo, Reip. consulere. In municipiis istud vitium obtinere colligere est ex eadem *l. 1.* in quibus plebeiorum suffragiis honores & sacerdotia dantur, ad populi favorem munera distribuuntur, non rarò sine largitionum corruptela, quam non alio in populo obtinere tradit

S. Augustinus *lib.* 1. *De Civit. Dei c.* 31. quam avaritiâ luxuriâque corrupto. Leges istam pestem improbant, & fine largitionibus munera, honores volunt conferri benè merentibus, non etiam plus offerentibus. Et rectè Impp. in *l. fin. Cod. Ad l. Iul. repetund.* volunt electos ad honores juratò deponere, se nihil dedisse, neque daturos pro administratione, quam sortiti. Quo eodem juramento & gravant eos, qui administrationes conferunt. Non rectè quis objecerit *l.* 2. 6. 9. *inf. De pollicitat.* ubi ob honorem decretum aut decernendum pollicitatio facta tenet; nam illa nihil mali moris continet, cum concernat gratiam populi, non etiam privatorum, qua de re infrà *d. tit. De pollicitat.*

4 Non rectè etiam objeceris *l. unic. Cod. De suffrag.* quæ permittit promissum pro suffragio, id est auxilio aut intercessione apud Principem impetrandi alicujus gratiâ, ut rectè contra Accursium interpretatur Alciatus 2. *Paradox. cap.* 14. permittit, inquam, promissum exigi, & solutum retineri; quæ res ab ambitu neutiquam aliena, cum contineat flagitiosam turpis aucupii nundinationem, per quam sæpè non tam meritis defertur honos, quàm favori eorum, qui importunè sollicitant aliis honores & officia. Nam quod ad istam rem attinet, olim ante dictam legem unicam soluti nomine istius suffragii repetitio erat. Postea in gratiam aulicorum lex ista edita, unde & Aulica dicta est, auctore, ut apparet, Rufinio, ad quem missa, legum & judiciorum venditore improbissimo, & à Triboniano (homine à fide Christiana, simul omni recto alienissimo, ita avaritiæ morbo laborante, ut jus ipsum pro mercali quasi habuerit, & leges velut quæstuarias prostituerit) in Codicem Justinianeum relata, quam aliqui melioris cerebri mallent omissam, ex dicta ratione. Posset & dici *d. l. unica* tantum esse locum in iis, quæ pendet à mera Principis liberalitate, in faciendo scilicet alicui reo alicujus criminis gratiam aut veniam non etiam in causis justitiæ aut administrationis. Quo facit *Nov.* 8. *c.* 1. ubi Justinianus administrationem vult dari sine suffragiis.

5 Variis legibus hoc vitium improbatum & damnatum fuisse patet ex historiis. Ejus pœnam olim fuisse deportationem ad viginti annos quidam tradit: sed malè, cùm deportatio non fuerit temporalis, ut dicetur intrà *Tit.* 22. Hodie est proposita pœna centum aureorum & infamiæ, *l.* 1. §. 1. *h. t.* Gravior pœna est iis, qui ante redditas rationes ad officium Numerarii, Commentariensis, Principatus, aut aliud, quod militiæ vel beneficii loco est, irrepserint; jubentur enim deportari, nihil excusante rescripto Principali, *l.* 1. *C h. t.*

6 Vicina est huic crimini Simonia, vitium adeò execrabile, ut nullum malum eo detestabilius esse dicat Alexander *in Can. Ex multis* 1. *q.* 3. & Paschalis, omnia alia crimina ad comparationem simoniacæ pravitatis quasi pro nihilo reputari, *c. per tuas* 32. ꝟ *De simonia.* Ratio est, quod per istud crimen dona spiritus sancti vili pretio æstimentur. Quod aliud est à Manu, aliud à Lingua, aliud ab Obsequio: est enim studiosa voluntas emendi vel vendendi aliquid spirituale, vel ei annexum. Ejus materia sunt Sacramenta, sepulturæ, beneficia, & res aliæ sacræ, ut patet ex iis, quæ habentur & traduntur ꝟ *De simonia & aliis locis*; ubi variæ ponuntur contra Simoniacos pœnæ, non tantùm eos, qui reverà temporale dederunt pro spirituali, sed & qui tantum promiserunt, etsi non dederint, nec sint daturi, ut patet ex *c. Nobis* 27. *& c. penult.* ꝟ *De simonia*: & facit ratio, quòd qui mediâ promissione rei temporalis sunt secuti rem spiritualem, non possint dici habere eam gratis, sed ratione temporalis pretii promissi.

7 Ponit & ejus materiam ingressus in Religionem, nam & ille pretio impetratus simoniacâ labe inficit tum impetrantes, tum admittentes, qua de re ut aliquid dicamus, facit occasio nuper oblata; & probatu facilè est per plura loca ꝟ *De simonia, c. Non satis* 8. quo distinctè prohibetur, ne ab ingrediente requiratur pecunia: *c. Veniens* 19. *c. De regularibus* 25. *c. Dilectis* 30. quæ loca volunt receptas in Monasteriis, dato pretio, ut simoniacas ex iis amovendas esse. Idem habet *can. Nullus* 1. *q.* 2. *& c.* 1. *Extravag. De simonia*, inhibens quid recipi ab ingredientibus, sive maribus sive fœminis ante & post admissionem. Imò & oblatum & acceptum citra pactum ex solo animi affectu judicatur simoniacum in *c. fin. d. t.* Ut Thesis ista sive propositio non possit negari vera: Pro ingressu in Monasterium pretium dare & accipere non caret labe simoniacâ, contraria verò propositio, labe scilicet istâ carere, & rationi & juris textibus dicenda repugnare.

8 † Quam non salvabit subintellecta restrictio, si liberaliter detur; nam ejusmodi restrictio facit non dari pro ingressu: & deinde facit translatum à thesi in genere proposita ad hypothesin, continentem certum casum, quo quæritur, an datum liberaliter, citra pactum expressum aut taci-

tacitum, contineat labem? quam certum est cessare, cessante causâ labis inductiva, & ita expressum est in *d. Extravag. 1. in fine.* Ut autem restrictio ista expressa salvet hypothesin, non etiam omissa salvabit istam thesin generaliter propositam; nam esset exceptionem ponere loco principalis, quod est contra omnium & Philosophorum & Jurisconsultorum doctrinam. Deinde si cui pro ingenio suo ista propositio placuerit, necesse is habet & has propositiones approbare, & veras admittere, Adulterium non est prohibitum, subaudito casu, quo quis se miscet alienæ mulieri, quam bonâ fide putet suam esse conjugem, *can. In lectum* XXXIV. *q. 1.* Occidere licet, subintelligendo, in necessariam sui defensionem, juxta *l. 3. sup. De just. & jure.* Furtum non est prohibitum scilicet in extrema necessitate. Nam ejusmodi restrictiones expressæ hypothesin quidem probam faciunt, non etiam subintellectæ generalem thesin salvant aut excusant, quæ directò contradicit præceptis Decalogi, *Non mœchaberis, Non occides, Non furtum facies.* Et ita omnes auctores, juxta textus supra allegatos, negant thesin istam, aliquid dari aut accipi licitè pro ingressu.

9 Nec me movet auctoritas viri Clarissimi Ant. Fabri, qui in *Cod. suo De sacros. Eccles. definit. 21.* scribit, moribus receptum esse, ut pro ingressu Monasterii certa pecuniæ quantitas detur; nam dum moribus id receptum tradit; & probat ex subjecta ratione, quòd tolerabilia sint, quæ vetus consuetudo approbavit, *leg. Imperatores in fine inf. De pollicit.* de jure contrarium obtinere fatetur. Rectè tamen quis addubitet super consuetudinis istius justitia & probitate: nam ut consuetudo tolerabilia reddat, quæ jure humano sunt prohibita, negari non potest, non tamen & ea, quæ divino jure improbantur, quo jure pro re spirituali quid dari aut accipi prohibitum. Est autem vel maximè spiritualis ingressus Religionis, tum ex parte principii, quod sine dubio est Spiritus sanctus, tum ex fine proximo, qui est cultus Dei perfectior, & spiritualis profectus ingredientis. Ut ejus nomine exactio pretii non possit consuetudine fieri tolerabilis aut valida, utpote inductiva peccati, ut rectè adserit Guido Papæ *Decis. 80.* citatus ab eodem Fabro *d. loco,*

10 in suæ opinionis comprobationem. † Nisi per circumstantias & adjuncta non tantum auferatur vera malitia, sed & species & suspicio mali purgetur. Quod fiet, si id, quod exigitur, cedat in alimenta ingressi, Monasterio existente paupere, ut non possit plures personas alere, quo casu licitam esse exactionem sentit D. Thomas *2. quæst. 80. art. 3. ad 4.* cujus verba sunt: *Pro ingressu Monasterii non licet aliquid exigere aut accipere quasi pretium; licet tamen, si tenue sit Monasterium, gratis quidem Monasterii ingressum exhiberi sed accipere aliquid pro victu personæ recipiendæ, si Monasterium non sufficiat.* Idem tradit Navarrus *in Tract. De reditib. Eccles. q. 1. Monito fin.* Azorius *Instit. moral. p. 3. lib. 12. cap 16.* & alii passim. Idem dicendum de alia simili circumstantia & conditione, quæ exactionem à pravitate excusat, & extra scandalum ponit, qualem dari posse patet ex Tridentino *Sess. 24. cap. 14. De reform.* dum laudabiles consuetudines dandi quid pro ingressu admitti posse dicit. An autem exactio alicujus pro dote in casu, quo Monasterium est sufficiens, consuetudine salvari possit, disputari posset, sed non est hujus loci ea disputatio. Videatur interim Binsfeld. *ad c. Cum in Ecclesia 9. p. 1.* & *De simonia.*

TITULUS XV.

Ad legem Fabiam de plagiariis.

SUMMARIUM.

1. *Plagii crimine qui teneantur.*
2. *Pœna hodie est extraordinaria.*

1 Vindicatum & judicio publico per legem Fabiam Plagium, quo crimine tenentur, qui dolosè invitum liberum hominem rapiunt, emunt, vendunt, celant, vinctum habent, servum alienum dolo malo abducunt, celant, retinent, coërcent. Dico, malo; quia ignorantia & 2 bona fides excusant, *l. 3. h. t.* Pœnâ pecuniariâ, statutâ per legem Fabiam, quæ in usu esse desiit, & pœnâ extraordinariâ pro delicti modo crimen coërcetur, etiam damnato reo in metallum, *l. fin. hoc tit.* Est & eadem lege inducta pœna capitalis in aliquo casu, *l. 1. hoc tit.* quam & subit liberos homines aut servos alienos ab urbe distrahens, aut alienas, *l. 7. Cod. hoc tit* Viventium filiorum orbitates parentibus infligens, eos distrahendo, servus bestiis subjicitur, ingenuus gladio consumitur. *l. fin. h. t.* Non obtinet istud crimen in locis, ubi venditio hominum non est in usu.

TITVLVS XVI.

Ad S. C. Turpillianum & de abolitionibus criminum.

SVMMARIVM.

1. *Calumniari qui dicantur.*
2. *Pœna calumniantium.*
3. *Prævaricari quid?*
4. *Quid Tergiversari?*
5. *Desistens ab accusatione incidit in S. C. Turpillianum, ejusque pœna.*
6. *Nec excusatur desistens, interposita per reum appellatione.*
7. *Mulier huic S. C. non est obnoxia.*
8. *Conciliatio* l. Mulier 4. hoc tit. cum l. penult. C. eod.
9. *Minor citra pœnam hujus* S. C. *ab accusatione desistit.*
10. *Exclusus tempore desistens an incidat in Turpillianum.*
11. *Abolitio quid & quotuplex.*
12. *Abolitio privata petitur à judice.*
13. *An ea concedatur etiam reo invito?*
14. *Quibus praterea denegetur.*
15. *Effectus abolitionis.*
16. *Abolitio generalis quibus ex causis concedatur.*
17. *In quo distinguatur à privata, & quando abolita accusatio repeti possit.*
18. *Legitima abolitio quibus expressis fiat.*
19. *Abolitio per reum impetrata à Principe omninò liberat.*
20. *Nuntiatores qui dicantur.*

CVm in judiciis his publicis contingat accusatores peccare calumniando, aut prævaricando, aut tergiversando, *l. 1. in princ. h. t.* antequam procedatur ad ea, quæ horum judiciorum executionem concernunt, de istorum pœna prius subjicitur. 1 Calumniari dicuntur falsa crimina alicui intendentes scienter dolo malo, *l. 1. hoc t.* quorum conatus irriti abeunt, quibus *l. penult. Cod. De calumniat.* nullum juris colorem voluit proficere, nec abolitionem, nec specialem indulgentiam prodesse. Dico, irriti abeunt; nam si accusatio non fuerit irrita, quia sententiâ latâ reus sit condemnatus, non est quærendum amplius de calumnia, *l. 1. C. d. tit.* Non tamen statim quis judicandus calumniari, qui non probat quod intendit; videndum enim qua mente ad accusationem processerit, quod arbitrio cognoscentis commissum, qui dabit veniam errori, *l. 1. §. sed non utique hoc tit. l. 3. Cod. De calumniat.* Subit & calumniæ pœnam in fraudem alicujus, librum, testimonium, aliudve quid conquirens, vel in judicium proferens, *l. 6. h. t.*

2 Calumniæ evidentis convictus olim subibat pœnam legis Remniæ, quæ calumniatoris fronti inurebat litteram K. ut Cujacius *ad l. Is qui sup. Qui testam. facere poss.* tradit, id ipsum colligens ex *l. Quæsitum supra De testib.* ubi viro integræ frontis dicitur habenda fides. Posteà Constantinus prohibuit faciem, quæ ad similitudinem pulcritudinis cœlestis est figurata, maculari, *l. Si quis 17. C. De pœnis.* Fuit & olim pœna pecuniaria, ut colligere est ex *§ hoc autem Inst. De pœna temerè litig.* quæ in civilibus tantum obtinuit, una cum infamia. In publicis talio obtinet, id est similitudo supplicii, *l. 7. & fin. C. De calumniat.* cujus causa inscribere accusator necesse habebat. Verùm & ea inscriptio, & talio extra usum sunt, ut dictum suprà hoc libro *t. 2.* permanet tamen infamia, *l. 2. C. d. t.* Et hoc ita in publicis causis. In privatis & extraordinariis calumnia coërcetur extra ordinem officio Judicis, pro modo admissi, *l. 3. h. t.* citra notam infamiæ, *l. 5. C. d. t.* In publicis etiam interdum causa excusat à calumnia, sine cujus metu mater filii necem vindicat, quod non præsumatur temerè procedere, *l. 2. C. d. t.* Vti & immunis est filius vindicans mortem patris, *l. fin. sup. De publ. jud.* propter officii necessitatem, quæ & excusat hæredem de jussu defuncti mortem ejus exequentem, *d. l. 2.*

3 Prævaricari dicitur vera crimina abscondens, cum reo colludens, & translatitiè, id est obiter, munere accusandi defungens, proprias probationes dissimulando, & falsas rei excusationes admittendo, *l. 1. §. 1. & §. prævaricationem h. t.* qua de re latiùs actum suprà, *ad t. De prævaricatorib.*

4 Tergiversatur, qui in universum ab accusatione incepta desistit, non impetrata abolitione, *l. 1. §. 1. l. Destitisse 13. h. t.* In quo distinguitur desertor ab eo, qui differt accusationem, si tamen intra præfinitum tempus accusationis reum suum peregerit, nam aliàs destitisse videbitur, *l. 6. §. 2. h. t.* Dicitur autem Tergiversari, quasi versâ fugâ tergum dare: ut propriè desertor sit, qui, institutâ & ordinatâ criminis causâ, id est inscriptionibus depositis & fidejussore de exercenda lite præstito, destitit, *l. 1. C. h. t.*

Inci-

5 Incidit autem talis in S. C. Turpillianum, quod factum temporibus Neronis, Cæsione Pæto & Petronio Turpillio Coss. Cujus pœna est infamia, cum mulcta quinque librarum auri, *l. 3. §. fin. sup. De prævaricat.* Ratio pœnæ est, quòd publicè intersit, accusationes non intermitti, sive sint veræ, ut delicta puniantur, sive falsæ, ut calumniator luat. Est & illa pœna quòd desistens ampliùs non audiatur, *l. 2. h. t.* Non spectare hoc crimen ad judicium publicum habet *l. 3. §. fin. sup. De prævaricat.* quòd nullibi de ea re sit cautum. Videtur autem ista pœna obtinere in desistente à mora causa publica; nam à privatis desistens extra ordinem plectitur, *l. 3. h. t.* Incidit & in idem S. C. subjiciens accusatores, ut subjectus postulans, non peragens reum, chirographum ob accusandum dans, pactionemve aliquam interponens, *l. In Senatusc. 15. hoc tit.*

6 † Non excusatur accusator, qui reum quidem peregit, sed interpositâ per eum appellatione destitit, ex ratione, quòd per provocationem extinguatur condemnationis pronuntiatio, *l. 1. in fine & l. 2. h. t.* Aliter se res habet in eo, qui libello oblato Principi se objecturum falsi crimen minatus est, *l. 5. h. t.* quod non tam videatur accusasse, quàm minatus accusationem.

7 Mulier huic S. C. non est obnoxia, sive agat causam alienam, cùm temerè se immisceat, *d. l. 11. §. accusationem*, sive suam suorumve injuriam persequatur, *l. Mulier 4. hoc tit.* Cujus ratio est, quòd etiamsi mulier temerè hoc casu non accuset, tamen non cogatur subscribere in crimen, nec teneatur de calumnia, qualis desistens, non petitâ abolitione, non incidit in Turpillianum, *d. l. 15. §. eos hoc tit.* Cui non rectè objeceris *l. Abolitione 16. Cod. ad L. Jul. de adult.* ubi quamvis maritus non inscribat, de calumnia tamen de ea, modo manifesta sit, queri potest; quod & habet *l. Is cujus 14. in fine sup. Ad L. Jul. de adult.* nam etiamsi maritus non inscribat, tenetur tamen calumniæ; ut aliud sit in muliere, quàm in marito.

8 † Videtur dictis obstare *l. penult. Cod. hoc tit.* quæ vult mulierem suam suorumve injuriam persequentem, si desistat, incidere in Turpillianum. Ad conciliationem aliqui in *d. l. Mulier.* addunt negationem, legentes, *mulier quæ falsi crimen non injuriæ propriæ:* sed constans lectio est affirmativa, eaque facilis conciliatio, cùm *d. l. penult.* agat de muliere, quæ turpiter cum reo est depecta, id est pactionem inivit, ut desistat pecuniâ acceptâ, uti patet ex verbis, *pacto contra vetitum destitisse;* & hoc propter turpitudinem depectionis, id est pactionis cum adversario in crimine non capitali, quæ depectio non tantum in muliere turpis ut ferat pœnam Senatusconsulti, sed & in quovis alio, *l. 2. C. De abolit.* ubi pro *deceptionem* legendum *depectionem*, litteris trajectis, uti volunt verba sequentia, Vid. Cujac. *ad d. l. Mulier. lib. 15. Respons. Papiniani.*

9 Excipitur & minor, cui liberum ab accusatione inchoata desistere, citra notam, facit ætas, *d. §. excusationem in fine;* ut quia adulterii accusationem instituit, quam lex ei non permittit, nisi matrimonii sui injuriam prosequatur, *l. Si maritus 15. §. lex Iulia sup. Ad L. Iul. de adult.*

10 Super eo dubitatur, An tempore exclusus, ratione præscriptionis, veluti adulterii accusatione quinquennii lapsu ex die commissi criminis, aut sex mensium ex die divortii, desistens incidat in Turpillianum? Negat Papinianus *l. Quærebatur 11. h. t.* propterea quod non possit dici tergiversari, qui non ultrò desistit ab accusatione, sed ab ea tempore submovetur, quia seriùs agere cœperit. Cui contrarium continet, *l. 11. §. accusationem 10. h. t.* ubi Marcianus definit, eum, qui ab accusatione quinquennii præscriptione submoveri poterat, si ab ea destiterit sine abolitione, incidere in Turpillianum; subjectâ ratione, quod qualiscumque accusatio illata cognoscentis auctoritate, non accusantis voluntate aboleri debeat. Accursius in *d. l. 11.* hoc dissidium conatur componere, sed minùs rectè. Est tamen obvia conciliatio, accipiendo *d. l. 11.* de accusatore, quem reus, oppositâ temporis præscriptione, rejecit; dictum verò *§. accusationem* de accusatore, qui excludi quidem poterat à reo præscriptione temporis, sed quam vel idem reus non opposuit, vel oppositæ rationem judex non habuit: illo enim casu accusator desistit, hoc verò sponte accusationem omittit, atque ita obnoxius Turpilliano. Cujac. 20. *Obser. c. 30.*

11 Facit denique cessare Turpillianum Abolitio, de qua altera hujus Rubricæ parte, cùm nequeat argui temeritatis desistens auctoritate publicâ, *l. Destitisse 13. in fine h. t.*

12 † Ea est venia omittendæ accusationis, sive absolutio ab accusando. Hanc triplicem faciunt, specialem sive privatam, generalem sive publicam & legitimam, *l. Abolitio 1. cum seq. h. t.*

13 † Privata est venia omittendæ accusationis, quam petit accusator à judice, in cujus officio accusationem instituit, nomenvè alicujus detulit, *l. Eum patronum 15. sup. De jure patron. l. Abolitionem 16. C. Ad L. Iul. de Adult.*

nec enim ad eam obtinendam adeundus Princeps, sed sufficit adeatur judex pro tribunali, expositâ præsente reo causâ omittendæ accusationis, veluti errore, inconsulta adolescentiâ, juvenili calore, *l. 2. C. De abolit.* Justa quoque est causa, si quis suæ suorumvè injuriæ defendendæ gratiâ accusationem instituerit, *d. l. 2. in fine*, aut propinquos in reatum deduxerit.

13 Q. An concedatur abolitio à judice, reo invito? Quod rescriptum *l. 3. eod. tit.* perpenso tamen consilio & causâ cognitâ; & hoc intra triginta dies, ex quo reus est sub custodia officii, re simul integrâ, id est reo necdum carceres, verbera, catenas, tormenta perpesso, nam admissio abolitionis tunc parùm lædit causam rei, quæ integra est. Si verò integra non fuerit, quia injuriam sustinuit reus non nisi eo consentiente est admittenda, ne gravis injuria illi ab adversario sit illata, *d. l. 3.* Uti nec admittenda, si lis diu steterit, *l. fin. h. t.* Et ne quidem consensus rei sufficiet, si ingenuorum corpora sint verberibus lacerata, aut tormentis vexata: uti nec in casu, quo agitur de violata majestate, patria oppugnata vel prodita, de peculatu admisso, sacramentis desertis, est admittenda; Judicis enim est tam accusatorem ad docendum objecta quàm reum ad

14 se purgandum urgere, *d. l. 3. in fine.* † Denegatur & illi, qui ad accusandum pecunia est inductus, *l. 2. C. d. t.* uti & manifesto calumniatori, *d. l. 3.* ne malitia & fraus sit illi impunita. Quin autem plura crimina inferens super uno obtineat abolitionem, & super aliis integram habeat executionem, non est dubitandum, *l. 1. §. si plura h. t.*

15 Effectus hujus abolitionis est, quod idem crimen ab eodem in eundem restaurari nequeat, *l. Mulier 4. in fine h. t.* nisi permissu Principis, *l. 1. C. d. t.* Si tamen quis in crimine capitali quasi in pecuniaria re obtinuerit abolitionem, ad restaurandam cognitionem non opus est auctoritate Principis, sed Judex eam restaurabit, quasi abolitione ex falsa causa impetratâ; & nisi delator probaverit, quod proposuit, non impunè feret, *l. fin. hoc tit.*

16 Publica sive generalis & communis est, quæ publicè competit, vel ipso jure, ratione feriarum pro certo tempore indictarum, uti Paschalium *l. 3. C. De Episc. aud.* vel ex decreto Senatus, quo extra ordinem feriæ indictæ, *l. 1. C. De gener. abolit.* ob publicam gratulationem, aut lætitiam, aut honorem divinæ domûs, aut ob rem prosperè gestam, *l. 8. 9. 12. h. t.* quibus judicia criminum conquiescunt. & rei leviorum criminum carcere & vinculis solvuntur.

17 Reis datur, & consequenter accusatoribus: in quo distinguitur à privata, quæ datur accusatoribus; uti & distinguitur in eo, quòd detur nemine postulante, cùm illa detur ad petitionem accusatoris. Tertiò, quòd privata faciat reum repeti non posse, hæc verò non tam tollat accusationem, quàm suspendat, cùm finitis feriis accusatori liceat repetere reum, *l. 2. C. De gener. abolit.* idque non nisi intra triginta dies utiles. Impunè tamen accusator omittit repetere crimen, citra metum Turpilliani, *l. 1. C. d. t.* quòd non possit videri desistere, qui exemptum reum non defert, *l. Si interveniente 12. h. t.* Cui videtur repugnare, *l. penult. eod. tit.* quæ iteratò reum non facientem eo casu in S.C. dicit incidere. Sed conciliatio est facilis, distinguendo inter reum, cujus crimen in judicium deductum erat per litis contestationem, & causa agi cœpta, & inter reum, qui postulatus quidem, non tamen crimine in judicium deducto per contestationem. Priori casu impunè non repetitur reus, secundùm *d. l. 12.* quia quasi abolitum crimen; posteriori verò non impunè omittit reum proferre accusator, secundum *d. l. penult.* quia abolitio talis tantùm concernit eos, qui inter reos sunt recepti, non & qui necdum recepti, sed tantùm postulati.

18 Legitima abolitio fit per legem, ad nullius petitionem, & sine decreto, *l. aut privatim 10. h. t.* accusatore scilicet mortuo; neque enim cogitur ejus hæres peragere reum, aut eo etiam impedito, quò minus accusare possit, *d. l. 10.* quia est causa, cur non peragat: aut reo mortuo, quia non est, contra quem accusatio proferatur, *l. In S.C. 15. §. si propter h. t.* Nisi crimen tale sit, cujus accusatio durat adversus hæredes, uti majestatis, repetundarum, quia judicium non est solutum, *d. l. 15. cæterum & §. post mortem.* Hoc autem non salvabit desistentem, quòd postea reus decesserit, nam hoc ipso desistens reus incidit in Turpillianum, à quo non salvat subsequens mors rei, *d. §. cæterum.* Tutor quoque, qui nomine pupilli accusationem instituit, eo mortuo rectè desistit, *l. Divis 14. h. t.* cùm ex officii necessitate accusationem instituerit, non suo nomine, ut sit excusandus, *l. tutorem 22. sup. De his quæ ut indig.* & *l. 2. C. De his qui accus. non poss.*

19 Præcipuum abolitionis effectum habet illa quæ impetratur per reum; nam licet publica & generalis illi prosit, non tamen omnimodè, ut dictum. Prodest verò & omninò liberat specialiter ab eo impetrata, non tamen nisi à Principe, qui pœnæ gratiam facere potest, & crimen omninò

nino abolere. Cujus effectus est, ut perpetuum silentium accusatori indicat, ut nec quandoque reum repetere possit, *l. 9. Cod. Ad Leg. Corn. de sicar.* In quo distinguitur ab abolitione generali; quamvis enim ista indulgentia tribuat impunitatem delicti, non tamen & abolet infamiam criminis, *l. 3. C. De gener. abolit.* Quod accipe de generali indulgentia, quæ existimationem non reservat illibatam, *l. Generalis Cod. De sent. pass.* Aliud est in speciali, qua de re infra Tit. finali hujus libri.

20 Fit & mentio in *l. 6. §. penult. hoc tit.* Nuntiatorum, qui per notoria, id est, brevem & compendiosam scripturam, indicia & relationes criminum faciebant, citra inscriptionem; quæ oportebat esse sincerè scripta. Unde quia compertum eloquia ista bonâ fide non scribi, *l. Divus 16. sup. tit. 9.* assistere jubentur ipsi nuntiatores suis notoriis, *d. §. pen.* ut, si insontibus calumnias nexuisse reperiantur, non sit illis impune. *l. 1. Cod. De curiosis & stationar. lib. 12.* His simile est officium eorum, qui Procuratores generales dicuntur in Curiis sæcularibus, & Promotores in Ecclesiasticis.

TITULUS XVII.

De requirendis, vel absentibus damnandis.

SUMMARIUM.

1. *Reorum absentium requisitio quo modo fiat.*
2. *Reo intra annum non comparente bona ejus confiscantur.*
3. *Quæ non restituentur, probatâ ejus innocentiâ.*

1 NE instante accusatore contingat damnati absentes, causâ inauditâ, quod non patitur æquitatis ratio, *l. 1. hoc tit.* requirendi sunt rei. In quem finem edictis evocantur, per quæ res ad absentium notitiam pervenire possit, & hoc, non ut pœna in eos statuatur, sed ut iis sit potestas se purgandi, si possint, *l. 1. C. h. t.* Qui si intra tempus anni comparentes se purgent, res annotatas sunt recepturi, quæ interea integræ sunt servandæ, *l. 1. C. h. t.* nisi quas alienari fuerit necesse, quas scilicet mora fecisset deteriores, aut quas intervertiti posse erat periculum, *l. fin §. 1. h. t.* Quòd si reversus quidem fuerit reus, sed antequam se purgaret, intra annum mortuus, res ejus ad hæredem transmittentur, *l. 1. §. fin. h. t.* quia morte crimen extinguitur. † Si verò intra annum non comparuerit, bona ejus fisco vindicantur, ipse severiori pœnæ subjugandus, si posteà deprehensus reperiatur nocens, *l. 2. C. h. t.* 2

† Quòd si verò argumentis evidentibus & probatione dilucidâ suam probaverit innocentiam, ea casu severiori quidem pœnæ subtrahetur, bona tamen non restituentur, *d. l. 2.* Quo casu posse & videri integra esse existimario. Ut autem faciliùs in reos pœna statuatur, in exemplum eorum solent judices loci delicti petere sibi transmitti reos à judicibus loci, in quo degunt, qua de re actum est Tit. 3. hujus libri. 3

TITULUS XVIII.

De Quæstionibus.

SUMMARIUM.

1. *Reus quæstioni quando subjiciendus.*
2. *Quæstio non decernitur nisi crimen sit capitale.*
3. *Et de eo legitimè judici constet.*
4. *Desintque alia probationes*
5. *An in convictum decerni possit?*
6. *Reus in tormentis constanter negans crimen an dimittendus?*
7. *Quæstio non nisi ex indiciis sufficientibus indicenda.*
8. *Indicium quid, & quotuplex?*
9. *Indicium ad minus per duos testes probandum.*
10. *Eosque habiles.*
11. *Qui & suos contestes habeant.*
12. *Testis deponens de delicto per visum non ponit indicium.*
13. *Testis unus per visum an sufficiat ad torturam?*
14. *Sufficit testis unus deponens de ipso crimine immediatè.*
15. *Fama an sufficiat ad indicendam torturam?*
16. *Fuga an ponat sufficiens indicium?*
17. *Fuga non gravat eum, qui captus manus satellitum evaserit.*
18. *Fuga purgatur, reo sponte suâ reverso.*
19. *Fuga à carcere an ponat indicium sufficens.*
20. *Dictum socii non facit indicium ad torturam.*

Reus si requisitus copiam sui faciat, nec sponte crimen confiteatur, nec testibus, aliisve probationibus, luce meridianâ clarioribus, *l. fin. C. De probat.* convincatur, quæstionibus subjici solet, ut hâc viâ possit constare de facti veritate; qui modus antiquissimus est, apud omnes benè institutas Respubl. usitatus. 1

Quæstio est inquisitio veritatis per tormenta. Ut rectè à judice decernatur, I. Oportet crimen, super quo instituenda, sit atrox & capitale, excedens pœnam relegationis, *l. Edictum 8. h. t.* ne aliàs contingat modum inquisitionis esse duriorem ipsâ pœnâ. Vnde ei locus est, quando agitur de morte naturali, aut civili, quæ contingit per deportationem, *l. 2. inf. De pœnis.* 2

II. Vt de crimine commisso constet *l. 1. §. illud. 24. sup. Ad S. C. Silan.* ut puta si dicatur quis interfectus, de cadavere interfecti constare debet, ne fortè perire volentes falsum crimen confiteantur, Clarus *§. fin. q. 4. n. 1. & q. 64. n. 3.* Exemplum ejusmodi refert Valerius Maximus *lib. 8. c. 4.* Vt rectè tradit Menoch. 2. *Arbitrar. casu 269. n. 9.* non esse probabilem confessionem rei dicentis se occidisse, cadaver in mare projecisse, nec ei credendum simpliciter. 3

III. Vt desint aliæ probationes, nec alio modo possit haberi veritas, *l. Quoties 12. C. h. t.* Nam si aliter de crimine constet, nihil opus est quæstionibus, cùm habito fine cessent media, & frustrà requiratur certificatio rei jam certæ. 4

Posset tamen dubitari, An non & tum tutiùs adhibeantur tormenta? Inspecto jure nostro, neutiquam admittendũ, ut convict⁹ torqueatur, secundùm jam dictam rationem, & *l. Qui sententiam 16. C. De pœnis*; quæ alterutrum desiderat, 5

vel

vel ut confiteatur reus, vel ut convincatur, ut ex natura alternativæ alterum sufficiet. Facit, quòd quæstio sit tantùm inventa in subsidium defectus plenæ probationis, quâ proinde plenâ stante, non opus est subsidio quæstionis, ne illa adhiberi videatur loco pœnæ, contra *l. Quæstionis 21. hoc tit.* Unde *l. Edictum 8. l. Divus 9. h. t. l. Quoties C. eod.* non aliàs ad quæstionem veniendum esse dicitur, quàm si aliter inveniri veritas nequeat. Quam sententiam communem esse tradit Clarus *q. 64. num. 5.* plures idem sentientes allegans. Ratio est, quòd post convictum legitimè reum Judex quæstionem decernens, videatur constituere, probationes factas non esse sufficientes, ut reo perdurante in tormentis, & constantissimè crimen negante, absolutionis sententia videatur pronuntianda, collabantibus per ejus constantiam probationibus. Gomez. *3. Var. cap. 13. n. 20.* Contraria nihilominùs sententia pluribus placuit, scilicet reum etiam convictum legitimis probationibus, subjici posse tormentis, eamque in pluribus Curiis servari tradit Imbertus *Inst. forens. lib. 3. cap. 13.* Cujus ea est utilitas, quòd per quæstionem extorta confessio excludat reum ab appellando cui aliàs liberum foret appellare, ut dicetur infrà, *tit. De appellat.* nec tantùm ipsi reo, verùm & eo invito cuilibet alteri. Quæ consuetudo non potest improbari, quando imminet malitiosa appellatio, ut quia de crimine liquido constat; non etiam ut justa removeatur appellatio, ejusmodi consuetudo probanda, cùm gravet innocentiam: unde isto casu adhibere tormenta judicat esse grave peccatum, Navar. in Manuali *c. 18. nu. 59.* Probat istam consuetudinem, Covar. *Pract. quæst. cap. 22. n. 5.* Gramat. *decis.* 8. & plures relati per Farinacium in *Praxi crimin. lib. 1. q. 40.*

6 Ubi alia oritur quæstio, An si reus quæstioni subjectus constantissimè toleret tormenta, negans crimen, sit dimittendus? Quod secundùm jam dicta videri posset, quasi per torturam purgatus, urgentissimis indiciis, & probationibus, ut tenent relati per Farin. *d. loco n. 6.* & Gomez. *3. Var. cap. 13. nu. 20.* Contrarium tamen habet praxis, perseverantem scilicet in sua negatione condemnari posse, ac si tortus non fuisset. Pro qua facit ratio. Quod non sit judicis veras probationes aut urgentia indicia permittere enervari per negationem in tottura, & sic liberare reum per indirectum à condigna pœna, in detrimentum Reip. Facit, quòd non alium in finem adhibeantur tormenta, quàm ut appellatio removeatur, quæ non denegatur convicto tantùm, ac proinde constantissimè in tortura delictum negans non aliud consequetur, quàm ut illi appellatio sit integra; quo modo cessat ratio suprà in oppositum allata. Atque ita hanc sententiam approbat Gomez. *d. loco* eamque servari in Parlamento Parisiensi tradit Papon, *lib. 24. tit. 9. arresto 1. in fine*, quam & probat Covarr. *d. loco*, & exempla similia apud Romanos refert Valerius Maximus *d. lib. 8. c. 4.* Cujus rei est & ista utilitas, ut proclivior reddatur reus ad confitendum, sciens pervicaciam suam sibi non profuturam.

7 IV. Requiritur, ut non aliàs indicatur quæstio, quàm si reus sufficientibus premattur argumentis, ut videatur quasi convictus, *l. 1. §. 1. h. t.* quæ si desint, tormenta non sunt facilè adhibenda, *l. Unius 18. §. 2. h. t.* Posset enim quis temerè subjici quæstioni, non citra infamiam aut damnum corporis, aut etiam damnari innocentes, cùm contingat aliquos esse tantâ impatientiâ, ut quidvis mentiri, quàm pati tormenta malint, *l. 1. §. 9. h. t.* Ut non aliàs sit indicenda quæstio, quàm si sint argumenta aut indicia sufficientia, quibus premitur reus.

8 Indicii à variis varia datur descriptio, ut videre est apud Farinacium *d. loco qu. 37. num. 27.* & Mascardum *De probat. lib. 1. qu. 15.* quæ non tam sensu, quàm verbis discrepant. In hoc omnes conveniunt, quòd sit signum vel demonstrativum adminiculum commissi delicti, vel alterius rei, de qua quæritur. Varia etiam est distinctio indiciis nam aliud est necessarium, quo necessariò efficimus, quod intendimus, quod non tantùm ad quæstionem indicendam sufficit, verùm & ad condemnationem, v. g. accusatur quis falsi instrumenti Romæ confecti certo die, quo reus probat se fuisse Parisiis. Menoch. 2. *Arbitr. casu* 270. Aliud est credibile sive verosimile, quod facit crimen, de quo quæritur, probabile. Exempla ponit Menoch. *d. loco num. 13.* Aliud non repugnans, quod solâ suspicione, vel levi præsumptione nititur, Aliud item proximum, quòd tangit negotium seu delictum; aliud remotum circumstantias aliquas inducens, non ita negotium concernentes. Iterum aliud leve, aliud grave, aliud gravissimum. Hujus loci præcipuè est indicium verosimile, grave, proximum, quamvis interdum inspiciatur & remotum. Sub hoc etiam continentur probationes, præsumptiones, saltem quæ sunt loco semiplenæ probationis, sive plures sive una tantùm, ut testatur Joannes Andreas ad *Speculat. tit. De præsumption. §. Species*, de consuetudine servari. Hinc sufficiens indicium ponunt, de quo in *c. 2. X De præsumpt.* & illud, quo usus Carolus V. ut refert Menoch. *d. loco n. 13.* & illud, de quo

agit Quintil. *Instit. Orator. lib. 5. cap. 9.* quando aliquis è domo egressus, in qua inventus vulneribus confossus, cum gladio sanguinolento. Quâ de causa & Vlisses insimulatus cædis Ajacis, qui se per insaniam occiderat in sylva, ex eo, quòd extractum è corpore ejus gladium cruentum ad castra detulisset. Plurimum hac in re defertur arbitrio Judicis, qui (quod res ea sit facti) ponderet & examinet circumstantias.

9 Ubi quæritur, An sit Judicis, indicio quomodo libet asserto habere fidem? Quod omninò negandum; neque enim aliàs fidem habebit, quàm sufficienter indicium sit assertum, & non tantùm per unum testem, sed ad minus per duos, *l. Vbi sup. De testib.* nam, ut ait Pont. in ore duorum aut trium consistit omne verbum, *Gloss. in l. fin. V. vel indiciis Cod. Famil. ercisc.* quam alii approbant ut singularem, & sequuntur, ut tradit Gomez. *d. loco n. 18.* Nam ut ex actu aliquo asserto quid colligi possit, necesse est actus ille probetur; non probatur autem legitimè per unum testem, cùm unus testis non veniat audiendus etiam Præsidiali auctoritate refulgens, *l. 9. in fine C. De testib.* Vt duo deponere debeant, & actum istum 10 unde colligitur indicium, asserere.*Quos & oportet esse habiles, neque minores aut infames admittuntur, etiam plures, quòd ex pluribus imperfectis non resultet aliquid validum & perfectum, ut rectè tradit Gomez. *d. loco*, & Farinac. *q. 37. n. 28.* Ubi post plura in contrariam partem allata concludit, testes debere esse habiles, quia subsit magnum periculum, vitæ scilicet hominis, vel famæ; ubi autem periculum majus, cautiùs advertendum. * Qui & ibidem *num. 33.* non solùm testes requirit habiles, verùm etiam contestes, id est deponentes super eodem actu, & cum communi opinione negat audiendos singulares, qui super diversis actibus deponunt. Si tamen indicia diversa talia sint, quorum unum aliud adjuvet, & proximè ad eumdem finem tendat, vult idem ex talibus præsumptionem sufficientem generari, judicemque rectè moveri ad indicendam torturam, ut in exemplis ab eodem allegatis.

11

12 Ubi malè mihi videntur Interpretes excipere illum actum, vel testem, qui deponit de ipso delicto per visum, quasi hic indicium poneret proximum; atque ideò solus sufficeret, quem sequatur judex ad indicendam torturam. Quod ut negari non possit, ut dicemus infrà; tamen malè assertum talem actum referri inter indicia, cùm potius talis dispositio non tam concernat indicium, quàm ipsum delictum indicium enim fundatur in aliquo actu, qui circa delictum versatur, veluti vidisse aliquem habere gladium sanguinolentum, aut simile quid. Vt exceptio ista non sit facienda, sed simpliciter dicendum, ad indicii probationem etiam proximi requiri duos testes, ad hoc ut Judex indicat torturam. Clarus *§. fin. q. 22. n. 2*, Farin. *d. q. 37. n. 40.*

13 Antequam ad alia pergatur indicia, videndum, An unus testis de ipso delicto commisso deponens per visum sufficiat? Negat hoc Cujac. in *Recit. Cod. Ad Leg. Iul. majest.* hoc argumento, quod probatio scindi non possit, & quæ non est plena veritas sit plena falsitas. Pro qua parte facit *l. Maritus 20. hoc t.* ubi quæstio de ancilla habita ex unius testimonio dicitur illicitè habita, cum subjuncta ratione, quod unius testimonio non sit credendum. Ad idem facit *l. 9. C. De test.* ubi ait Imp. *Vnius testimonium nemo judicum in quacumque causa facilè patiatur admitti.* Receptum tamen communiter, unum testem de visu sufficere, qui est omni exceptione major, cùm talis faciat semiplenam probationem *Glos. in l. 3. C. Ad L. Iul. majest.* Clarus *d. §. fin. q. 21. n. 2. & q. 22. & n. 2.* Gomez. *3. Var. cap. 13. n. 7.* Pro qua sententia facit ratio, quòd tortura sit inventa in subsidium probationis, ut sufficiat talem probationem adesse, quæ suppleri possit, qualis est semiplena, quam ponit unus testis, secundum ea, quæ tradita sunt superiùs de juramento necessario in supplementum probationis semiplenæ adhibito. Nihil obstat *dicta lex 20.* nam in ea agitur de insufficienti depositione, facta per eum, qui de domo actoris erat productus, filius scilicet liberti ejus, quam proinde subsecutam quæstionem dicit illicitè habitam Jurisconsultus, atque ita rectè pronuntiatum. Non obstat etiam *d. l. 9.* nam agitur in ea de sententia ferenda, quam negat ibi Imp. ferri posse ex unius testimonio; quo modo & accipienda videtur *l. 1. §. 4. h. t.*

14 Sufficiet itaque unus testis deponens de ipso crimine immediatè, quem jam diximus propriè ad indicia non spectare, cùm indicium sit signum aliquod aut adminiculum delicti commissi, depositio autem super ipso delicto non tam sit signum, quàm ipsum delictum ponat. Adscribatur tamen, cum communi opinione, talis depositio indiciis, latiùs sumpto vocabulo, uti & probationes adscribuntur, & sufficiat tale indicium uno teste asseri, qui sit bonæ fidei. In reliquis indiciis, quæ pro-

propriè talia sunt, non sufficient nisi duo testes; qui & desiderantur in indiciis remotis, cujus ordinis sunt fama, fuga, minæ præcedentes, & similia, de quorum valore quid subjiciendum.

15 Et ad famam quòd attinet, quæritur, An ea sit sufficiens ad indicendam torturam? Vbi sciendum, famam esse vanam plerumque & levem quæ, ut ait Seneca in *Hyppolito*.

——— vix vero favet
Prius merenti, melior & pejor bono.
——— quæ veris addere falsa,
Gaudet, & à minimo sua per vestigia crescit

Vt communiter regulam ponant, famam per se non sufficere ad quæstionem decernendam. Clarus *§. fin. quæst. 21. num. 1.* cùm indicia, ex quibus decernenda venit quæstio, debeant esse clara & evidentia; fama autem sit fallax, plerumque originem ducens ex levi causa. Si tamen vehemens sit, ortum habens à personis honestis & fide dignis, non levibus, ad torturam sufficiens indicium ponere sunt qui volunt, si probetur testibus duobus integræ opinionis, *c. Qualiter* X *De accusat.* ubi non censetur vehemens ex numero eorum, penes quos invaluit, nam ille ad hoc est impertinens, cùm, ut docet experientia, ex uno capite facilè sit multiplicari famam; sed ex causis suis, unde orta, quæ sint graves, verosimiles, urgentes, ac vehementes. Farinac. *d. loco q. 47. nu. 13. & 30.* Quæ opinio ut aliquibus placeat, tutior tamen doctrina est, non esse sufficientem famam per se ad indicendam quæstionem, ut testatur Binsf. *ad l. fin. indicio 6. C. De malef.* ex Julio Claro *d. §. fin. q. 21. num. 1.* ex ratione quod sit indicium valdè remotum à delicto, & fallax, atque ita durum foret hominem tormentis subjicere ex nuda fama. Nisi & delictum fuerit difficilis probationis, & persona vilis, aliisque conspersa criminibus, secundum Menoch. *De præsumpt. lib. 1. q. 89. n. 34.*

16 Q. An fuga sufficiens ponat indicium? Ex fuga oriri indicium non leve contra fugientem, non est dubitandum, cùm id ipsum deprehendatur ex *Nov. De exhibendis reis §. igitur ne latente.* Et quidem quando ipsa fuga crimen est, non est dubium, quin probatâ fuga crimen sit dicendum probatum, *l. Desertorem inf. De re milit. toto tit. Cod. De desertore lib. 12.* Quando autem ex ea colligenda venit probatio alterius criminis, an sufficiens sit indicium, diversæ sunt opiniones. Nam aliqui id affirmant, quos refert Farinac. *d. loco qu. 48. nu. 2.* Aliquibus contrarium placet, eò quòd fuga vel absentia possit contingere ex causa rationabili, aut probabili. Probabilis est aliorum distinctio, an fuga ante inquisitionem formatam aut accusationem porrectam contigerit, an verò post eam. Posteriori hoc casu, cùm fugiens habeat causam justam, uti metum carceris, judicis severitatem, quæ & innocentes terreat, volunt nihil operari fugam contra fugientem. Priori casu tradunt contra fugientem gigni præsumptionem non levem delicti, illumque in suspicionem admissi sceleris adduci. Cujus ratio est, quòd non aliud ejusmodi fugam possit videri causasse, quàm conscientia sceleris, si vilitas personæ adsit, aut aliud adminiculum. Bart. in *l. Lege Cornelia sup. Ad S. C. Silan.* Bald. *Cons. 382. in quæstione num. 1. lib. 1.* Boer. *Decis. 215. n. 3. D.* Wamel. *Cent. 1. Cons. 25. n. 12.* Posset tamen & hoc casu esse probabilis causa fugæ, quæ indicium ex fuga sumptum enervaret, ut tradit Farinac. *d. qu. 47. n. 28. & seqq.* veluti si judex inceperit informare accusationem, aut inquisitionem contra aliquem, qui ejus notitiâ acceptâ fugæ se dedit, talem enim minimè gravabit fuga. Multò minùs, si judex comminatus sit accusationem, aut capturam, quia talis comminatio est instar accusationis porrectæ, *arg. l. Miles 11. §. socer. in verbis, sed accusationem parante & probationibus insistente, sup. Ad Leg. Iul. De adult.* Farinac. *d. quæst. 48. n. 31.* * Hinc non onerabitur is, 17 qui captus ex manibus satellitum se liberavit; molestia enim carceris cùm sit incommoda & verecunda, præcipuè quibus est genus honestum, dignitas aut professio, justum facit metum, & ex eo justam fugæ causam. Quò facit illud Alcibiadis, qui, ut refert Plutarchus in Vita ejus, vocatus ab Atheniensibus ad causam capitis dicendam, non obtemperans, Stultum, inquit, est fuga sibi non consulere, cùm fugere possis. * Potest & pur- 18 gari sufficiens indicium ex fuga, si doceatur alia causa fugæ vel absentiæ, si posteà comparens reus se sistat coram Judice; non spontanea ista comparitio ejus est efficaciæ, ut fugam planè expurget. Quod bono probatur argumento, quia cessante causâ cessat effectus; nam ut fuga causavit conscientiam criminis, ita reditus spontaneus debet causare bonam conscientiam. Farinac. *d. qu. 48. n. 37. & seq.* Gail. 2. *Obser. c. top. n. 6.* Quod multò magis obtinet in eo, qui cum numquam fugerit, vel latitaverit, sciens se quæri, sponte se sistit, aut

carceri

carceri offert, quia nemo præsumitur tam fatuus, qui si innocens non esset, sponte se sisteret judici, ut carceri includatur. Videatur hac de re Hippol. de Marsiliis in *Practica crim. §. diligenter n.* 204. *& seq.* Menoch. *d. q.* 89. *n.* 44.

19 Ex dictis colligere est, quid dicendum sit de eo, qui è carcere fugit? Qua in re etsi quidam concludant, talem fugientem haberi pro confesso, atque ita puniri posse ordinariâ delicti pœnâ, *l. pen. sup. De custodia reor.* ut multò magis iidem fateantur, talem fugam sufficiens ponere indicium ad torturam, qua de re Farinac. pluribus *d. p.* 1. *q.* 30. Mascardus *De probat. concl.* 821. contraria tamen sententia, scilicet ne quidem fugam è carcere, etiam effractis vinculis aut carcere, ponere sufficiens indicium ad quæstionem, probabilior mihi videtur, cùm nulla lex id ipsum exprimat, & ratio faveat, quæ vult, quod cùm alia fugæ causa dari possit, non debeat ea sumi, quæ contra reum facit. Hic autem alia causa dari potest, squalor scilicet carceris, molestia, vexatio, ignominia, quæ quisque horret. Quò facit, *d. l. pen.* quæ ponit & innocentes esse posse illos, qui carcere inclusi fugerunt, ut ex tali fuga non possit colligi indicium certum & sufficiens ad torturam. Quòd *d. l. penult.* velit puniri fugientes tales, non est quòd judicet eos sibi malè conscios, sed quòd effringendo vincula & carceres deliquerint, qua de re actum suprà *Tit.* 3. In capto ob hæresim fugiente è carcere volunt fugam operari, non tantùm ut quæstioni subjiciatur, verùm etiam ut damnetur, Mascard. *d. loco n.* 22. Cujus tamen sententiam non ita probam video, cùm & in tali crimine obtineat justa causa fugæ, tædium scilicet carceris, metus falsorum testium, sævitia tormentorum, quorum periculo nemo se tenetur exponere. Vide Boër. *d. q.* 215.

20 An dictum socii criminis faciat indicium sufficiens? Secundum textum juris & rationem non est interrogandus socius super socii crimine, *l. fin. Cod. De accusat.* qua de re infrà latiùs, quando agemus de iis, qui possunt quæstioni subjici; hîc tantum videndum, an socii interrogati dictum faciat indicium ad torturam? Ubi verior est eorum sententia, qui negant dictum non tantùm unius socii, sed ne quidem plurium correorum ponere sufficiens indicium. Cujus ratio est, quod fortè veniam sperans, favore vel privilegio alicujus, eum nominarit falsò, aut etiam odio ejus, ne solus pereat, *d. l. fin.* ut optimè id adserit Gomez. 3. *Var. c.* 12. *n.* 10. Nec facit, quod plures de eodem testentur, quæ una est qualitas indicii, neque numerus supplet defectum testium, qui admitti non debent, nec uti dictum, ex pluribus imperfectis & invalidis oritur unum perfectum & validum; adeo ut ne quidem adminicula quid faciant, ut rectè sentit Farinac. *d. p.* 1. *q.* 43. *n.* 152. ex ratione, quòd ubi testis in totum repellitur, & à jure non admittitur, adminicula non reddant eum habilem, neque enim potest suppleri defectus rei non existentis, cujus nulla qualitas. Et hoc in casibus, in quibus non potest de jure rogari reus de complicibus.

21 Quoad casus exceptos, in quibus jura admittunt rogari reum de complicibus, veluti læsæ majestatis, falsæ monetæ, sacrilegii, assassinatus &c. aliqui non tantum dictum unius socii volunt facere indicium sufficiens ad torturam, sed & plurium sociorum dictum legitimam ponere probationem ad convincendum nominatum, & damnandum. Cujus sententiæ est Gomez *d. loco n.* 18. Communior tamen & rationabilior in contrarium est sententia, scilicet nec unius socii dictum in exceptis ponere indicium sufficiens ad torturam, neque ex plurium sociorum dicto condemnari quem posse tamquam convictum. Ratio est, quia, cùm socius criminis non possit dici omni exceptione major, ut patet ex eo, quod sit infamis, ineptum erit dicere, quòd solus ponat indicium sufficiens ad torturam, etiam in exceptis. Nec facit, quod in iis inhabiles admittantur, qui tamen ideo non sunt habendi omni exceptione majores. Clarus *§. fin. quæst.* 21. *n.* 8. Et hoc, si nulla concurrat præsumptio aut adminiculum gravans nominatum, quia faceret nominationem socii probabilem. Farinac. *d. quæst.* 43. Binsfeld. *De confess. malefic. membr.* 2. *concl.* 3. *&* 5. 6. 7. Peguera *Decis.* 5. *num.* 32. 22 * qui requirit, quòd sit facta cum juramento; nam cum socius nominando socium fungatur vice testis, & quidem infamis, ejus dictioni non statur, nisi cum juramento, & quidem in ipsa tortura, vel statim post, vel in tormentis confirmato. Clarus *d. loco n.* 10. *&* 11. Binsfeld. *d. concl.* 5. quo purgetur defectus testis. 23 * Ut autem sine adminiculis talis nominatio non ponat sufficiens indicium ad torturam, dat tamen causam inquisitioni. Catrerius *ad l.* 2. *summario* 39. *C. De appellat.* Binsfeld. *d. loco concl.* 4. Ratio posterioris est, quòd absurdum sit dicere aliquem habendum pro convicto ex dicto plurium infamium & criminosorum. Clarus *d. n.* 10. contra *c. Sicut* ⁊ *De test.* cum in materia capitali requirantur testimonia meridiana luce clariora, *l. fin. Cod. De probat.* qualia non ponit attestatio infamium plurium, quamvis supra relatis ea videatur sufficere ad torturam.

turam, si tamen attestatio debitè sit habita. Vide Boër. *Decis. 329*.

24 Quid dicendum de attestatione sive adsertione vulnerati in articulo mortis? Sunt hac in re diversæ opiniones; nam quidam affirmant eam sufficere ad torturam, hac ratione, quod constitutus in articulo mortis non præsumatur mentiri; quilibet verò præsumatur memor salutis æternæ *l. fin. Cod. ad l. Iul. repetund.* præcipuè ille, qui est in extremis, contra quem non militat aliqua mendacii suspicio. Quod aliqui ita limitant, si accesserit vulnerati juramentum, si alio modo probari factum nequeat, si vulneratus sit bonæ famæ & integræ existimationis, ut videre est apud Farinac. *d. p. 1. q. 46.* Verior est sententia negantium, ex eo, quod agatur propria vulnerati causa, in qua nullus est habilis sibi testis. Nec facit, quod vicinus sit morti; nam & in tali casu non haberi fidem dicto expressam *l. 3. §. 1. sup. Ad S.C. Silaneanum.* Ubi nihil facit juramentum, uti nec difficultas probationis, cum nusquam in jure reperiatur cautum, quod ob difficultatem probationis credi debeat testi in propriâ causâ. Quò

25 facit, quod traditur suprà *tit. De confess.* † confessionem defuncti non posse ne quidem in causa civili quid operari. Et ita rectè tradit Menoch. *lib. 1. Præsumpt. q. 89. n. 77.* Gomez. *3. Var. c. 13. n 16.* Covar. *2. Var. c. 13. n. 8.* Fachin. *9. Contr. c 90.* Nisi tamen alia adsint adminicula, per quæ adsertio offensi juvetur, Nicol. ab Alto *singul. 31.*

26 *n. 10. & 11.* † Quamvis è contrà prosit ad purgationem reo, si ab offenso excusetur, uti exprimit J.C. in *l. 2. Ad S C. Silan.* Sunt enim leges ad liberandum proniores: nisi tamen reus aliunde probetur noxius, neque enim privata remissio procedit in præjudicium publicum, cùm remissione non luantur crimina.

27 Q. An mandatarii dictum gravet mandantem? Receptum est, sufficere quidem ad inquisitionem, neutiquam tamen facere indicium ad torturam. Nec facit, quòd mandatum de se adnumeretur delictis occultis & difficilis probationis, quia per hoc non sequitur, quòd mandatarius sit testis integer & omni exceptione major, cùm de se confessus habeatur infamis, cui non creditur. Nisi tamen ejus dictum aliis fulciatur adminiculis, quibus judici videatur dictum mandatarii corroborari; aliàs enim facilè foret, ut cujuslibet scelerati & vilis personæ adsertione viri probi & innocentis vita cum fama in periculum adduceretur, quod impium & absurdum. Et ita Clarus se testatur vidisse practicari *d. q. 21.* *n. 21.* Adde Hippol. de Marsiliis in *Practica crimin. §. diligenter n. 37. & seq.* & Binsf. *De confess. malefic. membro. 2. con. 5. §. An dictum mandataris.*

28 Quid dicendum de confessione rei? Indubitatum est, judicialem confessionem legitimè factam ponere plenam probationem, sufficientem ad condemnationem, cùm in confessum nullæ sint aliæ judicis partes, quàm in condemnando *l. 1. & 6. sup. De confess. l. Si confes. sup. De custod. reor.* Quam vim & aliqui attributam volunt confessioni extrajudiciali factæ in præsentia partis, quasi isto casu plenam fidem faceret, *arg. l. Certum §. si quis absentem De confes.*

29 † Ex qua colligitur, confessionem parte præsente sive ejus procuratore, sufficere ad condemnationem in causa civili. Verùm inde procedere ad causam criminalem, & rationi & juris textibus adversatur, cùm causa ista contineat gravissimum alicujus periculum, ut cautius in ea sit ambulandum, *c. ubi periculum 3. De elect. in 6.* Ut & rectè tradat Felinus in *c. Olim. n. 4.* *De rescrip.* non procedere argumentum à civilibus ad criminalia. Unde plerique rectiùs tradunt, talem confessionem tantum sufficere ad torturam, non ponentes vim in eo, quòd accepta sit, cùm acceptatio non ponat plenam probationem; ideòque indistinctè renentes, sive parte præsente factam, sive absente, non proficere ad condemnationem, sed tantùm ad torturam, modo hæc sit probata sufficienter, veluti testibus duobus, ut probat Farinac. *p. 1. quæst. 82. regula 1. & 2.* Gomez. *3. Var. cap. 13. n 8.* Quod autem ad torturam sufficiat, ideo est, quòd non possit videri temeraria, cum nemo contra se facilè confiteatur.

30 † Ubi minùs rectè quidam sentiunt, putantes sufficere revocari confessionem, ad evitandam torturam, cùm sic numquam obesset confessio propria. Ideo enim ad torturam devenitur, quia revocatur confessio; cui si insistat reus in judicio, torturâ non erit opus, cùm confessio talis sufficiat ad condemnationem: ac proinde nisi per revocantem probetur error in confitendo, operabitur ista confessio indicium ad torturam. Clarus *d §. fin. q. 21. n. 31.*

31 Quæ sententia ita procedet, si confessio sit verosimilis, seriò non jocosè prolata, si specialis, id est de crimine speciali, fori item externi, non etiam fori interni coram Sacerdote:

32 † nam confessionis sacramentalis detectio per Sacerdotem nullam meretur fidem, nec indicium ullum facit contra confitentem, ut rectè tradit Menoch. *d. qu. 89. n. 26. & 27.* ex ratione, quia cum talis

Sacerdos confessa audiverit, non ut judex, sed ut Deus *c. 2.* ꝟ *De officio ordin.* revelatio eorum in Dei cederet injuriam, & perniciem animarum, atque ita ista res tantum Sacramentum redderet suspectum, & plerosque ab eo averteret, ut rectè jura revelationem confessionis prohibuerint nullamque ejus rationem haberi voluerint. Et hoc quoad crimen commissum; nam quoad committendum debet Sacerdos impedire, quatenus potest, salvo tamen confessionis sigillo.

33 Quid de inimicitiis sentiendum? Distinguunt aliqui inter ortas ex causa levi, & ex causa gravi, quasi hoc casu ponant sufficiens indicium, non illo, nisi alia concurrant adminicula. Veriùs est, ne quidem capitales inimicitias, si alia desint adminicula, sufficere ad torturam, cùm ex eo solo nequeat quis argui sceleris reus, quòd inimicus sit. Et ita communem habere opinionem tradit Clarus *d. loco n. 30.* Menoch. *d. loco n. 50.* Fachin. *lib 9. c. 82.* post Hippol. de Marsil. in *d. §. diligenter n. 69. & seq.*

Quæritur etiam de minis præcedentibus. Habet communis sententia, tum operari minas prævias, quas effectus subsecutus est, quando minans est potens persona, aut solita exequi minas, malæ famæ. Et hoc, sive expressè minatus sit alicui mortem, aut quid simile, sive tacitè, verbi gratiâ, *Faciam ne doleant tibi dentes.* Quæ sententia procedet, etiamsi non fuerint alia adminicula; quæ si adsint, ex solis minis subsecuto delicto volunt colligi indicium ad torturam. His deficientibus, ex nudis minis non poterit poni efficax aliquod indicium, cùm sæpe per iracundiam proferantur verba, & per lubricum linguæ, fine intentione ea exequendi, *l. 7. §. hoc tamen sup. Ad*

34 *L. Iul. majest.* † Est autem hoc in indicio judici prudenter advertendum ad minantis qualitatem, & videndum, an non sint alii inimici offensi, per quos & impunè se vindicent, & ille, qui minas protulit, habeatur suspectus ratione minarum; nam hoc aliquando contigisse, & innocentem propter minas pœnas luisse tradit Boërius *Decis. 166. n. 3.* Considerandum etiam judici, quo animo sint prolatæ minæ an ab iraeundo, an sedato, an sint absolutæ an conditionatæ, an delictum fuerit secutum in continenti, an verò ex intervallo. Vid. Menoch. *d. loco n. 60.* Hippolytus *d. loco n. 85. & seq.*

35 Quid si appareat accusati mendacium? Sunt qui ex hac causa ponant indicium sufficiens, quos citat Menoch. *d. loco n. 67.* Alii verò è contra negant eam sufficere, atque ita securiùs esse judicis arbitrio relinquere, qui circumstantias excutiat, an tales sint, quæ premant reum, ut rectè Clar. *d. loco n. 39.* ubi vult inconstantiam tantum ponere aliqualem præsumptionem contra reum. Hippol. *d. loco n. 74.* & Fachin. *lib. 9. c. 89.*

36 Ad trepidationem animi, quod attinet, & titubationem, nec eam sufficere ad torturam verior habet opinio, cùm non pauci etiam innoxii; præcipuè honestè nati, propter confusionem & ignominiam, periculi magnitudinem & cordis pusillanimitatem, inconstanter loquantur, pallescant, vultum mutent, nisi tamen alia concurrant adminicula, Menoch. *d. loco n. 7.* quod judex diligenter examinet. Thessaurus, *Decis. 24.*

37 Lubet hic quærere, an indicium sufficiens contra aliquem ponat, quo præsente sanguis ex vulnere occisi erumpit, aut fluere incipit? Ex occisi corpore sanguinem fluere, præsente occisore, plerique scribunt, & experientiâ sæpè compertum est. Exempla varia videre est apud Boër. *Decis. 166. num. 1.* & probatum fuisse scribit Livinus Lemnius *lib. 2. De occultis rer. mirac. c. 7.* ubi refert id contingere post aliquot horarum spatia, sanguine fortè necdum ita concreto. Alii verò id referunt evenisse etiam post aliquot dies: nam Boër *d. loco* tradit puerum à matre interfectum, octo diebus pòst, matre eum inspiciente, sanguinem ex naribus emisisse. Idem tradit, alium mortuum duobus pòst mensibus exhumatum sanguinem ex plagis, homicidâ transeunte, emisisse. † De eventu non dubitatur, tantum de causa

38 quæritur, quam varii variam tradunt. Plerique eam ponunt in antipathiâ & vestigiis hostilis ac vehementis odii occisi in occisorem, quod causet qualitas latens & arcana, impressa corpori tempore cædis, cum cadavere permanens, quæ faciat moveri & resolvi sanguinem & fluere ex vulnere per præsentiam occisoris. Quæ causa propriùs à vero abesse aliquibus videtur, cum & alii monstrosi antipathiæ effectus à variis habeantur descripti. Quò facit, quòd experientia doceat, tympanum ex pelle ovina raucum sonum edere, propter vicinam pellem vulpinam, cujus ratio poni nequit nisi in antipathia. Alii in miraculo vim totam ponunt, & in quadam divina vindictæ reposcendæ ratione, quod non sit naturale, concretum jam & arefactum non tantùm post horas aliquot, sed & post dies, imò menses, uti jam dictum, resolvi, refervescere & fluere sanguinem, quasi Deus detegendæ noxæ causâ id præ-

præter ordinem naturæ constituerit, unde volunt sufficiens indicium hoc esse ad decernendam quæstionem, quos citat Farinac. *d. p. 1. q. 52. n. 154.* Binsf. *De confess. malefic. prælud. 12. dub. 4. concl. 4.* Verum nec hæc posterior ratio sufficiens est aut tuta, cùm de miraculo non constet, & prior ista ratio, ut videatur vero propior, incerta tamen sit, cum & è contrà per sympathiam præsente dilectissimo sanguinem è cadavere fluxisse constet, ut in submersis evenire tradit Per. Gregorius *Syntag. lib. 36. cap. 20. nu. 8.* Ut hoc indicium remotum & incertum plerisque videatur non sufficiens ad torturam, cujus causa omninò incognita, & tortura contineat actum gravissimi præjudicii; ut procedat regula, quod in dubiis sit satiùs dimittere nocentem, quam innocentem damnare, Gomez. 13 *Var. cap. 13. num. 15.* & plures relati per Farinac. *d. loco num. 56.* Nisi tamen alia indicia concurrant, quæ reatum faciant probabilem & judicem sufficienter informent. Referuntur & alia varia indicia per Menochium *d. q. 89.* quæ penes eum videantur.

39 Quod attinet ad illa, quæ sumuntur ex aqua frigida, fervida, duello, ferro candente, & similibus, reprobata sunt ut incertissima & à superstitione non aliena, qua de re ꝟ *De purgat. vulgari.* Cujus generis & illud est, quod oritur ex proba per aquam sumpta, in quam conjectæ mulieres suspectæ artis magicæ, si demergantur, habentur innoxiæ, si verò supernatent, noxiæ. Quod etsi in aliquibus Germaniæ partibus & locis vicinis sufficiens habitum ad torturam, & quibusdam etiam doctis tale visum, rectiùs tamen à plerisque prudentioribus omninò reprobatum tamquam insufficiens, & judicatum superstitionis multum habere, certitudinis nihil. Cujus rationem naturalem cum reddere nequeant ejus defensores, confugiunt ad latentem quamdam dæmonis vim sua levitate corpora talium in aqua sustentantis, aut etiam ad antipathiam quamdam aquis à Deo insitam, qui eam creavit in instrumentum salutis humanæ, atque ita simul inseruit odium adversus illas, quæ salutis spem oderunt, ut injectas non recipiant, sed respuant. Futiliores equidem rationes, quàm ut vir doctus eas admittat, qui potiùs tale indicium judicabit popularem inventionem, fabricationem invidiæ, superstitionis plenam, qua de re latiùs consulatur Binsf. *De confess. malefic. membro 2, concl. fin. dub. 1.* & Mart. Delrio *De Magia lib. 4. qu. 5. sect. 1. 2. 3.* Pluraque alia indicia remota videre est apud prædictos auctores.

40 Ex dictis colligere est, unum indicium propinquum verosimile sufficere ad torturam, modò legitimè probetur; remotum autem non sufficere solum, sed plura concurrentia requiri. Qua in re cùm certa regula dari nequeat, judicis arbitrio res ea terminanda; quod tamen hac in re, sicut in aliis omnibus sit juri & æquitati consonum, qui non suam scientiam sequatur, sed publicam & legum: nam arbitraria quæ dantur judicibus, intelliguntur concessa secundum mentem legum & arbitrium intellectus rationis

41 V. Requiritur ad justitiam torturæ, judex interloquendo pronunciet reum torquendum esse, ut, si fortè credat reus se injustè torturæ addictum, appellare possit, *l. 2. Cod. Quorum appellat. non recip.* propter gravamen, per quod irreparabile damnum in vita & fama illi infertur: ac proinde & indiciorum copia illi danda, ut si possit ea refutet, aut purget, *l. Desertorem §. si ad diem inf. De re milit.* neque enim justæ defensiones reo sunt denegandæ, ut rectè tradit Gomez. *d. cap. 13. num. 21.* & latè Farinac. *d. p. 1. quæst. 38. & 39.*

42 Ultimò desideratur, ut personæ, de quibus quæstio habenda, non sint munitæ aliquo privilegio, aut qualitate, ut torqueri nequeant. Nam licet regulariter omnes torqueri possint, non habitâ distinctione, liber sit an servus, masculus an fœmina, cum & mulieres quæstioni subjiciantur, laicus, an Clericus, *cap. 1.* ꝟ *De deposito*, sunt tamen ab ista generalitate aliqui excepti. Et primò impuberes, *lege De minore 10. h. t.* quæ expressè habet, de minore XIV. annis non habendam quæstionem, quod ætas ea excusationem mereatur, *l. 2. §. impubes. 23. sup. De S. C. Silaniano.* Et hoc in causa aliena, uti domini, *d. §. impubes, 23. & l. Ex libero 15. §. 1. h. t.* In causa propria quare non debeat subjici moderatæ quæstioni non est ratio, cum, si crimen postulet, possit etiam supplicio affici, ut dicetur infrà *Ad tit. De pœnis*, & ita tradit Cujac. *6. Obser. cap. 22.* quatenus tamen est doli capax; nam aliàs ut sensus deest, ita & culpa abest, *l. 3. §. 1. sup. Ad S. C. Silan.* quam pœna præsupponit,

43 Prohibentur & milites tormentis subjici, *l. 8. Cod. h. t.* nobiles & eorum liberi, *l. Divo 11. Cod. eod. tit.* ubi idem decurionibus datum, uti & tributum volunt Doctoribus & Advocatis, ne dignitas eorum defœdetur. Quod & obtinebit in Doctoribus nuperis, quia & his sua est dignitas. Consuetudo tamen ne quidem Baronibus parcit,

Boet. *Decis.* 163. Clarus *d. §. fin. q. 64. n. 24.* quia reatus omnem dignitatem excludat, *l. 1. Cod. Ubi Senatores conven.* præcipuè in crimine læsæ Majestatis, quod facit nullam dignitatem attendi, *l. Nullus 4. C. Ad. L. Iul. majest.*

44 De prægnante muliere nequaquam quæstionem habendam esse tradit Ulpianus in *l. 3. inf. De pœnis* quamdiu prægnans est. De consuetudine nequidem post partum editum intra quadraginta dies subjici eam torturæ tradit Clar. *d. loco n. 23.* Utrumque optima ex causa, quæ in illo est venter, qui innocens pateretur, in hoc nimia debilitas, quæ tormentis ferendis impar quælibet cogeret fateri. † Ea quoque de causa senes non

45 videntur subjiciendi torturæ, decrepiti scilicet & defecti ætate. Clarus *d. loco n. 22.* Et hoc in causa aliena; nam in proprio crimine ut à pœna non sunt liberi, ita nec à quæstione, quæ tamen videtur moderatè adhibenda esse. Faber in *C. suo h.*

46 *t. Definit. 6.* † in aliena causa nemo liber homo subjicitur tormentis, *l. Si quis 12. h. t.* exceptâ causâ majestatis, in qua & accusatorem & testes subjici quæstioni receptum est, propter criminis gravitatem, *l. 13. C. Ad L. Iul. majest.*

47 De servis, quòd iis sine quæstione nihil crederetur, usitatissimum fuit quæstiones haberi *l. 1. & passim h. t.* non tamen in dominum, ejusve liberos, aut parentes, tutores, *l. 2. C. h. t.* ne quidem dominis eos offerentibus, *l. 7. C. h. t.* Cujus ratio est, quod indignum sit, auditi servos contrà dominos, quibus hoc ipsum periculosum, secundùm vulgare illud, *Quot servi, tot hostes*, & morte ipsâ tristius, servorum arbitrio committi salutem dominorum, *l. Unius 18. §. servus h. tit.* Quod & procedit in communi servo, *l. Quod placet 13. C. h. t.* licet aliud sit in servo municipum, quem non implicat in singulorum municipum caput torqueri, *l. 1. §. servum hoc t.* Ratio differentiæ est, quod communis servus sit singulorum servus, municipum autem servus non sit singulorum servus. Et hoc ita, quatenus verus est servus, aut pro tali possessus, *d. l. 1. §. si servus bona*, quia & in hoc habet locum supradicta ratio. Si tamen titulus sit justus & validus; nam aliàs non videtur impediri quæstio, quia non possit dici servus proprius, vel pro eo habendus, *d. l. 1. §. si quis dicatur.* Servus quoque hæreditatis, quamdiu incertum est, ad quem bona pertineant, torqueri potest, cùm non possit videri torqueri in caput domini, quem necdum certum habet *l. 2. h. t.*

48 † Quòd si servus sit distractus, nihilominus non torquendum esse in caput domini, responsum in *l. Etiam 11. & l. Extraneo 17. §. fin. & l. 18. §. servus hoc tit.* Ratio ponitur in memoria pristini dominii. Verùm isti dicto repugnat *l. 1. §. item Mommio h. t.* quæ asserit damnati servos in ejus caput torqueri posse, ex ratione subjectâ, quia ejus esse desierint. Quæ ratio priores leges videtur planè enervare, ut aliqui dubitent de sinceritate scripturæ *d. §. item Mommio.* Verum retentâ scripturâ, in qua nihil dubii, dicendum, priorum istarum legum decisionem in se veram esse, adeo, ut ne quidem contra emptorem, à quo servus est redhibitus, possit torqueri, *d. l. 11.* quod dominus fuerit. Excipitur tantum casus *d. §. item Mommio*, quo servus evasit prioris domini dominium ejus damnatione, propter scelus & turpitudinem, propter quam dignus non est talis dominus, cujus memoria à servis taliter alienatis colatur, ut rectè tradit Cujac. in *Recit. C. h. t. col. 1.* Ut extra hunc casum, qui desierunt esse in dominio, non sint interrogandi in caput domini, in memoriam dominii pristini. 49

Excipiuntur tres casus criminales. Primus est fraudati sensus, tributi scilicet fiscalis, in quo sunt Reip. nervi, ut habet *l. 1. §. in causis hoc t.* quæ dicit servum rectè instruere sive instituere professionem, id est delationem, sive judicium istud criminis in dominum, cùm nisi detulerit, de salute sua periclitetur. Secundus perduellionis, cujus crimen etiam ultrò adversus dominum deferens servus auditur, *l. 1. C. h. t.* quia & hoc in casu de salute sua periclitaretur. Tertius est adulterii, in quo servos uxoris torqueri posse in caput dominæ, servos adulteri in caput adulteri constat ex lege Julia *l. 3. & l. In adulterii 32. sup. Ad L. Iul. de adult.* Exigit id ipsum turpitudo rei. Quo casu ne servi in quæstione timeant, se in reorum potestatem regressuros, publicantur sive rediguntur in fiscum, ut liberiùs rem explicent, *l. Si postulaverit 27. § jubet, sup. d. t.* Quo in casu hoc præterea statutum, ut, si contigerit servo esse concessam libertatem, repudiumque mitti propter suspicionem adulterii, suspendatur libertas ad duos menses. Cujus ratio est, ne subducatur tormentis, si iis opus fuerit. Quod spatium etiam statutum, si mulier humanis rebus sit subtracta, idque causâ dotis *l. fin. C. eod. t. De adult.* Super insidiis marito ab uxore factis, vel è contra, quæstionem ab omni familia haberi rescriptum *l. fin. C. Ad L. Corn. de sicar.* Auditur & servus deferens dominum in causa arctioris annonæ, quam dominus supprimit vel arctat, & monetæ falsæ, quia agitur causa publica, *l. Vix certis 53. sup. De judic.*

50 Hæc ita in criminalibus. In pecuniatiis causis, si tute-

tutelæ agatur in tutores auditur servus, etiam in matrem dominorum suorum, *l.2.C.h.t.* Possunt & hæreditarii servi interrogari, quando agitur quæstio generis, status, ingenuitatis, suppositi partus, testamenti falsi, & quidem per quæstiones, sine quibus illis non creditur, *l.Super 9.10.13. C.h.t.* ita tamen, ut, qui hoc postulat, prius juret se bona fide id petere, quod putet per servum constare posse de veritate, *l.fin.C.h.t.*

51 Ubi quæsitum, An in causis pecuniariis servi contra dominos torqueantur? Posset videri, non magis in pecuniaria causa torqueri posse contra dominos, quàm in criminali, per *l.1.Cod.hoc tit.* ubi nec inopia probationum servi in istis causis contra dominum dicuntur interrogandi. Cui tamen contrarium responsum in *l. Divus 9. hoc t.* si aliter veritas inveniri non possit, in causa pecuniaria de servis habendam esse quæstionem. Idem responsum in *l. 7. sup. de testib.* & rescriptum in *l. Quoties 12.C.eod.tit.*

52 † Unde rectè Cujac. *2. Obser.c.33.in d. l.1.* judicat legendum esse, *In pecuniariis verò causis ex inopia probationum servos contra dominos interrogari posse*: per tormenta scilicet, non ubi hæc adhiberi non possunt, neque interrogationes prosunt. Et pro affirmativa ista lectione facit adversativa *vero*, cujus conditio est inferre casum priori contrarium. Ratio istius decisionis est, quia servus tali in casu interrogatur quidem contra dominum, non tamen in caput domini, siquidem de ejus capite non agitur, sed tantum de causa pecuniaria, ut nihil triste contineat in ea servum audiri contra dominum. Nihil obstat *l.6.C. h.t.* quæ generaliter prohibet etiam in causis pecuniariis servos audiri contra dominos; nam istud generale dictum restringendum secundum exceptiones jam dictas.

53 Servi itaque in aliena causa torquentur, non etiam liberi; exceptis quibusdam causis, de quibus supra, uti & quando facto intervenisse dicuntur & vacillant *l. Ex libero 15.l. Unus 18.§.testes h. t.* Statu liber, qui habet spem libertatis, videtur torqueri posse in causa adulterii in caput hæredis, *l.8.in fine h.t.* quod spes libertatis non faciat, quin adhuc sit servus. Libertus non torquetur in caput patroni, *l.1.§.sed nec libert.h.t.* uti nec is in caput alterius, qui in alium testimonium dicere cogi nequit, atque ita nec frater in caput fratris, *l.1.§. nec fratrem. h. t.* Imò nec frater audiendus contra fratrem instituens crimen capitale, aut magnum, *l Si magnum 13. C. Qui accus. non pos.* quia hoc non patitur sanguinis conjunctio.

54 An super socio criminis quis rectè torqueatur? Distinguit Cujac. *in Recit.C. De accusationib. & inscript. vers. Quid est ergo*, inter convictum & confessum, & vult illum interrogari posse, non etiam hunc.

55 † Quod attinet ad confessum, neutiquam is interrogandus est, sive inspicias jura Canonica, sive civilia. Expressim id habet textus in *c.1.De Confes.* confessos scilicet de se super aliorum conscientiis non esse interrogandos. Ad idem facit *can.Nemini xxv.q.3.* qui habet, nemini de se confesso super aliorum crimine credi oportere, quòd res ea sit periculosa; & *l. fin. C. De accusat.* tradit, ex veteris juris auctoritate de se confessos ne quidem de aliorum conscientia interrogandos esse. Cujus rationem dat Menoch. *2. Arbit. casu 474. n.18.* quòd talis persona de se confessa sit infamis, infamis autem non faciat fidem. Aliam rationem assignat *d.l.fin.* quòd posset alium nominare, sperans veniam, propter flagitia adjuncti vel pro communione criminis optans consortium personæ superioris, aut inimici supplicio in ipsa supremorum suorum sorte satiandus, aut eripi se posse confidens studio aut privilegio nominati. Alii eam rationem assignant, quòd alterius secreta detegere sit contra præceptum Decalogi VIII. quo monemur alterius honori & famæ consulere. Quod procedit etiam in casu, quo tale crimen est, quod sine sociis non committitur, aut aliter probari nequit, quia nihilominus socio fama sua est integra. Nisi tamen socium notet infamia, nam tunc inquisitio cura sit justa, & justè Judex interroget, non potest justè interrogatus mendacio illudere judici; quo casu cessat dictum Decalogi præceptum, & ratio ex eo sumpta, siquidem jam socii fama sit læsa.

56 Quod ad convictum attinet, asserit Cujacius eum rogari posse super socii conscientia. Rationem differentiæ dat, quod confessus, cum habeatur pro damnato, facilè posset, uti desperatus, confugere ad aliorum delationem, atque ita alienam salutem in dubium deducere, qui desperet de sua. Quod aliter se habere vult in convicto, quod is, cum proprio ore se non prodiderit, non facilè sit alienos proditurus, cui tamen nec facilè vult haberi fidem. Verùm ista distinctio non respondet, *l.4.Cod.h.t.* quæ confessis convictisque negat credendum, vocantibus alios ad scelerum societatem. Et deinde passim socius super socio dicitur non rogandus, & utraque ratio superiùs data militat in utroq; ut non videatur facienda distinctio.

57 Excipiuntur ab hac regulâ quædam crimina, ut Ma-

Majestatis, in quo socius rectè rogatur super socio, c. 1. De confess. propter ejus enormitatem, eum & conscius, nisi prodat, puniatur, uti dictum suprà, t. Ad L. Iul. majest. Idem obtinet in crimine hæreseos, nam & hoc crimen pestiferum est, Remp. gravissimè lædens, cujus bono cedit, ejusmodi hominibus provincias purgari. Adde & latrocinium. l. 6 sup. De exhiben. reis, crimen falsæ monetæ, l. fin. C. Ad L. Corn. de falsis. Quibus rectissimè addideris crimen maleficii sive magiæ, omni alio atrocius, cui dediti dicuntur hostes publicæ salutis, l. fin. C. De malefic. qua de re videatur Delrio lib. 5. sect. 3. n. 2. ubi tradit Judicem teneri interrogare super sociis; omittentem verò peccare graviter contra justitiam, quòd non impediat mala Reipubl. & privatis inde eventura. Tradit & reum in conscientia teneri denuntiare socios, quos novit, aut præsumit se non correxisse, aut non destitisse à crimine. Navarrus in Summa c. 18. n. 59.

58 † Excipiuntur & crimina futura, ad damnum alicujus spirituale aut temporale tendentia, quod cujusque sit, aliorum gravia damna præcavere & avertere, juxta illud Apostoli, ad Roman. 1. Digni sunt morte non tantum qui faciunt, verùm & qui consentiunt facientibus. Nihil faciente dicto præcepto vitr. quod prædictæ rationi ut fortiori cedit, ut tradit Lud Peguera Decis. 5. Casibus exceptis non esse annumerandum furtum, rectiùs contra Bartolum in l. Repetit h. t. sentiunt Doctores, & pulchrè probat Binsfeld. de confess. Malef. memb. 2. §. dubium hic esse potest nisi sit futurum, secundùm jam dicta. V. Fach. lib. 9. Contr. c. 42.

59 † In casu autem, quo judici est permissum super socio interrogare, reum non interrogabit nominatim, & in singulari, ne fortè suggerat, aut injustè aliquem notet, sed generaliter, inquirendo, quis crimen commiserit. l. 1. §. qui quæst. 21. h. t. Quantum autem momenti habeat dictum socii, diximus suprà hoc eodem Tit.

60 Hinc resolvenda venit quæstio An unum crimen confessus, possit & super aliis interrogari? Si super aliis nulla contra reum sint indicia, aut nulla eum notet infamia, juris & rationis est, neutiquam eum interrogari posse: neque enim ratio fert, juxta ea, quæ antè diximus, ut non infamatus nominetur a socio, & super eo inquiratur: atque ita nec eadem ratio permittit, non infamatum nec gravatum aliquibus indiciis contra se rogari, & cogi se prodere, cùm malus in uno crimine non præsumatur & malus quoad cætera crimina. Consuetudine tamen passim contrarium receptum & usitatum, quam meritò reprehendit Navarrus in Rub. cap. Novit. n. 6. De judic. qui vult peccare graviter judices, & injustè & sine ulla causa imponentes occasionem se infamandi, qui ad id nullâ lege tenentur, nec civili nec naturali. Ut aliqui hoc non tam esse judicis officium quàm tyranni dixerint, neutiquam eos excusantes per consuetudinem, quæ potiùs corruptela dicenda; nisi tamen unum crimen sit præparatorium, vel consequens, vel annexum. Binsfeld. d. membro 2. in princ. §. Aliud hic occurrit.

61 Finis quæstionis est ut per eam constet judici de veritate, quam ut facilius consequatur, inchoanda illi erit quæstio à suspectissimo, l. 1. §. item Divus hoc tit. aut timidiore & teneræ ætatis, à quo speratur citò veritas, l. Vnius 18 h. t. Hinc à fœmina sumendum exordium, & ex pluribus à minore, ea qua expressa confessio facit sæpè annosam & obduratam vetulam facilius induci ad confitendum.

62 † Circumspectum autem oportet esse judicem in adhibenda quæstione, & utendum illi temperamento moderatæ rationis, non pro libidine accusatoris, sed pro causæ qualitate, & indiciorum momento, ut reus sit salvus vel innocentia vel supplicio, l. 7 h. t. Qui si modum excesserit torquendo, tenebitur reo: si morti causam dederit, tenebitur etiam L. Corneliâ de sicariis si dolus ejus appareat, neque enim tam de modo cædis quæritur, quàm sufficit dolo cam procuratam, ut traditum suprà de sicariis.

63 † Quantum autem fidei expressis per quæstionem habeat judex, ex circumstantiis & qualitatibus advertet, nec omnibus fidem habendo, nec omnibus detrectando, d. l. 1. §. quæst. Quomodo an confessio rei sit probabilis, verosimilis, possibilis, diligenter examinabit. In sponte confitentibus advertet, an non tam conscientiâ criminis, quàm potiùs tædio vitæ aut tormentorum impatientiâ confessio sit facta. d. l. 1. in fine, cuj9 rei exempla habet Menoch. 2. Arbitr. casu 269. ubi tradit aliquos noxios in tormentis constantissimè perdurasse, & è contrà aliquos insontes tormentorum metu confessos quod non fecissent, & alios tædio vitæ confessos crimina non commissa, quibus vita supplicium erat, mors solatium. Inquiret & priùs, an homicidium vel aliud crimen sit commissum, uti dictum suprà

64 Quibus ritè peractis resolvenda venit quæstio, An ex confessione per quæstionem extorta judex reum damnare possit? Quod affirmandum, cum non præsumatur contra se confessus si tamen extra tormentorum conspectum positus intra 24.

tra 24. horas, vel, ut quidam volunt, intra spatium Judicis arbitrio præfixum, non revocaverit confessionem. Gomez. *d. cap. 13. n. 14.* Silentio enim tanti temporis purgatur vis, quæ confessioni taliter extortæ subesse posset.

65 Revocatio intra dictum tempus faciet confessionem esse nullius momenti, utpote vi tormentorum extortam. Poterit tamen quæstio iterari, licet non ultra duas vices; nam qui ter revocat confessa, non tam criminis conscientiâ confessus videtur, quàm doloris impatientiâ & deindè vitanda est infinitas, maximè in actu tam odioso & præjudiciali, secundùm tradita à Gomez. *d. loco n. 24.*

66 † Quòd si reus in tormentis animum, corpus obduraverit, nihil confitendo, si sufficienter quæstio adhibita fuerit, volunt eam non posse reperi, quod indicia priora sint in tormentis purgata, nisi tamen evidentioribus argumentis prematur, ut habet *d. l. Vnius 18. §. 1. h. t.* Aliàs benè monet Gomez. *d. loco* potiùs reum relaxandum esse, quàm definitivè absolvendum. Quòd si aliàs sufficienter crimen probetur, nihil prodesse constantiam in tormentis, probavimus suprà h. t. Vide Boer. *q. 193.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 18. De Quæstionibus.

A *D n. I.* Tortura an cum principiis Theologicis & Politicis pugnet † *vid.* Wilhelm Zepper. *lib. 5. legum Mosaicarum forens. explan. cap. 10.* Anton. Prætor. *tract.* von Zauberey *fol. 179.* Joh. Grevius *in suo tribunali reformato lib. 1. c. 4. fol. 71.* Besold. *in thes. pract. verb.* Peinliche Frag. ubi pro & contra torturam multa adducit. Quicquid sit, quamvis in veteri Testamento ignotæ vel non usitatæ fuerint torturæ, alia tamen ferè consimilia media usurpabantur, & sortes in dubiis & occultis maleficiis, quorum authores ignorabantur, adhiberi solitas scimus. *Jos. 7. vers. 14.* 1. Sam. 14. *vers. 40.* Jon. *cap. 1. vers. 7.* Sic etiam mirabilis exploratio adulterii usitata erat per potionem amaram, Num. *cap. 5. vers. 13. & seqq.*

Ad n. VII. VIII. & seqq. Indicium ad torturam sufficiens, germanicè vocatur, redliche Anzeigung/ quod comprehendit etiam, redliche Wahrzeichen/Argwohn/Verdacht und Vermuthung, *sec. constit. crim.* Carol. V. *art. 19.* Gilhaus. *in arb. Indic. crimin. cap. 6. part. 4. n. 44. & seqq.* Godellm. *de Magis lib. 3. c. 9. n. 12. c. 10. n. 10.*

De indiciis Franc. Cason. *in tract. de malef. præmedit. cap. 3.* hanc tabulam ponit quam hic addere lubet: Omnia indicia autem sunt humanæ actionis.

1. Personæ. { Fama. Conversatio. Consuetudo. / Natio. Conditio. Forma. / Ætas. Sexus. Nomen.

2. Causa delicti. { Physiognomia. Pallor. Ira. / Odium. Metus. / Spes. Cupiditas.

3. Facto ante delictum seu contento, seu co. { Ubi fuerit? ubi visus sit? / Quo cum visus sit? / Num quid appararit? / Num quem convenerit? / Num quem habuerit, de consciis? / De adjutoribus & adjumentis? / Num quo in loco præter consuetudinem fuerit?

4. Facto

4. Facto in delicto, seu adjuncto delicto.	Aut alieno tempore Locus, Tempus, Modus.
5. Non facto	Occasio, Facultas Quid factum sit, quod non oportuerit Aut non factum quod oportuerit. &c.
6. Dicto.	Nunquid dixerit Reus, ante, in, seu post delictum. Prout minæ & confessiones, item fama & reliqua.
7. Non dicto	Tacens delictum præsumitur particeps Non respondens torquetur sine indiciis. &c.
8. Facto quodam consequenti delictum indicante de reo, sed non de proposito.	Fuga, cruor, pallor. trepidatio, repertus in loco delicti & reliqua.

Plura de indiciis ad torturam sufficientibus. *vid. ap.* Mynſ. *cent. 6. obſ. 97.* Beſold. *in theſ. pract. verb.* Heren / Unholder / Adam Keller. *de offic. Iuridic. politic. lib. 1. c. 12. fol. 412. & seqq.* Treutl. *vol. 1. diſp. 31. th. 5. lit. f. ibiq. alleg.*

6. *Ad n. XV.* Aliud est fama (Gerücht) aliud suspicio (Verdacht) Illius probatio & quod orta sit ab honestis & fide dignis requiritur, cum de tortura decernenda quæritur; hæc sufficit ad indicendam purgationem, quæ multò levior est & tolerabilior quàm tortura. Quæ autem ad famam probandam sint necessaria; *vid. ap.* Mynſ. *cent. 5. obſ. 46.* Weſ. *conſil. 13. n. 61.* Vult. 2. *Iuriſpr. Rom. 2. n. 32.* Maſcard. *de probat. concl. 649. 750. & seqq.* Gramm. *conſil. 42. num. 8.*

Fama ad indicendam torturam sufficit, quando reus de aliis delictis diffamatus est, & sic malæ vocis, conditionis & famæ, wann der Beklagte / einen bösen Leimuth und sonsten verdächtig ist: nam tunc ex qualibet levi suspicione attingente delictum, de quo quæritur, reus solet tormentis subjici, modò illa fama sit, in eodem genere delicti. Hunn. *in tr. crimin. ca. 3. theſ. 155.* Quia semel malus, semper præsumitur malus *cap. semel. de R. I. in 6. facit text. conſtit. crim. Carol. V. art. 25. §.* Erstlich ob der Verdacht. &c. 2. Torturæ locus est, si fama non ab inimicis malevolis, aut levibus hominibus, sed ab honestis & fide dignis personis initium cœperit. *dict. conſtit. Carol. V. art. 25.* verſ. Doch sol solcher böser Leimuth nicht von Feinden oder leichtfertigen Leuthen / sondern von unparteylichen redtlichen Leuthen kommmen. *adde* Zanger. *de tort. c. 2. n. 8. & seqq. &* Feher. *tract. de fama paſſim.*

Ad n. XVI. Fuga an & quatenus faciat indicium ad torturam vel non? *vid.* Cævall. *quæſt. 393.* Maſtrill. *deciſ. 296.* Bocer. *tract. de tortur. c. 3. n. 32.* Mynſ. *cent. 6. Obſ. 98.* Thom. Metzger. *de tort. conſ. l. 108.* Et quomodo contra Reum, post delictum commissum, arripientem fugam, sit procedendum. Coppen. 2. *Obſ. 123.*

TITV-

TITVLVS XIX.

De Pœnis.

SVMMARIVM.

1. *Pœna quid, & quotuplex?*
2. *Pœnarum capitalium modi varij.*
3. *Crucis varia forma & specialis Crucis Christi.*
4. *Pœna carceris perpetui quando committatur.*
5. *Gladij & furca pœna communis inter Christianos.*
6. *Pœna non capitalis qua dicatur.*
7. *Membri abscissio neutiquam est capitalis.*
8. *Pœna alia ordinaria alia extraordinaria.*
9. *Iudex an teneatur infligere pœnam lege prascriptam.*
10. *Iudex diminuere aut remittere pœnam non potest.*
11. *Neque etiam excedere, nisi utrimque circumstantia aliud postulent.*
12. *Pœnam sententiâ latâ mutat aut tollit solus Princeps.*
13. *Pœna ordinaria olim per legem inferri solita.*
14. *Pœna extraordinaria eademque arbitraria.*
15. *Est hac & pecuniaria & corporalis.*
16. *Amputatio membri an sit arbitraria.*
17. *Pœna extraordinaria an possit extendi ad mortem.*
18. *Pœna ordinaria an sit locus ex prasumptione.*
19. *Prasumptio urgens est loco plena probationis.*
20. *Hasitatio aliqua non sufficit ad condemnationem.*
21. *Punitus per judicem Ecclesiasticum puniri & per laicum potest.*
22. *Finis pœnarum est Reip. bonum.*
23. *Pœna in peccante tantùm locum habet.*
24. *Impubes an puniri possit?*
25. *Impubes an sit capax deli arbitrabitur judex.*
26. *An delictum impuberis puniri possit per pubertatem?*
27. *Furiosus an puniendus de delicto in furore misso?*
28. *An de delicto ante furorem commisso?*
29. *Intellectus l. Divus de offic. Præsidis.*
30. *Prodigus non excusandus.*
31. *Brutum an puniri possit?*
32. *An & in cadavera statui pœna?*
33. *Nuda delinquendi voluntas non punitur.*
34. *Nisi quis scelus conceptum exequi cœperit.*
35. *Vel mandaverit susceperitvè assasinium.*
36. *Quo loco quis puniendus, an ubi captus, an ubi deliquit?*
37. *Et qua pœna, an domicilij, an loci delicti?*
38. *Conditio delinquendi inspicienda, qua fuit tempore delicti.*
39. *Pœnam mitigari facit atas minor.*
40. *Item atas ingravescens.*
41. *Mulier pragnans an affici supplicio possit.*
42. *Supplicium accelerandum periclitante partu.*
43. *Pœna interpretanda in mitiorem partem.*
44. *Vnam tantùm manum habenti an ea amputanda?*
45. *Pœnam remitti facit lapsus temporis.*
46. *An & quia crimen longo tempore sit commissum?*
47. *Pœna remissionem an operetur postulatio damnati in maritum per puellam?*
48. *Rupto laqueo decidens an dimittendus.*
49. *Pœna pecuniaria remissionem an causet inopia damnati.*
50. *Non omnibus judicibus pœnarum omnium permissa irrogatio.*

FAcinorosorum inquisitio eò spectat ut, si de veritate criminis pateat, rei pœnâ condignâ afficiantur, aliàs, si innocentes inveniantur, absolvantur. † Est autem pœna sanctio legis, quia sine lege non infertur. Dicitur & supplicium peccati. Describitur à Cujacio in *Parat. h. t.* esse delictorum sive criminum coërcitio, inducta ad disciplinæ publicæ emendationem. Alia est capitalis, alia non capitalis. Per illam infertur mors naturalis, aut civilis, per mediam aut maximam capitis diminutionem, vel aquæ & ignis interdictionem, quod genus pœnæ quare introductum sit à Romanis dictum supra hoc libro *Tit. 1. n. 4.* In cujus locum successit deportatio. 1

Pœnarum, quibus infertur mors naturalis, varii modi à variis inventi, præcipuè tyrannis. In usu frequenti erat gladius, ignis, eculeus, furca, cui hominis nudi cervix inferebatur, & ad mortem is flagellis cædebatur, quod genus posteà sublatum, *l. Aut damnum §. bestias hoc tit.* quia durum aliquem damnari, ut virgis aut verberibus enecetur: ad bestias damnatio, cum quibus 2

quibus rei depugnarent, aut etiam inermes objiciebantur, aut palo affixi iis devorandi dabantur. * Crux cujus varias fuisse formas videre est apud Clariss. Virum Justum Lipsium, *in libello De Cruce*. Illa formâ Crucis, in qua Christus Salvator passus pro nobis, in puniendis facinorosis uti prohibuit lege latâ Constantinus Imp. qui noluit salutare illud omnibus signum subservire ad perniciem & colendum atq; eximium vilescere poenis damnatorum. A quo honorari coepta Crux, & labaris inserta exercitui praelata, expressa etiam in armis militum, imò & Imperatorum manibus tractata, globo, quem gestant, aureo, quo terra designatur, infixa, translata & ad capita & ad diademata Impp. exornanda. Ut meritò notandi sint impiissimi facinoris, qui ita signum Crucis reformidant, abhorrent, detestantur, ut ne quidem aspectu dignentur, credo jam praescii suae damnationis, per eum pronuntiandae, qui in Cruce omnium salutem est operatus.

Fuit & usitatus perpetuus carcer, *d. l. 8. §. solent*; verùm usus ejus posteà improbatus in liberis hominibus, *l. Mandatis 35. h. t. l. 6. C. eod.* in servis permissus, *l. Servos 10. C. h. t.* Fuerunt & aliae exquisitissimae poenae inductae à persecutoribus Christiani nominis in eos qui Christum confitebantur, de quibus videatur Baronius in Martyrologio, excogitatae etiam saeculo superiore ab Henrico VIII. Angliae Rege, ejusq; filia Elisabetha, Batavi quoq; nostri, quos scelestissima Calviniana haeresis infecit, exquisitissimae immanitatis poenas excogitarunt in eos, qui sub Orthodoxa fide Christum colunt. Ita eos docet mansuetudo novi sive quinti Euangelii. Hodie usitata est poena ignis in quibusdam criminibus, & ferventis aquae cum oleo. * Gladii & furcae poena communis est etiam inter Christianos, citra ullam crudelitatis notam, cùm crudelis dici nequeat, qui crudeles enecat; & homicidas sacrilegos, similesque punire non tam sit sanguinis effusio, quàm legis ministerium, *can. Qui malos 29. can. Homicidas 31. xxiii. q. 5.* & citra violationem juris divini aut naturalis, cùm ultor irae divinae dicatur ulciscens mala operantes, *can. Non solum 27. d. q. 5.* & humanitatis societate devinctus, qui persequitur crimina, *can. Non est iniquitatis 17. d. q. 5.*

Non capitalis est ea, quae continet corporis coërcitionem, ut fustigationem, flagellationem, cujus modos diversos fuisse videre est ex dicto libello D. Lipsii; inscriptionem frontis, quam sublatam diximus suprà; inustionem per ferrum candens, quo dorso imprimitur signum aliquod existimationis diminutionem, id est infamiam & mulctam pecuniariam fisco inferendam. * Quò rectè retuleris membri abscissionem, ut manus, pedis, quod non rectè capitali adscripseris, cum caput in civitate id genus poenae relinquat Menoch. 2. *Arbit. q. 89.* Maranta in *Spec. p. 4. dist. 2.* Inter poenas non capitales est & relegatio, bonorumque vel partis ademptio. * Alia item est poena ordinaria, alia extraordinaria sive arbitraria. Ordinaria est quam Lex aut Princeps praescripsit, aut consuetudo induxit, quae & Legalis dicitur.

Ubi quaeritur, An sit Judici imposita necessitas infligendi poenam praescriptam? Quod primâ facie posset videri negandum, cùm aliàs non liceret interpellare pro reo Judicem ad poenae remissionem, quia malum in se includeret, petere remissionem obligationis à lege ipsi Judici injunctae: licere autem eam petere patet ex variis locis, xxiii. *q. 5. can. 1. & aliis ibi.* Dicendum tamen reo sufficienter convicto Judicem obstrictum esse infligere poenam lege praescriptam, quod illi sit judicandum secundùm leges, non etiam de ipsis legibus *can. De istis dist. 4. can. Summopere 70. xi. q. 3.* Facit, quòd lex imponens poenam sit vera lex, feraturque non tantùm ut Judicem instruat, verùm & ut obliget ad imponendam paenam praescriptam, quia aliàs foret inefficax praescriptum legis, si judici foret licentia recedendi à lege. Deinde verba legum indicentium poenam diriguntur ad eum, qui habet executionem, cùm sint imperativa; talis autem est Judex, non etiam reus qui non tenetur ante sententiam ad ullam paenam, etiam in conscientia, uti traditur *ꝯ h. tit.* Facit denique, quòd Judex teneatur servare aequitatem legalem, quae resultat ex lege posita, etiam poenali, cujus est executor. * Hinc nec diminuit poenam, non tantùm pecuniariam parti applicandam, cui jus est per legem datum, uti in furto, L. Aquilia, rapina, quia diminuere non est judicis, sed nec si meram vindictam concernat. Nam diminuendo poenam in damnum Reip. injustitiam committeret, cùm illi jus sit, ut à delinquente sumatur debita vindicta in aliorum terrorem. Unde in *l. Servus 8. in fin. C. Ad L. Iul. de vi* infamiâ notatur Iudex, qui probatum crimen omisit, aut impunitate donavit, aut molliorem paenam protulit, propterea quòd bono publico minùs respondeat, aut delicta impunita dimittere, aut mitiùs, quàm merentur, punire. * Non etiam excedat paenam positam Iudex, quia exigeret à reo ultrà, quàm debet, non citra injustitiam. Si

Si tamen delictum habeat extraordinarias circumstantias aggravantes, in judicis est arbitrio illas punire; uti & è contrà remittere aut mitigare interdum pœnas, propter circumstantias, ut si ætas non sit sufficiens pœnæ tolerandæ, propter senium pueritiam, *l. Auxilium De minor.* Facit & modus peccandi ad remissionem, veluti si ex passione quis aut metu subito processerit. Causa: & paupertas mulctam pecuniariam remitti, *l. Illicitas in fine sup. De officio Præs.* nisi crimen faciat, ut qui non habet in ære luat in pelle. Multùm etiam situm est in modo probationis: nam reo præsumptivè tantùm convicto, temperandam esse pœnam in praxi receptum, ut videre est apud Tiraq. in *Tract. De pœnis temperan.* qua de re hic inferiùs aliquid dicemus. Est denique pœnitentia voluntaria causa murandæ aut leniendæ pœnæ, uti in sagis, quas facit spontanea pœnitentia priùs strangulatas cremari, quæ aliàs vivæ forent cremandæ.

12 Et hoc ita in judice inferiore obtentum ante pronuntiationem sententiæ; sententiam enim à se dictam non mutat, cùm sit functus officio, ne quidem in casu, quo postea appareat condemnati innocentia, *l. Divi 27. h. t. l. Pœnam 15. C. eod.* Quo casu consulendus est Princeps, qui pœnam sententiâ dictam mutet aut tollat, non nisi rarissimè & urgentissima ex causa. Cujus etiam est remittere damnato pœnam, qui est ejus roboris & artificii, ut populo dignè possit exhiberi, *l. Ad bestias 31. h. t.*

13 Fuit autem olim non ita necesse, ut judex sententiâ pœnam indiceret, quòd illa per legem inferretur hoc ipso, quo de facto constaret per sententiam. Quo facit *l. Ordine 21. inf. ad municip.* ubi dicitur facti quæstio esse in arbitrio judicantis, non etiam juris auctoritas, id est, pœnam non imponi arbitrio judicis, sed constitui lege. Nuperrimo Edicto Principes nostri an. 1611. *art. 42.* caverunt, ut judices teneantur imponere pœnas, per Edicta Principum aut receptum loci usum competentes, aut, si nullæ sint statutæ, secundùm leges communes. Vide Peregrinum *De jure fisci lib. 4. tit. ult. n. 14. & seqq.*

14 Extraordinaria pœna est, quæ nullâ lege aut statuto definita extra ordinem à judice venit imponenda, pro factorum, quæ varia sunt, qualitate infligenda, judicanda ex ejus arbitrio; neque enim possunt omnes articuli legibus aut Senatusconsultis comprehendi, *l. Non possunt sup. De legib.* unde & arbitraria dicitur. † Certum est

15 hac contineri licentiam coercendi, non tantùm pœnâ pecuniariâ, *l. 9. sup. De sepulchro viol.* verùm & corporali, ut relegando, in opus publicum dando, infamia notando, ut patet ex *l. 6. sup. De extraor. crimin. & Tit. ibi seqq.*

16 An & membrum amputando? Id aliqui negant, eo argumento, quòd ad pœnam mortis non extendatur arbitrium; morti autem sit similis ista pœna. Moventur dicto Bartoli in *l. Imperator 8. sup. De statu homin.* quòd ut prægnantis differendum est supplicium, ita & amputatio membri ex eadem ratione sit differenda. Verùm, admisso hoc dicto, argumentum ex eo non sumetur urgens, cùm dilatio pœnæ mulieri concessa non fiat in beneficium mulieris, sed prolis, cujus bono uti & cedit dilatio amputationis membri, ita & ea concedenda. Quæ ratio cum sit per accidens nihil facit ad quæstionem, in qua primaria ratio est, quòd mutilatio non inducat pœnam mortis, neque naturalis neque civilis, cùm utraque post eam salva maneat. Ut non obstet istud argumentum, quò minùs amputatio membri in arbitrio sit judicis, ut rectè tradit Menoch. *1. Arbitrar. qu. 86. n. 9. & seq.* reprehendens Alexandrum, qui *Cons. 13. n. 17. lib. 7.* asserit membri abscissionem & pœnam capitalem à pari procedere.

17 Alia quæstio est, An possit extendi ad mortem? Plerique id negant, quibus durum videtur, judicis arbitrio tantum concedere, nullo statuto aut lege concurrente; quam partem Clarus asserit magis tutam & mitiorem, & in judicando ab ea non esse recedendum. Verùm quid si atrocitas delicti pœnam mortis exigat, quod aliàs non puniretur sufficienter? Negari non potest, quin pœna mortis veniat infligenda, ut, quod exigit publicum bonum, crimen condignè coërceatur in aliorum exemplum; aliàs coërctio malè relicta foret arbitrio judicis. Facit in eam rem *l. 1. C. De his qui latrones;* ubi latronum receptatori, cui extraordinaria & arbitraria proposita est pœna, pro personæ qualitate & æstimatione judicis, mortis pœna indici potest. Alia similia loca est invenire suprà in titulo extraordinariorum criminum. Hanc partem amplectitur Abbas in *c. Ex litteris 11. in De constit.* Felin. *ibid. n. 23.* & alii, quos refert Menoch. *d. loco n. 20.* ex ratione, quòd pœna sit infligenda condignè, & juxta delicti qualitatem, quæ tanta esse potest, ut mereatur capitalem. Vide Marantam *in speculo p. 4. dist. 2. n. 59. & seqq.* Chassan. *ad Cons. Burg. Rub. 1. §. 5. V. à l'arbitrage du Iuge n. 2. & seqq.*

Pœna itaque delicto commensurata est infe-

renda, quatenus de illo constat, & quidem per clarissimas probationes; agitur enim de damno magni præjudicii & sæpè irreparabili, unde circumspectè & cautè judici procedendum.

18 Ubi quæritur, An ordinaria pœna inferri possit ex præsumptione? Pro negativa varia faciunt. I. Quòd præsumptio non ponat liquidissimam probationem, qualis requiritur in criminalibus, *l. fin. C. De probat.* II. textus in *l. Absentem §. 1.* & *c. Litteras in fine* ⁖ *De præsumpt.* ubi de suspicione etiam vehementi nemo dicitur damnandus. III. textus in *c. Adferte* ⁖ *De præsumpt.* ubi non infertur pœna. Et ita plerique non improbabiliter tenent, quos citat & sequitur Menoch. *1. Præsumpt. q. 97. n. 27. & seqq.* citans eam in rem alia jura. Non videtur tamen omninò improbabile, posse inferri pœnam ordinariam, quatenus est urgens præsumptio, plenæ probationi æquivalens, qualem dari posse negari non potest, ut & ejus effectus illi sit concedendus. Pro qua parte adducitur textus in *l. Si quis 34. C. Ad L. Iul. De adult.* ubi violenta præsumptio ponit adulterium, cujus sibi pœna infligenda dicitur. Idem habetur in *c. Litteris* ⁖

19 *de præsumpt.* † Quod non tantum procedit in præsumptione juris & de jure, quæ habetur certissima, sed & ea, quæ est juris tantùm, si sit tam urgens, ut sit loco plenæ probationis, præcipuè quando agitur de delictis occultis, quæ sunt difficilis probationis, cùm sine arbitris contingant, cujus ordinis est adulterium & similia crimina, ex ratione, ne maneant impunita. Abbas in *d. c. Litteris in fine, & ibid.* Felin. *in pr.* Non obstat *d. l. fin.* quia præsumptio præsupponitur talis esse, quæ æquivaleat probationi, cui quod datum etiam tali præsumptioni dandum. Non etiam obstat *d. l. Absentem & d. c. Litteras*, quia agunt de suspicione, quæ est multò minor præsumptione. Nihil quoq; facit *d. c. Adferte*, quia loquitur in casu, quo agitur civiliter, ut mirum non sit pænam nullam ibi infligi. Vid. Barbosa, ad *l. 2. in princ. n. 76. sup. Soluto matrim.* Sarmi-

20 entus 1. *Select. Interp. c. 1.* † Quòd si non fuerint certa indicia, sed subsit aliqua hæsitatio, non videtur judex procedere posse ad condemnationem, cùm qui non probatur nocens, sit habendus innocens, ut ne quidem mitiùs possit puniri, electâ juxta quosdam mediâ viâ, ne vel innocens oneretur, vel nocenti condigna pœna non indicatur. Communi tamen praxi receptum, ut pœna delicti tantùm præsumpti vè probari mitigetur, propterea quòd licet reus non videatur omninò innocens non pateat tamen de crimine per veram probationem.

21 Posset & hic quæri, An punitus de jure Canonico per judicem Ecclesiasticum, veniat & puniendus per sæcularem? Quod dicendum, quando crimen est mixti fori punitum pœnâ Canonicâ, quæ non sit condigna; potest enim nihilominus infligi civilis, ut patet ex *c. felicis circa fin. De pœnis in 6.* idque ne crimina maneant condignè impunita. Et ita tenet Covar. *ad c. Raynutius 16. in pr. nu. 27.* ⁖ *De testam.* Peckius in *c. Bona fides n. 4. & 7. De R. I. in 6.* Gomez. *3. Var. c. 1. n. 40.*

22 Finis pænarum unus præcipuus & summus est Reip bonum, quod omnes leges intendunt, & consequuntur, procurando ejus tranquillitatem, quam procurant licentiam delinquendi improbis auferendo, qui domiti meliùs se habent, & tuta inter eos est innocentia. Et hoc non tantùm pænis levioribus, verùm & gravioribus, morte etiam: nam, ut ait Seneca 2. *De ira c. 15. & 16.* si corrigi nequeunt, nilque in iis bonæ spei capax est, tollantur è cœtu mortalium. Quæ res & bona reo, & aliis: reo, quia cùm insanabilis illi sit animus, scelera sceleribus contexens, quæ aggravata majora illi supplicia accersant, & ita perbiberit nequitiam, ut sine ea vivere non possit, optimè de eo meretur, qui maturè eum flagitiis eripit per mortem, auferendo illi, quâ vexabatur, insaniam: aliis, ut non virtutis amore, saltem pænarum metu à malefaciendo deterreantur, nam & ille finis pœnæ, quòd unius pæna sit metus multorum, *l. 1. C. Ad L. Iul. repetund.* Unde S. Aug. in *can. Non est innocentia* XXIII. *q. 5.* dicit, innocentis esse, punire peccatum, ut aut ipse, qui plectitur, corrigatur experimento, aut alii terreantur exemplo; stulto enim pereunte sapiens fit astutior.

23 Ex quibus patet, pœnæ non esse locum, nisi in eo, qui peccavit, neq; enim alieno crimine quis prægravandus. Unde filius, ut non solvit debitum patris *l. C. Ne fil. pro patre*, ita nec crimina, ut nec è diverso pater filij. An autem ex delicto filij possit pater conveniri ad legitimam, dicetur infrà *Tit. 20.* Cùm verò sit duplex pœnæ finis, & ut corrigatur reus, & exemplo prosit.

24 Quæritur, An impubes puniri possit? Pro parte negativa facit, quòd non sit doli capax, ut videatur potiùs casu deliquisse. Pro altera verò, quòd & in eo videatur statuendũ aliis exemplũ, argumento brutorum, de quibus mox. Dicendũ, extra pænã esse impuberem, quòd non aliud admissum

missum pœnã mereatur, quàm cui dolus caussam dedit, qui cessat in impubere. Nisi tamen doli capax videatur; quam rem aliqui metiuntur ex annorũ numero, censentes pubertati proximos, quales sunt masculi, qui decem & medium annum exegerunt, doli capaces esse, inducti per textum *Inst. De oblig. quæ ex delicto nasc.* §. *penult.*

25 † Alii rectius id arbitrio judicis relinquunt, ex qualitate personæ, & aliis circumstantiis colligendũ, cùm contingat alios aliis maturiùs judicio pollere, & doli capaces esse, ut res ista unâ regulâ non sit terminanda. Non obstante *d.* §. *penult.* qui non adserit simpliciter, pubertati proximum intelligere se delinquere, cùm contrariũ potiùs insinuet per adjectam clausulam, *si ideò intelligat quid agat.* Ut res ea arbitrio judicis sit commissa, qui cautius advertet, quo reus minùs à pubertate distet. Si tamen puniendus veniat impubes, quia appareat doli capax, mitiùs puniendus erit quod non obstante dolo, tantus in eo non sit affectus; solet enim ætas diminuere ut sensum, ita & culpam communiter, & pœnam, Covar. ad *Clem. Si furiosus p.* 3. *in pr. n.* 5. Clar. §. *fin. q.* 66. *n.* 3. Menoch. 2. *Arbitr. casu* 329 *num.* 2.

26 Consequenter quæritur, An delictum impuberis puniri possit saltem post pubertatem? Solutio hujus dependet ex superiori quæstione: nam si delictum non est, quia cessat dolus, non debet sequi pœna post pubertatem, quæ superveniens non potest sola dolum ponere, & ex non delicto delictum facere. Quò facit, quòd in delictis sit inspiciendum tempus delicti, non etiam punitionis, ut quod isto tempore tale non fuit, posteà fieri nequeat, quia causa ejus deesse videtur. *Glossa in l. Sciant.* C. *De legitim. hæred.* & Covar. *d. num.* 5. *in fine.*

27 Venit aliâ hinc resolvenda quæstio, An furiosus sit puniendus de crimine in furore commisso? Quod negandũ, ex eo, quòd crimen, licet sit gravissimum, pro crimine tamen non imputetur furioso, sed potiùs casui, *l. fin. in fine sup. De admin. tut.* cùm sensu & judicio careat. Jurisconsultus in *l. Infans* 12. *sup. Ad L. Corn. de sicariis* fati infelicitate eum excusari dicit, & non tam facere quàm pati injuriam, *l.* 3. §. 1. *sup. De injur.* Quod & obtinet non tantùm, si in furore persistat, verùm etsi ad sanam mentem redeat, neq; enim per hoc delictum illi magis imputandum, argumento eorum, quæ jam dicta.

28 Quid si sanæ mentis existens deliquerit, an in furorem posteà incidens puniri poterit? Communis resolutio est negativa per *l. Divus sup. de officio Præs.* ubi dicitur talem furore ipso satis puniri. Facit & ratio, quòd pœnæ finis, qui est, ut corrigatur & cautior fiat reus, in eo cesset, ita ut ne quidem contra eum tanquam absentem indefensum processus inchoetur, *l.* 2. §. *furiosus sup. de jure cod.* contumax autem dici nequeat, cum animo, ex quo contumacia caussatur, careat *l. furiosus sup. de re judic.* Quod & procedet, si post sententiam antè executionem reus in furorem verè inciderit, non simulatè; sistenda enim est executio quoad pœnam corporalem (cujus ratio infrà proponetur) licet quoad bona non sit impedienda Covar *d. loco n.* 2. Clar. *d.* §. *fin. q.* 60. *n.* 8. Menoch. *d. loco casu* 325. *n.* 12.

29 Obstare dictis videtur *d. l. div.* quæ nec morbo dandam veniam habet rescriptũ esse ab Imp. Verùm rectè ista lex accipitur de crimine commisso tempore dilucidi intervalli: non quòd puniendũ sit durante furore, sed quòd morbus recurrens non debeat impedire, quin pœna infertur reo, ubi ad mentem redierit, ne facinus impunitum maneat, quod per furorẽ intervenientẽ non minuitur. Quò faciunt verba dictæ legis, *ac si putabis etiam vinculo coërcendus, quoniam tam ad pœnam quàm tutelam ejus & securitatem proximorum pertinebit.* Est autẽ furor judici examinandus ex circumstantiis, quas ideo attentè perpẽdet, ne quid simuletur à reo V. Fach. *9. cont. c* 3.

30 Aliud statuendum in prodigo, neq; ratio est, ut talis excusetur in delictis, cùm doli sit capax, ne furioso compararetur nisi quoad bonorum dissipationem, *l. Is qui* 6 *divus sup. De tut. & curat.* ut quoad reliqua sit habendus integri sensus, ex regula, quòd exceptio firmet regulam in casibus non exceptis, Cagnol. in *l. Furiosi* 40. *n.* 13. Decius *n.* 9. *De R. I.* Caldas *ad l.* 3. *cùm non absimilis n.* 43. *C. De in integ. restit. minor.* De crimine in ebrietate commisso, aut per iram, amorem, dormientem; dictum suprà *t. Ad L. Corn. de sicar.*

31 Lubet hîc quærere, An & brutum pœnâ affici possit; propter id, quod in se scelus continet? Regulare est, ubi culpa non est ibi pœnã non poni. Culpam in bruto defectus sensus removet, ut & pœna removenda videatur, argumento impuberis & furiosi. Verùm & lex divina bovem, qui cornu petens occidit hominem, lapidibus obrui mandat, carnem comedi prohibet, & propter bestialem concubitum etiam bestias voluit suspendi, *Exod.* 21. *Levit.* 20. *can. Mulier* XXV. *quæst.* 2. Cui respondet, quòd in Concilio Wormatiensi jubeantur interfici apes, quæ hominem occidissent. Accedit quod narrat Plinius. *lib.* 8. *cap.* 18. visos

visos fuisse in Africa leones suspensos, quod ab iis fuissent obsessæ urbes. Draco etiam Atheniensium Legislator antiquissimus, præter brura, res inanimas puniendas judicavit, ut ligna, lapides, ferrum, aliaque, si delapsa hominem occidissent, eaque urbe agroque exterminanda statuit. Quo facit, quod tradit Pausanias, *lib. 5. in fine*, Æleos damnasse bovem æneam, eamque deportari jussisse, quod ejus ori pueri ludentis caput illisum necis causam tribuisset. Qui idem *lib. 6.* apud Phasios scribit statuam æneam in mare projectam, quòd cadens hominem occidisset; & *lib. 1.* auctor est, in Pritaneo Atheniensium judicio Græcos quotannis in jus vocare securim, quâ occisus fuerat bos Erithræi Regis Atheniensium. Cujus ratio non est nisi in exemplo, ut recordatione Periculi alieni horror injiciatur hominibus à similibus delictis. Alia ratio traditur in *d. can. Mulier*, quòd tali flagitio contaminatum brutum indignam refricet facti memoriam, atque ita ad illud iterandum sit pronum, *can. Valet, dist. 81.* Quæ ratio obtinet in vitio carnis & devoratis infantibus, ut in porcis frequens est in pagis. Nec rectè objeceris, non affici infantes & furiosos supplicio, quod tamen & exemplo posset esse aliis; nam differentiæ ratio in eo est, ne anima perdatur, sed potiùs salva sit, & quia ex talibus sperari potest aliquod bonum Reip. quæ ratio in brutis & aliis rebus inanimis non obtinet. Guido Papæ *q. 238.*

32 Q. An & in cadavera statuatur pœna? A sanioribus fuit damnata illorum inhumanitas, qui & in cadavera sæviertunt. Quò facit, quòd, ut dictum suprà de sepulchro violato, puniantur creditores defunctorum debitorum cadavera sepulturæ tradi impedientes, & quòd lex civilis capite damnatorum corpora petentibus ad sepulturam non deneget, *l. 1. inf. De cadaverib. punit.* mors enim ultima rerum linea omnia solvit, crimen extinguit, *leg. Defuncto 6. sup. De publ. jud.* Lex divina suspensos sub vesperam cruce deponi & terræ mandari vult, *Deuteron. 21.* Unde à nostris reprehenduntur judices jubentes delinquentium cadavera suspendi, cùm in mortuos non sit sæviendum. Covarruv. *2. Variar. Resol. cap. 1. in fine.* Faciunt tamen enormia crimina cadavera reorum indigna judicari sepulturâ, & affici ignominia, uti est crimen hæreseos, majestatis, quod facit sepultos extumulari, ludibrio haberi, memoriam eorum damnari. Receptum etiam consuetudine damnatorum cadavera relinqui insepulta in furca aut rota, in exemplum aliorum, ut habet *l. Capitalium 28. §. penult. h. t.* quæ aliquibus non videtur improbanda, aut mutanda, secundùm *l. 2. sup. De Constit. Princ.* siquidem exemplo terreri alios inter præcipuos sit pænarum finis. Facit quod sacra Scriptura aliquibus minetur mortem ignominiosam, & ampliùs sepulchro indignos judicet. Covar. *d. loco n. 11*, Peregrin. *De jure fisci lib. 4. tit. 5. n. 2. & seqq.*

33 Delicta itaque punienda, utque malis hominibus careat provincia sollicitè curandum est Præsidi. Et hoc quoad delicta commissa. Quid si delinquendi voluntas fuerit, non tamen in actum deducta? Nudam cogitationem, si non exierit voluntas ejus fines, neutiquam puniri certum est, eo quod non ponat talis cogitatio crimen externum: per legem autem civilem, ejusque administros non dirigantur & emendentur nisi actus exteriores. Lex enim opera requirit, *can. si quis iratus xv. q. 1.* Sola facta censet, in judicium vocat, voluntates nudas negligit, etsi de iis constet. Quò facit illud Ulpiani in † *l. Cogitationis 18. h. t.* cogitationis pænam neminem pati. Si 34 quis conceptum scelus exequi cæperit, & casu impeditus implere nequiverit, neutiquam erit extra pænam. Exempla sunt in *l. 1. Si C. quacumque præd. potest. &c.* & in *l. Si quis non dicam C. De Episc. & Cleric.* Nam, ut rectè tradit Seneca *lib. In sapientem non cadere injuriam c. 7.* non minùs latro est, cujus telum oppositâ veste elusum est: omnia scelera etiam ante effectum operis, quantum culpæ satis est, perfecta sunt. Non tamen semper pæna consummato delicto proposita ad attentationem est producenda. In gravioribus & consilium non est impunitum, ubi boni publici interest conatus infringi, ut in iis, qui in Rempubl. aut Principem hostilia meditantur, quo casu & conscii puniuntur, uti dictum suprà.

35 † Mandans quoque assasinium & mandatarius acceptans mandatum non secuto effectu puniendi veniunt, ut rectè tradit Farin. in *Praxi crim. p. 5. q. 123. & 124.*

36 Inferenda pæna per judicem loci. Quòd si alibi delictum commissum fuerit, quàm in loco, ubi captus est reus, commodius fuerit in loco delicti eum puniri, tum propter exemplum, ut ibi delinquendo nocuit & pænâ prosit; tum quod ibi facilior instructio criminis habeatur. Quò facit, quod dictum suprà, reos esse transmittendos ad judicem loci delicti, si id petat. Quod si tamen coram judice domicilii conveniatur reus, ad partis accusationem, quæ jus ibidem sibi dici petit, rectè ibi capietur reus & punietur. † Et 37 quam-

quamvis aliqui id procedere negent, quando capitur ex sola Judicis inquisitione, parte non prosequente causam, quasi non intersit judicis agere ad vindictam criminis, in ejus territorio non perpetrati, nullo prosequente, rectiùs tamen dicitur, id licere judici etiam per viam inquisitionis, ne delicta maneant impunita, *l. Ita vulneratus sup. Ad L. Aquil.* cùm intersit Reip. provinciam sceleratis hominibus purgari, *l. Congruit De offic. Præs.*

38 Ubi quæritur, quâ pœnâ talis sit puniendus, an domicilii, an loci, in quo deliquit? Dicendum eam venire infligendam, quæ proposita crimini in loco delicti delinquendo enim reus se subjecit jurisdictioni & legibus loci *l. 3. sup. De offic. Præs.* ut ejus ratione forum ibi sortiatur, & inferri alia pœna nequeat, quàm ea, ad quam se obligavit delinquendo, licet in loco domicilii, argumento contractus qui determinandus est juxta leges loci, ubi initus; ad eum enim contrahentes respexerunt. Ut nihil obstet, quòd locus domicilii habeat præfixam gravem pœnam, delicti autem levem aut etiam nullam, quia extra territorium jus dicendi impunè non paretur, *l. fin. sup. De jurisd.* facit, quod habetur in *c. 2. De constitut. in 6.* statuto Episcopali non obligari subditos extra territorium delinquentes.

39 *Ut autem quoad pœnam inspicitur locus delicti, ita & conditio rei inspicienda, quæ fuit delicti tempore, & pæna ea indicenda, quæ tum obtinebat, non & quæ obtinet tempore sententiæ, *l. 1. h. t.* Ac proinde qui servus deliquit, consecutus libertatem eam nihilominùs pænam sustinebit, quam sustinuisset, si tempore delicti condemnatus fuisset. Clarus *§. fin. q. 85. n. 4.* Præses Everardi *cons. 33. n. 12.*

40 Sunt autem aliqui casus, qui faciunt mitiorem induci pœnam, ut ætas minor, *l. Ferè 108. De. R. I.* Menoch. 2. *Arbitr. casu 329.* Facit enim miseratio ætatis ad mediocrem pænam judicem perduci, *l. Auxilium 37. §. in delictis sup. De minor.* *Idem operatur ingravescens ætas, nam debilitas facit pænam corporis afflictivam esse graviorem, ut rectè ignoscatur iis, qui ætate sunt defecti; secundùm J. C. in *l. 3. §. ignoscitur sup. De S. C. Silan.* atque ita mitiganda pæna, non etiam omninò remittenda, nisi simul & sensum auferat senectus, quæ res auferet & culpam. Menoch. *d. loco n. 19.*

41 Q. An prægnans affici possit supplicio? Differri prægnantis mulieris damnatæ supplicium quoad pariat responsum est *l. 3. hoc tit.* ne unà cum facinorosa matre puniatur fœtus innocens; qua de causa nec quæstionem quidem haberi de prægnante placuit, ut dictum Tit. superiori, ne per hoc fœtui detrimentum adferatur. Imò ne quidem corporis afflictivâ pænâ afficienda est, ex eadem ratione, ne præ dolore eam abortum facere contingat. Menoch. 1. *Arbitr. q. 86. n. 10.* Quæ ratio cessat, postquam partum enixa, ut tum pæna inferenda veniat, & hoc continuò, licet ad quæstionem habendam exspectandi sint 40. dies, ut dictum suprà. Quod jus non fuit proprium Romanorum, cùm & Athenienses eo usi sint & ab ipsis Ægyptiorum legibus hujus laudabilis instituti ratio repeti possit. Ut Claudii Imp. crudelitas damnanda sit, quem ne supplicio quidem prægnantium mulierum abstinuisse tradit Dion. *lib. 57.*

42 Quid si ob dilatum supplicium periclitetur partus? Res quidem ista non est jure decisa, ratio tamen exigit, ut supplicium non differatur, sed acceleretur, quando potest citius, servato juris & justitiæ ordine. Ratio, quod nulli fiat injuria; non mulieri, quia crimen ejus meretur; non proli, quia acceleratio cedit ejus bono, saltem spirituali, ut scilicet excisa ex utero matris supplicio affectæ servetur, aut saltem lavacro spirituali abluatur. Nihil facit dilatio à jure concessa: neque enim in gratiam matris, sed utilitatem prolis ea inducta, quâ cessante cessabit & dilatio, cùm legi non sit consentaneum, ut inventum incommodum operetur dispendium. Non rectè objicitur, cessante fine in particulari, non cessare obligationem legis; nam illud procedit, quando finis tantum cessat negativè, non etiam si contrariè prout in prædicto casu, quia non solum non esset utilis talis supplicii dilatio, verùm & detrimentosa. Secundò ista lex respectu prolis est potiùs beneficium quoddam & privilegium, quàm præceptum, & ideo si in casu particulari non tam habeat rationem beneficii, quàm potiùs nocumenti, talis casus non est censendus sub lege comprehendi.

43 Est & pæna interpretanda in mitiorem partem, secundùm *l. penult. h. t.* odiosa quippe est; mitiganda autem odiosa esse, habet Pontifex in *c. Odia. De R. I. in 6.* Hinc si reo amputanda manus veniat ex delicto, in dubio debiliorem amputandam volunt, etiamsi fuerit arida. Clarus *§. fin. quæst. 69. num. 4.* ex ratione, quia pæna sit mitiganda, & accipienda, ut minimè noceat.

44 Quid si reus unam tantùm manum habeat, an ea veniet amputanda per statutum? Secundum veram opinionem & rigorem amputanda erit, quod pæna non sit gravior debita à lege imposita, licet propter carentiam alterius manus sit

reo durior, verum hoc tantum per accidens, ut non sit attendendum, quam sententiam varios tenere tradit Gram. *Decis. 94. n. 4.* Contrariam amplexus Castrens. in *Auth. Sed novo jure Cod. De servis fugit.* Sichardus *ibid. n. 9. & seqq.* Covarr. *2. Var. cap. 9. n. 5.* ex ratione, quod statutum sit restringendum ad habentem duas manus, & quòd aliàs pœna aggravaretur, contra *d. c. Odia De* R. *I. in 6.* verum, uti dictum, hoc tantùm per accidens, atque ita non attendendum. Rectè tamen dicit Clarus *d. quæst. 69. n. 5.* commutandam quidem esse eam pœnam in aliam tantùm ex æquitate, quæ rigori est præferenda, & hoc non arbitrio judicis, cui necesse est indicere pœnam lege aut statuto impositam, sed ex rescripto Principis.

45 Dicta de pœnis infligendis obtinent, nisi temporis lapsus condonationem causset, qui ut in omnibus causis, ita & in criminalibus operatur remissionem, videturq; purgare eum, qui multo tempore postea honestè vixit, licet cum mala fide, quæ in præscriptione pœnæ non attenditur. Sufficit enim tẽporis lapsus non obstante, quod ipso jure sit imposita; cùm non debeatur in conscientia ante sententiam, imò nemo ad pœnam se offerre teneatur, præcipuè corporis afflictivã. Obstat autem aliquot criminibus quinquennium, pleraq; tolluntur lapsu viginti annorum, uti traditum suprà. *Tit. 2.*

46 Vbi quæritur, An imminuenda venit pœna ex eo, quod crimen longo tempore sit commissum? Ita volunt plerique, per *l. Si diutino 25. hoc tit.* quæ habet *Si diutino tempore quis in reatu fuerit, pœna ejus sublevanda erit.* Cujus rationem Tiraq. *De pœnis temperan. caus 29. n. 4.* in eo ponere videtur quod qui à delicto longo tempore abstinuit, videatur magis peccasse impetu, ignorantiâ, infirmitate, quàm malitia & peccandi consuetudine. Verùm attento jure scripto, verius est, ex eo nullam concedendam remissionẽ, propterea quòd à die commissi delicti multum temporis sit lapsum, siquidem ejusmodi lapsum facere quid ad pœnæ sublevamen non constet ex *d. l. 25.* ut bene advertit Tiraq. *d. loco num. 7.* cùm loquatur de eo, qui in reatu fuit. In reatu autem nemo dicitur fuisse, nisi post motam criminis quæstionem; denotat enim reatus statum rei; qui est in quæstione, Budæus *ad d. l. 25.* cui merito pœna mitiganda. Ratio est in misero & demisso statu, habituque pannoso eorum, qui sunt in reatu secundùm morem antiquum; antiquis enim miseranda & diuturna ejusmodi calamitas pars pœnæ non injuria est visa, atque ob id eam mitigari voluerunt. Quod & hodie rectè dicetur. Itaque *d. l. Si diutino* non intelligenda nisi de eo, qui fuit in reatu, non autem simpliciter de commisso crimine, quamvis posset videri mereri mitigationem aliquam honesta rei vita, Tiraq. *d. loco* De remissione, quæ fit per Principem, dicemus infra *Tit. penult.*

47 Quærere hic lubet, An operetur pœnæ remissionem postulatio damnati in maritum per puellam? De consuetudine variis in locis id obtinet, si petatur damnatus à meretrice in conjugem, tum quòd tale matrimonium sit gravius reo, quàm ipsa mors, ut tradit Tiraq. *d. loco causa 56.* tum ut illa ad frugem revocetur, juxta *c. Inter opera* ✠ *De sponsalib.* Chassan. *ad Consuet. Burg. Rub. 1. §. 5. V. S'il na grace num. 9.* Verum ut matrimonium tale sit validum (cùm desit metus, quia ad illud damnatus non cogitur, sed justè damnato datur optio inter supplicium & matrimonium, in quo sit illigatia) non est tamen ratio urgens, quæ causet remissionem pœnæ, cum non cedat bono publico, cujus interest delicta puniri, *l 3. C. De Episcopali audien.* quinimò potiùs det occasionem peccandi. Ut rectiùs quis dixerit, hanc ob causam non posse judicem indulgere delicti veniam, cum id nullibi sit jure expressum, sed impetrandum esse a Principe, *l. Ad bestias hoc. t.* aliàs judicem, non obstante illâ postulatione, debere exequi pœnam. Vid. Gomez. *3. Var. cap. 13. num. 27.* Clarus *§. fin. quæst. 98. numero 6.* Boerius *quæst. 217. numero 20.*

48 Alia quæstio est, An rupto laqueo decidens sit dimittendus? Volunt id plerique, quasi sententiæ satisfactum esset, & idem bis non sit puniendus. Verùm ut inchoata solutio non liberat, ita nec inchoata pœna, nisi perficiatur. Quò facit, quòd in sententiis addi consueverit, *laqueo puniatur, ut mors insequatur*; quod tamen addi non est necesse, cum satis subintelligatur. Vbi nescio, an bonâ ratione quidam vim ponant in miraculo, cùm ruptio laquei possit contingere per casum nisi aliæ appareant circumstantiæ, quæ miraculum inducant, ut si suspensus permaneat in furca vivus, uti contigit nostro sæculo ab annis aliquot in quadam famula falsò accusata infantis sui suffocati, quæ gravida non fuerat; & damnatus si gladio percussus, illæsus maneat, uti legitur apud D. Hieronymum de quadam muliere septies icta, ferro ab ejus collo veluti à silice resiliente, & septimo

tinto denique prostrata, quæ postea revixit, & quæ sic rediviva ad supplicium à torrore. Aliàs de jure non videtur dimittendus damnatus, saltem inconsulto Principe Clarus *d. loco n.* 9. Boër. *d. quæst.* 117. *n.* 10. Gomez. *d. n.* 17. ubi videantur alii casus, in quibus fit pœnæ remissio.

49 Q. An damnati ad pœnam pecuniariam inopia inducat remissionem? Quod non est dicendum, cùm inopia faciat, ut pœna pecuniaria convertatur in corporalem, *leg.* 1. *in fine h. t.* Et hoc quatenus pœna pecuniaria procedit, ex delicto, *leg.* 7. §. *in servos sup. De jurisd.* idque ne pœna eludatur, atque ita contingat propter egestatem maleficia iterari. Aliter se res habet in debito ratione contractus *l. Nemo Cod. de exactor. tribut. lib.* 10. in quo habet locum cessio, aut potiùs remissio, quàm in corporalem translatio, *l. fin.* §. *fin. C. de modo mulctan.*

50 Porro non omnium pœnarum, etiam legitimarum, omnibus judicibus est permissa irrogatio. Sic procurator Cæsaris exilii pœnam non irrogat *l.* 2. *Cod. de pœnis.* Bonorum publicatio non nisi ab iis quibus summa administrationis credita est, irrogatur, *l.* 1. *C. Ne sine jussu princ.* Præsidibus provinciarum est quidem jus gladii, non tamen concessa deportatio, ut non procedat argumentum, cui plus est concessum, ei & concessum videri quòd est minus, per locum à majori ad minus: nam primò ejusmodi argumentatio est inutilis in pœnalibus. Secundò non procedit in iis, quæ specialiter à lege sunt concessa.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 19. *De Pœnis.*

AD *n. IX.* An & quando Judex, pœnam à lege impositam, mutare vel ex parte relaxare possit? *vid.* Tiraq. *de pœn. in præf. n.* 1. Mezger. *consil. crimin.* 13. Millæus *in pract. crimin. fol.* 11. *n.* 44. H. Pistor. *obs.* 165.

Ad n. XXI. Judex Ecclesiasticus (etiam in delictis communis fori, velut adulterio, stupro, usuris, blasphemia & aliis similibus) imponendo pœnitentiam Kirchenbuß/ vel criminosum, publicum ab ista absolvendo. Judici sæculari, quoad pœnam politicam non præjudicat: Cum utriusque magistratus Jurisdictio violata ac offensa, utrique quoque pro qualitate ac modo Jurisdictionis pœnam dare debeat, nec præventio in uno foro facta impedit, quo minùs postea reus etiam ad alterum puniendus vel remitti vel trahi possit. Casp. Leipold. *d. concur. Iurisd. in Imp. German. quæst ult.* Et quamvis Gail. 2. *de P. P. cap* 11 *num.* 27. quoad tollendam pœnam politicam distinguat, utrum Sacerdotalis pœnitentia fuerit publica vel privata, ut per istam, illa simul tollatur, non etiam per hanc: usus tamen indistinctè contrarium observat. Panorm. *in cap. de his de accus. & c. tua n.* 5. *de procur.* Pœnæ siquidem Ecclesiasticæ potissimùm tendunt ad correctionem morum, ad scandalum abolendum, reatumque Ecclesiæ expiandum: Sed sæculares ad satisfaciendum Reipublicæ quam offendit & Justitiæ Politicæ quam violavit, Gail. *d. loco n.* 25.

Ad n. XXIII. Pœna debet tenere suos authores: Hujus regulæ Ampliationes & limitationes *vid. eleg. ap.* Camill. Borell. *de compromiss. pag.* 616. & 617.

Ad n. XXXIII. Qui minatur animo nocendi concepto, domui alterius incendium, das er ihme einen rothen Hanen auf sein Hauß setzen wolle. Vivus comburendus est Farinac. *part.* 5 *quæst.* 110 *n.* 151. Damhoud. *in pract. crim. cap.* 103. *n.* 11. quippe in atrocissimis conatus pro effectu habetur ut hic adde Farin. *q* 124 *n.* 11. Bockel. *in vision. disq* 6. *n. fin.*

Ad n. XLV. Condonatio seu impunitas scelerum, quam Damhoud. aggratiationem reorum, vulgò Begnadigung vocat, Juribus majestatis Regalibusve annumeratur, *Sixt. de Regal lib.* 1. *cap.* 2 *n.* 1. *Clapmar. de arcan. Rerump.* 17. *Bodin.* 1. *de Republ. ult. n.* 164. Besold. *in thes pract. verb.* Begnadigung der Maleficanten. & *verb.* Gnadenweisung. Hæc autem principum potestas in remissionem pœnarum, quousque extendenda sit. *vid. eleg. Limn. de Iur publ. lib.* 4. *cap.* 8. *n.* 277. 278 & *seqq.*

Hoc certum est, quod gratia à Principe facta, non perimat actionem civilem, aliis ex delicto competentem *Sec.* Mastril. *decis.* 205. & *infr. tit. de sentent pass. n.* 3 4. & 5.

TITULUS XX.

De bonis damnatorum.

SUMMARIUM.

1. *Bonorum publicatio quomodo indicatur?*
2. *Fisco cedunt bona post damnationem acquisita.*
3. *Legitima filio delinquenti debita an cedat fisco?*
4. *Filio deportato, peculium castrense non adimitur patri.*
5. *Statuto effici potest, ut pater luat filii delictum.*
6. *Legitima eo casu an cedat fisco post mortem patris?*
7. *Legitima patre damnato, reservatur liberis.*
8. *Nisi statuto aut moribus aliud inductum sit.*
9. *Uxori salva manent acquisita per maritum.*
10. *Bona damnatorum non publicantur ex jure novissimo.*

1 Refertur & inter pœnas graviores bonorum publicatio, per quam reus redigitur ad paupertatem & mendicitatem, per se gravem: nam, ut ait Lyricus *lib. 3. Ode 24. Magnum pauperies opprobrium*, & Juvenalis *Satyra 3.*

Nil habet infelix paupertas durius in se,
Quàm quod ridiculos homines facit.

Indicitur autem vel expressè pronuntiando vel tacitè sequitur ex sententia, uti olim in damnatis capite & deportatis: civitatis enim privatio trahebat simul privationem eorum, quæ sunt civitatis, eaque ad finem deferebantur, *l. 4. Cod. de bonis proscript.* relicta tamen liberis portione ex bonis paternis, *leg. fin. h. t.* Exceptis iis, quæ per delictum sunt quæsita, adita scilicet hæreditate ejus, quem occidi curavit, nam ista non auget bona patris, cum fisco vindicetur tamquam ab indi-2 gno, *d. l. fin. §. fin.* * Cedebant & fisco ea quæ postea acquirebantur proscripto vel damnato, quatenus tamen caussa eorum præcessisset damnationem, veluti si sub conditione damnato quid esset debitum, quia spes conditionis in contractibus ut transit ad hæredem, *§. ex conditionali Institut. de V. O.* ita & ad fiscum, qui quasi hæres succedit in locum damnati. Hinc dos ex stipulatione patri damnato reddenda, in casum soluti matrimonii casu eveniente cedit fisco *leg. inter 26. in fine sup. de pact. dotalib.*

Unde illud hic quæsitum fuit, An & propter 3 delictum filii publicetur legitima illi debita? De jure scripto verius est non publicari, quia aliàs delictum gravaret eum, qui non deliquit, patrem scilicet, contra regulam juris, juxta quam culpa tenet suum auctorem: non ponitur autem pater in culpa qui tamen, si legitima publicaretur, sentiret pœnam, cum legitima in bonis sit patris, non debita filio nisi post patris mortem, ut ante pater non sit debitor. Et ut videatur debitor in diem incertum, qui est loco conditionis, in ultimis tamen voluntatibus spes conditionis, non transit ad hæredem. * Quò facit textus in *l. 3. C. h. t.* ubi filio deportato ne quidem castrense ejus 4 peculium Patri adimitur, quod tamen est in bonis filii, ut multò minus dicenda sit adimi legitima. Nec facit, quod pater dicitur filio succedere quoad castrense peculium ab intestato, *Auth. Defuncto C. ad S. C. Tertul.* nam non ideo minus filio necdum è vivis sublato, peculium istud relinquendum patri in solatium. Ut ista Auth. posterior in nullo minuat dictæ *l. 3.* decisionem, cum inducatur correctio legis prioris per posteriorem, non factâ ejus mentione Peregrinus *de jure fisci lib. 5. t. 1. n. 230.* Covar. *2. Var c. 8. n. 7.* ubi adserit de jure ita tenendum esse. Facit eodem *l. 1. Cod. h. t.* ubi peculia servorum damnatorum non adimuntur dominis. Quod idem & multò magis dicendum de peculio adventitio, circa quod patri aliquid juris est *arg. d. l. 3.* Cujus decisionem non rectè aliqui volunt obtinere in casu, quo bona non adimuntur, si quidem deportatio una secum trahat bonorum privationem, *l. Deport. C. de pœnis*, quâ de re infra *T. 22* Peregrin. *d. loco n.* 5 118. * Notat autem Covar. *d. loc.* statuto induci posse, ut pater legitimam, vel pœnam pecuniariam ad quantitatem legitimæ teneatur persolvere, propter delictum filii. Et moris alibi est, parentes luere delicta filiorum, si non fuerint emancipati, quamvis hoc durum.

Alia hinc decidenda venit quæstio, An saltem 6 legitima, filio deportato, cedat fisco post mortem patris? Est & hoc negandum, cum non sit debita filio ante mortem patris, & tum demum non aliàs debeatur, quàm si in civitate inveniatur tempore mortis paternæ; deportatus autem non est in civitate, imò pro mortuo habetur, nec illi cedunt ulla jura attributa sive debita civibus. Quò facit, quod partem non faciat aliis fratribus in legitima portione, quam liberam illis relinqui, *l. 1. § fin. sup. de bon. poss. contra tab.* & nume-

tum

rum liberorum non augeat. Instituti nomine deportati nullo jure petit fiscus, quia institutio est merè personalis, in fiscum non transiens, cui tantùm ceduntea, quæ filio damnato facto quæsita,
7 non etiam ad quæ illi est jus remotum.

Patre damnato, ejusque bonis publicatis reservatur liberis legitima de jure, *l. 1. l. Cum ratio 7. h. t*: ex subjuncta ratione, ne alieno admisso contingat eos luere pœnam, quos nulla culpa contingit, quisque enim ex suo admisso sorti subjicitur, non etiam alieni criminis successor constituitur *l. Crimen 27. sup. de pœnis*. Excipe crimen læsæ majestatis, cujus ea est gravitas, ut omnia patris bona vindicentur fisco, nequidem liberis salvâ legitima, uti dictum superius. * Dixi, de jure, nam
8 statuto potest contrarium induci, secundùm Covar. *d. loco*, uti & inductum adserit moribus quorumdam, Clarus *§ fin. quæst. 78. n. 26.* & Thesaurus *Decis.* 104. Prohibita alienari pro vita delinquentis tantùm transeunt ad usum fisci: *l. Statum in fin. inf. de jure fisci*. Uxori ejus, qui damnatus, res suæ manent salvæ, *l. si quis 9. C. h. t.* ex dicta ratione, ne unius delictum alteri sit pœna.

Dubitatur autem, An acquisita per maritum,
9 uxori communia ex statuto aut pacto, sint huic salva? Quod dicendum, non obstante quod sint indivisa, quia pro parte concernunt uxorem, *c. 2. ¨ de donat. inter vir. & uxor.* quæ nihil peccavit. Et facit textus in *l. Res uxori 24. C. de donat. inter vir. & uxor.* qui vult res, quæ ad uxorem etiam ex largitione viri pervenerunt ante reatum illibatas illi esse. Atque ita in Camera Imperiali judicatum esse tradit Gail. *lib. 2. Obser. 86. n. 13*.

Ex jure novissimo bona damnatorum non
10 publicantur, sed relinquuntur ascendentibus & descendentibus, usque ad tertium gradum, *Nov. ut nulli judicum & c. 134. §. fin. ex qua desumpta est Auth. bona damnatorum. C. h. t.* V. Fachin. 1. *c. 35*. Uxori, quæ sine dote fuit, permissa pars ex substantia mariti quarta, excepto crimine majestatis, quod facit omnia bona mariti cedere fisco *d. Auth. bona* Ea quæ ex nova caussa postea damnato quæruntur, fisco non cedunt: unde in *l. si mandavero 22. §. is cujus sup. Mandati*, is, cujus bona publicata sunt, sibi rectè emi mandat, & mandati agit.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 20. De bonis damnatorum.

AD *n.* X. Bonorum publicatio hodie est prohibita *ut hic*, nisi principaliter sola loco pœnæ imponatur, ut volunt vulgò Dd. *teste Clar. §. fin. qu. 78. vers. multa autem*. Sed, posita hac sententia quæritur, an à Principe restitutus recuperet fructus, quos ex bonis propter delictum confiscatis, medio tempore fiscus percepit? Nego, *arg. Auth. idem de Nestorianis C. de heret. l. 22. C. de rei vindic.* Gail. 2. *de PP. cap. ult. n. 28.* Fachin. 1. *controv.* 58.

TITVLVS XXI.

De bonis eorum, qui ante sententiam vel mortem sibi consciverunt, vel accusatorem corruperunt.

SUMMARIUM.

1. *Bona ejusmodi quibus deferantur?*
2. *Testamentum manus sibi inferentium an ratum.*
3. *Tales hodie non sunt extra reatum.*

1 NOn damnatorum tantùm, verùm & eorum qui pro damnatis habentur, bona publicantur, veluti eorum, qui in reatu capitali perculsi conscientia criminis mortem sibi consciverunt, *l. 1. Cod. h. t.* Crimen tamen est probandum, *l. 3. §. ergo h. t.* unde ad defensionem hæredes admittuntur, *d. l. 3. in fine.* Quod si tædio vitæ, propter pudorem æris alieni, quis sibi manus intulerit, bona hæredibus deferuntur, *l. 6. §. ejus sup. de injusto rupto &c. l. 1. & 2. Cod. h. t.* Idem est, si ob valetudinis adversæ impatientiam aut furorem, aut etiam quamdam jactantiam id fecerit, uti leguntur aliqui Philosophi fecisse, *d. §. ejus in fine.* Pulchrum est, quod de Empedocle canit Horatius:

—— dicam, Siculique Poetæ
Narrabo interitum, Deus immortalis haberi
Dum cupit Empedocles, ferventem frigidus Ætnam
Insiluit ——

Apud alios varios est videre, qui mortem sibi conscivere, propterea quod eam sibi solatio ducerent, vitam autem tædio.

2 Quæri posset de talibus, An testamentum eorum sit habendum ratum? Dubitandi caussa ex eo sumitur, quòd non videatur extitisse sanæ mentis, qui sibi manus infert, *arg. l. Quidam pen. ult. sup. de condit. Inst.* ubi habetur mentis parum compos, qui scripsit aliquem hæredem sub conditione, *Si reliquias ejus in mare projecerit*; quæ conditio nisi præcipuis rationibus amoveatur, admitteretur hæres ab intestato. Ut multò magis idem dicendum videatur de eo, qui paulò ante quàm manus sibi inferret, aut etiam post testamentum fecit. Dicendum tamen ex ea caussa tantùm non posse dementiam convinci; nam quoties alicujus rei sunt complures caussæ, non potest eidem certa attribui: potest autem contingere ex variis caussis, ut quis sibi manus violentas inferat, uti patet ex dictis & *l. fin. § si quis autem h. t.* Ut non debeat ex eo solo colligi insania aut furor, sed dicenti testamentum factum à non habente sensum incumbat ejus rei probatio; quo modo in *d. l. 6. §. ejus sup. De injusto rupt. &c.* dicuntur talium testamenta valere, quod & habet *l. 1. Cod. h. t.*

3 Nostris moribus talis non est extra reatum, & nisi doceatur mentis motio, tamquam homicida sui habetur, & sepulturâ sacrâ privatur, nec pro eo orandum aut oblatio acceptanda, *can. Si quis can. Placuit 23. q. 5.* In usu etiam est talium cadavera furca suspendantur, in exemplum aliorum. Vid. Farinac. *in Praxi Crimin. p. 1 q. 10. n. 76. & seq.*

TITVLVS XXII.

De Interdictis, & relegatis, & deportatis.

SUMMARIUM.

1. *Interdicti similes relegatis.*
2. *Differentia inter deportationem & relegationem.*
3. *Deportato salvum est jus gentium.*
4. *Deportatis bona adimuntur, non relegatis.*
5. *Deportatio venit nomine Exilii.*
6. *Gradus pœnarum in exulibus.*

1 DE tribus pœnarum generibus hic agi habet Rubrica. Et primò quidem de interdictis, qui sunt similes relegatis, imò relegati, sed simpliciter, quibus interdictus certus locus, certa provincia, *l. Relegatorum 7. in pr. h. t.* Videtur autem *Interdicti*, verbum latius hic accipi, quàm ut ad eam speciem delicti restringatur, cum & hic agatur de interdictis honore, ordine, negotiatione; advocatione, ut patet passim ex *l. 7. h. t.* Relegatis aut simpliciter provinciis interdicitur, non assignata insula, aut etiam insula certa assignatur. Prior modus & interdictos continet, unde in *d. l. 7. in pr.* duo relegatorum dicuntur esse genera. Deportatis locus certus assignatur, quem egredi non licet.

Inter

2 Inter deportationem & relegationem differentia ponitur, quòd hæc fiat in perpetuum & ad tempus, illa verò tantùm sit perpetua. Ubi aliquis mihi errare videtur & nimis, hanc differentiam non admittens, quasi etiam ad tempus deportatio fieret, cum ut libertas & vita ad tempus certum non datur, ita nec adimatur ad tempus. Adimitur autem vita civilis per deportationem, cùm inducat mediam capitis diminutionem, per quam amittitur civitas, & consequenter omnia

3 ejus jura; * Salvo tantùm jure gentium deportato, secundum quod emit, vendit, servos aliasque res comparat, quorum usum habet, donec vivit, moriens fiscum relinquit hæredem, *l. deportatus h.t.* quæ est una ex legibus hic restitutis. Cùm è contra relegatio nullam inducat capitis diminutionem, relinquat civitatem salvam, familiam, patriam potestatem, testamenti factionem, & o-

4 mnia reliqua civitatis jure integra, *l.4. h.t.* * Aliqui & in eo differentiam constituunt, quòd deportatis bona adimantur, quæ in fiscum transeunt cum suo onere creditorum, *l. Tutelas in fine sup. De capitis minut.* non etiam relegatis. Quæ differentia non est perpetua, cùm & relegatis possint bona specialiter adimi, *l 8. C. De pœnis.*

5 Venit autem deportatio propriè nomine Exilii, quo nomine & interdum denotatur relegatio, sed impropriè, ut in *l. Tutor. §. qua tuterib. sup. De excus. tutor.* Unde in *l. Exilium 5. h.t.* dicuntur esse tres species exilii, quamvis uti dictum propriè & specialiter denotet deportationem. Hinc illud Ovidii.

6 *Namque relegatus, non exul dicor in illo.*

* In exulibus ita in genere sumptis dicuntur esse gradus pœnarum, *l. 4. & l. Capitalium 28. §. in exulibus sup. de pœnis*, ait enim Martianus in *d. l. 4.* hoc jure nos uti, ut relegatus dictis locis non excedat, interdictis abstineat; alioqui in tempus relegato perpetuum exilium, in perpetuum relegato deportationis in insulam, deportato pœna capitis irrogatur. Et hoc sive quis non excesserit in exilium intra tempus intra quod debuit, sive etiam aliàs exilio non obtemperaverit, nam contumacia pœnam cumulat, idque ne pœna & judicia eludantur. Nemo etiam commeatum dare potest exuli, nisi Imperator ex caussa, *d. l. 4. in fine.* Non esse autem omnibus deportandi aut relegandi licentiam pater ex *l. 6. §. 1. & l. 7. §. 1. & §. interdicere h. tit. & dictum sup. De pœnis in fine.*

TITULUS XXIII

De sententiam passis & restitutis.

SUMMARIUM.

1. *Restitutio & remissio pœnarum spectat ad Principem.*
2. *Idq; non sine magna caussa.*
3. *Nec concedi debet in præjudicium partis.*
4. *Remissio pœnæ strictè est intelligenda.*
5. *Nec facienda cum detrimento tertij.*
6. *Restitutione factâ qua recuperet reus.*
7. *Restitutio an operetur quòad bona alienata?*
8. *Fiscus an teneatur restituto de bonis alienatis?*
9. *Restituere tenentur ad quos bona ex caussa deportationis devenere.*
10. *Fructus interea percepti non restituendi.*
11. *Restituenda & hæreditas interim alteri delata.*
12. *Testamentum irritum factum convalescit.*
13. *Patria potestas redit.*
14. *Gesta à filio patre restituto, rata manent.*
15. *Testamentum filii interea factum an valeat?*
16. *Filio ante restitutum patrem mortuo quid juris.*
17. *Restitutio ex justitia bona qualibet complectitur.*

1 HActenus de pœnis, quę pro criminibus infer-runtur, ultimo h. t. de restituendis agitur, qui pœnam passi sunt ex sententia. Spectat restitutio, uti & pœnarum remissio, tantum ad principem, *l. 7. & 10. C. h. t.* cui liberum est sententias suorum revocare & immutare. Quod ipsis judicib' non licet, qui dicta sententia officio suo functi sunt, & desinunt esse judices Peregrin. *de jure fisci lib. 5. t. 2. in princ.*

2 * Quâ tamen licentia non utitur Princeps sine magna caussa, quod remissiones pœnarum ponant moralem occasionem multiplicationis criminum, quia secundùm dictum Statoclis, ignoscendo nocentibus innocentium salus custodiri non potest. Ut rectè dixerit Lycurgus, nocentium remissione improborum studia ad peccandum excitari: & Pontifex in *Clement. 1. De celebrat. missar.* quod

spes impunitati multum consueverit nutrire pestilentiam in subditis. Ut propterea Principes deceat esse parcos in remittendis criminibus, & non dimittere facinorosos, aut potestatem remittendi aut condonandi pœnas aliis permittere, nisi magna caussa postulet.

3 Quæritur autem, An Princeps possit gratiam facere in præjudicium partis? Procedit illa potestas Principis in præjudicium quidem fisci, non etiam alterius privati, qui justè suum interesse prosequitur, aut damnum resarciri postulat, ex homicidio, aliove crimine caussatum, ad quod ei jus est quæsitum, quod illi eripi per Principem non potest sine magna injustitia; nisi tamen caussa major, id est publica postulet, qua de re videatur Gabriel 3. *Com. Opin. tit. De jure quæsito non tollen.* prævalet enim publica res privatis.

4 Est autem in casu, quo remissio sive condonatio pœnæ est factâ, ea strictè intelligenda. Unde si gratia à principe concedatur, illa accipienda quòad pœnam corporalem, vel pecuniariam fisco debitam, non etiam extendetur ad interesse, quod posset pars prætendere, quia eriperet alicui suum jus, nisi ut dictum caussa superior postulet. Quod si pars durior reconciliationem non admittat, an gravius æquo interesse petat, potest illi

5 princeps modum ponere. * Hinc cavendum est, ne quando pecuniaria pœna venit personæ privatæ applicanda, remissio delicti procuretur cum tertii isti⁹ detrimento, nam hoc injustum est, aut charitati non consentaneum. quo modo rectè dicitur à S. Ambrosio, relato per Gratianum in *can. Denique XIV. q. 5. Si non potest alteri subveniri nisi alter lædatur, commodius est neutrum iuvari quàm gravari alterum.* Ut in ejusmodi casibus non sit agendum cum judice, sed potiùs cum ipsa parte læsa, ut pœnam remittat. Videatur Clarus §. *fin. q.* 59. & Thessaurus *Decis.* 21. Itaque in detrimentum tertii remissio non facienda, & ne quidem Principi, cui pœnam publicam remittendi major est licentia & dispensandi, ex sufficienti tamen & rationabili caussa, ne temerè lædat Rempub. Nam etsi legibus sit solutus quòad vim coactivam, obligat tamen & eum justa lex quòad vim directivam, uti dictum supra *ad tit. de leg.*

6 Factâ itaque restitutione quæritur, An bona honores, & in universum priorem statum recuperet reus? Distinguendum est: nam vel sententiæ latæ veniam per indulgentiam Principis extra ordinem reus est consecutus, & tum reditus quidem in patriam est concessus, non etiam dignitas bona, & reliqua jura sunt restituta *lege* 2. 4. 5. 6. 7. *Cod. h. t.* non etiam actiones redditæ, quæ in fiscum transiverunt, ad quem etiam tamquam successorem transivit onus creditorum, *l.* 5. *Cod. De bonis proscript.* Nisi ob pecuniam debitam fisco per eum bona sint occupatata, nam ea res facit reum non esse liberum à creditoribus, sed nihilominus manere obligatum iisdem, *l* 3. *in fine Cod. hoc tit.* quia nihil juris prætendere possunt contra fiscum, qui suum tantùm obtinet, non etiam debitum aliis. Cuj⁹ generis restitutionem vocant generalem, quæ nihil aliud continet, quàm est expressum, *l.* 6. *Cod. h. t.* Vel per restitutionem per quam existimatio, liberi, bona jura omnia reddita censentur, actiones item tales, non etiam personales, ut volunt, quod actio personalis planè sit sublata per deportationem, ut recuperari nequeat per restitutionem, cum obligatio semel perempta non reviviscat, nisi legitimis modis, inter quos non est restitutio. Et hoc modo per fœdera solent reales quidem actiones restitui per bellum amissæ, non etiam personales. Quò spectat lis illa inter Thebanos, cujus meminit Quintil *lib* 5. *c.* 10. Cum enim Thebas evertisset Alexander, invenit tabulas, quibus centum talenta Thessalis mutuò dedisse Thebanos continebatur quas donavit Thessalis, quòd eorum esset usus comilitio. Postea restituti Thebani à Cassandro conveniebant huj⁹ mutui nomine Thessalos, qui negabant actionem superesse. Hanc speciem vocant plenissimã & specialem restitutionem, quod plenum habeat effectum, quam volunt censeri concessam verbis, *Restituo te in integrum.*

Ubi quæritur, an operetur etiam quòad bona 7 alienata? Non videtur eò extendi posse, ut alienatio jure facta rescindatur, ne principale beneficium aliis officiat, & jus quæsitum alicui eripiat, *arg. c. Quamvis De rescrip. in* 6. Potest tamen Princeps jubere etiam alienata restitui, cum ex causa possit alicui jus quæsitum tollere ut jam dictum, & tradit Gail. *De pace publ. lib.* 2. *c. fin. n.* 24. etsi in dubio non censeatur id facere. Sarmient. *ad l. Gallus* §. *& quid si tantum n.* 63. *sup. de lib. & posthum.* Peregr. *d. loco n.* 34. *& seq.*

An teneatur fiscus restituto de bonis alienatis? 8 Si locupletior factus est, rectius dicetur teneri ad pretium, idq; ex mente Principis restituentis, qui videtur noluisse fiscum manere locupletiorem cum damno restituti. Pro hac parte faciunt jura, quæ dicunt pretium esse loco rei, *l. Ipsa res sup. Quod metus caussa.* Quo modo non trahetur ad donata à Principe, cum Princeps non sit factus locupletior, nisi aliud fuerit expressum in restitutione.

tione. Clarus §. *fin. q.* 56. *n.* 6. *in fine.* Præses *Consil.* 3. *n.* 13. Jason. *ad d. l. Gallus §. & quid si tantum n.* 70.

9 An cogantur restituere illi, ad quos bona immediatè ex caussa deportationis devenere? Ita videtur, cum ipsis non tam quid eripiatur, quàm cesset acquirendi caussa ad non caussam deducta: quo modo & filius, qui sui juris factus erat per deportationem patris, reincidit in restituti potestatem, *l. fin. C. h. t.* Kinschot. *Respon.* 47. *n.* 10.

10 * Fructus tamen interea ex reb9 istis percepti restitutioni non sunt obnoxii, quia percepti ex bonis, quæ pro tempore illo erant percipientis, & numquam fuerunt in bonis restituti, argumento eorum, quę dicta sunt supra de revocandis donationibus. Ut nihil subsit rationis, per quam restituendi veniant ipsi restituto. Facit ad idem *Aut. Idem etsi C. de haret.* Gail. *d. loco n.* 28. Sarmient. *n.* 15 Peregr. *n.* 61.

11 Quod attinet ad hæreditatem alicui delatam occasione pœnæ alterius, cui proximum jus erat, & ea restituenda, ex ratione, quod omnia ablata per condemnationem restitutio reverti faciat, ad quam tantùm valet indulgentia, quantum ad ademptionem valuit sententia, *l. fin. in fine C. h. t.* Hinc restitutus bonorum possessionem petens ad eam est admittendus, *l.* 1. §. *fin. sup. De bon. poss. contra tab.* Repellit etiam nepotem, qui ad hæreditatem aliàs restituto competentem est admissus, ne restitutio sit fine effectu, quæ est integrum jus restituto facere pro qua parte est *l.* 1. §. *fin. sup. ad S. C. Trebell.* ubi restitutio trahitur etiam ad hæreditatem filio debitam, si per pœnam non fuisset factus inhabilis. Non obstat, quòd non soleat Princeps cum damno alieno auxilium impertiri, *c. Quamvis de rescript. in* 6. *& l. si quando C. de inoffic. testam.* nam verum hoc Principis id lucrum fuerit caussatum, quod non est iniquum cessare cessante caussa Clarus *d. loco n.* 8. Fachin. 2. *Contr. c.* 39. Aliter Peregr. *d. loco n.* 43.

12 Operatur itaque restitutio redintegrationem prioris status, & omnium jurium, ac si ablata non fuissent Hinc & testamentum deportatione irritum redditum, per restitutionem convalescit; quæ est loco postlimii, quod facit testamentum capti vires suas recipere, perinde ac si captus non

13 fuisset testator, *l.* 6. *in fine hoc tit.* * Redit & patria potestas, ut extinguatur tutela impuberum liberorum restituti, quia tutela non est nisi eorum, qui sunt sui juris, quatenus tamen restitu-

14 tus est frugi, *l fin. §. minores C. h. t.* * Quantum ad gesta à filio qui erat legitimæ ætatis, ea restituto patre rata manent, *d. l. fin.* §. 1. ex subjuncta ibi ratione, quod absurdum sit, eodem tempore nec in sua nec in patris quempiam fuisse potestate.

15 Dubitatur de testamento filii interea facto? Et illud quidem rectè factum esse ab eo, quia sui juris erat, non est dubitandum; nihil obstante, quod capto patre testari nequeat filius in civitate existens, *l.* 1. §. *si quis sup. Unde legit.* quòd incertus sit de suo statu, quamdiu pater ab hostibus reverti potest, incertus autem de suo statu non testatus, *l. de statu* 15. *sup. qui test. fac. poss.* Nam captivitas propter jus postlimii non facit statum filii certum; deportatio autem absolutè facit filium esse sui juris, nihil faciente spe restitutionis, quia hæc remota, ut non suspendat filii statum. Videtur nihilominus testamentum illud concidere, ex eo, quòd res in eum statum devenerit, à quo inchoari nequit, ut quia filius nunc invenitur alieni juris *d. l. fin. in pr.* aut ea de caussa, quòd testamentum filii incipiat nunc factum videri super rebus alienis. Non obstat, quod habetur *d. l. fin.* §. 1. omnia per filium majorem 25. annis interea gesta rata esse; nam id intelligendum de contractibus, ut ibi indicat verbum *gesta*, secundùm *l. Verba* 20. *inf. De V. S.*

16 Quid si filius mortuus fuerit ante restitutum patrem? Testamentum ejus videtur manere firmum, quod & legitimè conditum, devenit in casum, à quo inchoari nequit, *Glos. in d. l. fin. in pr.* Absurdum enim esset, eodem tempore nec in patris nec in sua quemquam fuisse potestate, ut jus sit quæsitum hæredibus institutis per mortem testatoris. Non malè tamen dicentur bona ejusmodi auferenda istis hæredibus, propter restitutionem patris, quia ad eos devenerunt ex caussa deportationis jam redactæ ad non caussam, secundùm paulò ante dicta. Pro qua parte videtur esse *Auth. idem est C. de haret.* ubi liberi hæretici exhæredati, si revertantur ad fidem, non rescindunt quidem testamentum parentum, quia legitimè factum, orthodoxis tamen fratribus partem auferunt.

17 Dicta de restitutione ita procedunt in ea, quæ est gratiæ, non etiam in ea, quæ est justitiæ, per quam ostenditur damnati innocentia, cui proinde omnia alienata quovis modo restituenda cum fructibus, cum caussa distractionis ab initio non substiterit. Jason ad *l Gallus §. & quid si tantum n.* 73. *de liber. & posth. & ibid.* Sarmient. *n.* 68. Caldas *ad l.* 3. *V. implorare n.* 16. *C. de integ. rest. minor.* Peregr, *d. loco num.* 44.

TI-

TITTLVS XXIV.
De Cadaveribus punitorum.

SUMMARIUM.

1. *Cadavera punitorum ad & cur insepulta relinquenda.*
2. *Concedi ea amicis & Medicis permissum.*
3. *In corpora mortuorum an sævire liceat.*

1 Cadavera insepulta relinquere aliquibus visum inhumanum, tum quòd lex divina *Deuter.* 21. suspensos sub vesperam cruce deponi & tradi terræ mandaverit, tum quòd *l.* 1. *h. t.* habeat corpora damnatorum non esse per Judicem deneganda cognatis petentibus. Qui interdum id non permittit ut in gravi & atroci crimine, majestatis scilicet quod & ad hæresim traxeris; sortilegium, & similia. Quod ipsum sacris litteris respondet quæ ob crimina graviora ignominiosam mortem minantur, & sepulturâ indignos pronuntiant, bestiisque futuros prædam. Passim consuetudo induxit, ut non tantùm in illis enormibus & atrocioribus relinquantur insepulta cadavera damnatorum, sed & in aliis quibuscumque. Quæ rationem hanc habet, ut exemplo tam tristi obvio alii deterreantur, ubi enim exemplo majore aut terrore opus est, absurdum videri non debet, si quandoque à regulis & humaniori jure recedatur.

2 Non est tamen denegatum Judicibus arbitrium concedendi ea amicis, qui corpora furcâ deposita sepulturæ tradant, aut exustorum cineres vel ossa colligant, ut terræ mandent. Dedit & consuetudo Judici arbitrium permittendi Medicis cadavera ista ad anatomen; quæ res etsi videatur habere aliquam injuriam, publica tamen utilitas prævalet. Vid. Gomez. *Var.* 3. *c.* 2. *n.* 79. & *c.* 14. *in fine.* Sine arbitrio Judicis quid attentare circa ista cadavera non caret temeritate & vindicatur pro facti qualitate.

3 Visum & aliquibus abominabile sævire in corpora mortuorum, quasi mors crimina sustulisset; verùm cum & bruta afficiantur supplicio, & res inanimæ deportentur, uti dictum supra, & ædes in quibus conspirationes habitæ, aut fœda commissa, destruantur in exemplum, quidni & corpora eorum, qui in carcere mortui sunt, & de quorum crimine constabat, exempli causâ, furca suspendantur, aut eâ ignominia afficiantur, quam merebantur vivi? Et ita consuetudine obtinere tradit Farin. *in Praxi crim. p.* 1. *q.* 10. *n.* 78 & *seq.* Quod & obtinet in eorum corporibus, qui mortem sibi conscivere, non tantùm conscientia criminis, verùm etiam tædio vitæ.

[o]

FINIS LIBRI XLVIII.

HEN-

HENRICI ZOESII I. C.

IN LIBRUM XLIX.

DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

De Appellationibus & Relationibus.

SUMMARIUM.

1. *Appellare & Appellatio quid ejusque finis.*
2. *Alia Iudicialis alia extrajudicialis.*
3. *Appellare quibus permissum.*
4. *Appellat & excommunicatus.*
5. Ex*communicatus an comparere in judicio possit?*
6. *Excommunicatus ab actu extrajudiciali appellans repellitur.*
7. *Iudex quatenus appellat à sententia, quam ipse tulit.*
8. *Appellat is quoque, cujus interest.*
9. *Procurator appellat etiam sine mandato speciali.*
10. *Alterius nomine qui rectè appellent.*
11. *In caussa criminali quilibet appellat etiam pro invito.*
12. *Appellare potest & actor & reus.*
13. *Appellante utroque ad diversos judices quid juris?*
14. *Forma appellationis. I. Vt fiat à minori ad majorem.*
15. *Error appellantis ad aequalem non nocet.*
16. *II. Vt gradatim fiat, & non omisso medio.*
17. *Iure Canonico immediatè appellatur rectè ad summum Pontificem.*
18. *Appellandum vel vivâ voce in continenti:*
19. *Vel per libellum ex intervallo.*
20. *Appellandum à sententia interlocutoria semper in scriptis, cum expressione caussa.*
21. *In definitiva caussa non est exprimenda.*
22. *Appellare impeditus protestari de ea debet.*
23. *Appellatio duplex quando necessaria.*
24. *Consultatio quid?*
25. *Quid Relatio?*

HActenus de judiciis tum civilibus, tum criminalibus primæ instantiæ, in quib' ne quis injuriâ obruatur, inductum est appellandi remedium. • Quod verbum, omissis aliis, quas habet, significationibus; hoc Tit. sumitur, ut sit idem quod provocare post latam sententiam ad majorem Judicem; ut Appellatio, de qua agit prior Rubricæ pars, sit transitus à judicio inferiore ad superius, vel ab inferiore judice ad superiorem gradatim facta provocatio, ratione gravaminis vel illati vel inferendi. Finis est ut innocentibus subveniatur, imperitia & iniquitas judicis corrigatur. Ut rectè dicat Ulp. in *l.1.h.t.* appellandi usus quàm sit frequens, quamque necessarius nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem Judicantium vel imperitiam corrigat, licet non numquam benè latas sententias in pejus reformet: neque enim utique melius pronuntiat, qui novissimus sententiam laturus est. 1

Alia

2 Alia est *Iudicialis*, quæ fit ab actu judiciali veluti sententia definitiva aut interlocutoria: alia *Extrajudicialis*, quæ fit actibus & decretis extrajudicialibus, quibus aliquis gravatur. Sic tutor super rejecta excusatione appellat, *l.1.§.si quis tutor inf. Quando appell. sit* & cui honor delatus est decreto ordinis appellare posse dicitur, *d.l.1.§.solent, l.7.C.h.t.* Appellatur & ab electione, *c. Constitutus 45. ;; h.t.* Ut materiæ hujus commodior sit doctrina, per capita ea est explicanda: & primò de personis, quibus appellare licet, videndum, earum enim est prior caussa, ut ait J.C. *in l. 4. sup. Qui testam. facere poss. & l. Quidam in fine princ. sup. De jure codicil.*

3 Permissum appellare omni oppresso sive injustè gravato, *can. Omnis & passim II. qu. 6* ut & servi tristem sententiam passi hoc remedium habeant, si nec dominus nec alius ejus nomine ap-

4 pellaverit, *l. servi 15. h.t.* Non rejicitur excommunicatus appellans, *c. Cum inter 5. ;; De exception.* cùm ei non sit denegata sui defensio, ad quam spectat appellatio, quam & prosequi potest in judicio, *cap. fin. ;; De except.* quia aliàs appellatio non prodesset. Hinc & potest petere revocationem attentatorum, cùm ea magis sit pro defensione, quàm pro impetratione.

5 Sed dubitatur, An per se excommunicatus possit comparere in judicio ad sui defensionem? Videtur hoc negare *c.7. ;; De judic.* in verbis, *& debet per alium in judicio respondere*, ut videatur ipse comparere non posse, sed per procuratorem à se constitutum, cui cum excommunicato communicare hac in parte est extra noxam, quòd ea communicatio sit necessaria, esset enim aliàs frustranea defensionis permissio. Verùm Glos. in *d. cap.7.* dicit excommunicatum per se comparentem in sui defensionem repelli non posse, non tantùm, si necessitas urgeat, ut quia non invenit idoneum procuratorem, sed extra eam, cùm in gravibus caussis nemo sit cogendus procuratorem constituere, *cap.2. ;; De procurat.* & reo permittatur per Canones sui defensio; ut verbum, *debet*, in *d.c.7.* non tam denotet necessitatem, quàm decentiam, secundùm alia loca. Quòd si absolutionem consequi possit reus, eam ante petendam esse aliqui volunt: quod etsi decentiùs foret, minùs tamen necessarium, cùm Canones absolutè & citra hunc scrupulum concedant reo sui defensionem.

6 Et hoc ita in appellatione à judiciali actu; nam extra judiciali excommunicatus appellans repellitur, quod ista appellatio habeat potiùs vim conventionis & provocationis ad caussam, sitque proponenda coram judice appellati, *c. cum sit Romana 5. §. si verò h.t.* Abbas in *c. Dilecti 55. n.7. 8.9. ;; h.t.* Gail. 1. *Observ.120 n.4.* Ut videatur agere, ab actione autem Canones eum repellunt propter excommunicationem. Ita autem appellans auditur si agatur propria caussa, non etiam si aliena, neque enim eum habet legitimam personam standi in judicio, cessante caussâ propriæ defensionis.

7 Judicem, qui tulit sententiam, si contingat cum condemnato succedere, vult Glos. in *l.1 sup. De except. rei vend.* appellare posse, quam sequitur Philippus de Francis, ad *c. Ad hac 6. quæst. 4. ;; h.t.* secundùm quam non obstat quòd contra factum suum non veniat, cum illud præstare debeat *arg. d.l.1.* quia retractatâ sententia nihil præstare tenetur Judex talis appellans videretur se arguere temeritatis aut imperitiæ, nam potuerunt per victum, cui successit, aliqua minùs plenè probata esse, ut propterea sit condemnatus, quorum probationem facilem ipse habet.

8 Appellat non tantum condemnatus, verùm & non condemnatus, modo ejus intersit. Sic emptore super proprietate victo, licet venditori appellare quod ejus caussa agatur, cùm emptori possit esse regressus contra venditorem: & è contra victo venditore, emptori licet appellare propter suum interesse, *l.4.§. item si emptori h.t.* Fidejussor pro eo, pro quo intercessit; cohæres, victo cohærede, *l.5 h.t.* Legitarii, victo hærede instituto, rectè appellant, *d.l.5.§.1.* subest enim horum interesse. Speculator *De appellat §.7. n.29.* Appellat ex eadem caussa dominus pro servo, qui ad bestias datur, *l. Lucius 18. h.t.* Idem obtinet in creditore, ut à sententia contra debitorem lata appellet, in muliere appellante à sententia contra maritum in caussa suæ dotis; in patre pro filio in caussa libertatis. Idem in similibus judicium est, *d.l.4.§. alio condemnato.*

9 Procurator quin appellare possit, non est dubium, nec opus illi mandato speciali, qui alienam caussam egit, cum generale ad lites illi sufficiat, & appellatio sit de prosecutione primæ instantiæ. Ut necesse habeat appellare quamvis prosequi appellationem non teneatur, secundùm communem opinionem, nisi sit constitutus generaliter ad agendum, petendum, defendendum, cum videatur id ipsi mandatum, & teneatur ad ea, quæ mandato concluduntur.

Appellant & alterius nomine illi, quibus id mandatum, sive expressè sive tacitè. Sic appellat

pater

patet pro filio, filius etiam pro patre, *l. Exigendi Cod. De procurat.* ubi ad defensionem patris admittitur filius: frater pro fratre, maritus pro uxore, conjunctus pro conjuncto, cùm hujusmodi personæ censeantur habere mandatum, *l. Sed hæ personæ 4. sup. De procur.* Litis quoque consortes appellare pro omnibus possunt, omnibus prodest unius appellatio, quòd caussa sit communis & una omnium defensio, *l. Si quis 10. §. fin h. t.* Imò & sine mandato extraneum admitti ad appellandum tradit Guido Papæ *dec. 13.* modo sequatur ratihabitio intra tempus habile, hac ratione, quod appellatio sapiat remedium defensionis, defendere autem alium sit promissum sine mandato.

11 * In caussa criminali quilibet admittitur etiam pro invito, & volente perire, facitque differri supplicium; vult enim ratio humanitatis omnem provocantem audiri, *l. 6. h. t.* sive is sit laicus sive Clericus, cùm nullum subsit periculum irregularitatis, quia non agitur de pœnæ impositione, sed potius de sanguinis defensione, quam Ecclesia admittit.

12 Appellari contingit non tantùm ab uno victùm & ab utroque, si uterque læsum se conquaeratur: quòd licet non sit necesse, cùm unius appellatio faciat caussam ad superiorem transire, consultum tamen, ne tacenti præjudicetur.

13 Ubi quæritur, Quid juris utroque appellante ad diversos judices? Cui quæstioni non est locus nisi jure Pontificio, quo etiam immediatè appellari potest summus Pontifex, ut infra dicetur. Eo itaque casu appellantem ad Rom. Pontificem potiorem esse altero appellante ad ordinarium decisum est in *c. 7. ⁘ h. t.* quòd illius tribunal sit majus, & sit ordinarius omnium Christianorum, etiam in prima instantia. Quod aliqui ita volunt procedere, si priùs ad Pontificem sit provocatum, non etiam si priùs ad ordinarium, minùs rectè, cum & postea interposita appellatio ad Rom. Pontificem prævaleat ei, quæ ante interposita ad ordinarium; loquitur enim simpliciter textus in *d. c. 7.* & ratio fundata in majoritate tribunalis, cui cedit minus, *l. Contra 54 sup. De re judic.* Et hoc in casu militat, quando nimirum appellatio est permissa ad majus tribunal immediatè, uti in casu præsenti, ut appellatio ad minus tribunal sit futura sine effectu, nec possit ordinarius se immiscere, nisi ignarus appellationis interpositæ ad Pont. tunc enim rectè coget alteram partem ad comparendum coram se & contumacem, subticentem se appellasse ad Rom. Pont. puniet.

II. Videndum qui appellari non possint, quis à quo appellandus. Verum ea de re agitur *Titul. seqq. 2. & 3.*

III. Videndum, quibus in caussis appellare liceat, vel non, qua de re agitur *t. 15.*

14 IV. Videndum de forma appellationis. Ad quam primò requiritur, fiat à minori ad majorem, *canone, Anteriorem II qu. 6.* quia superioris est corrigere errorem inferioris, non è converso, *cap. cum inferior. ⁘ de majorit.* Et suadet ratio, cum emendatio prioris sententiæ requirat majorem auctoritatem. Quo modo appellatio à majori ad minorem tenebit, uti nec ad parem, cum par in parem non habeat imperium *l. 4. supra de receptis arbitr.* Adeò ut ne quidem consuetudine aut statuto id induci possit, cum ratio non fetat, ut minor non habens jurisdictionem in majorem eandem corrigat, foret itaque appellatio talis frustranea. Multò minùs appellatur ad eundem Judicem tum quia non est superior, tum quia appellaretur ad eundem, qui gravavit, qui sententiam suam retractare non potest, cum sit functus judicis officio. Imò si faceret, se argueret temeritatis, & imperitiæ in priori sententia commissæ. Unde & judici superiori prohibitum remittere caussam ad judicem inferiorem, *l. Eos 6. in princ. C. h. t.* Quod etiam verum est, si prior judex ascenderit ad locum superioris, ad quem est appellatum, ex eadem ratione: nam etsi non possit negari habere jurisdictionem tanquam superiori, facit tamen justa suspicio, quò minus eam exerceat, sed potius caussam alteri deleget. Hinc & delegatio commissa eidem per Pontificem non erit rata, quia præsumptio est ab ignorante commissa & si facta fuerit ex certa scientia, recusationis licentia non videtur sublata. Et profectò spectat ea res ad verecundiam talis delegati, qui non erubescit caussam à se semel judicatam iterum cognoscere.

15 Si contigerit ad æqualem esse provocatum per errorem, non videtur inutilis ista provocatio, nec error nociturus, nam habetur, ac si provocatum esset ad eum, ad quem proclamandum erat, licet noceat, si ad minorem fuerit proclamatum, *l. 2. §. pen hoc tit.* Non obest dictis, quòd interdum ad minorem dignitate provocetur, nam talis habetur major, cùm non implicet aliquem uno respectu esse minorem, alio verò majorem, uti contingit in delegata caussa appellationis alicui inferiori per Pont. cujus personam delegatus repræsentat.

Quod dictum, ad eundem non provocari, in-

elligendum est de sententia definitiva, nam quò-ad interlocutoriam procedit in ea appellatio ad eumdem, cùm idem judex possit revocare interlocutoriam à se prolatam, si caussa postulet.

16 Secundò requiritur, gradatim fiat appellatio, quia omisso medio non rectè appellatur ad Principem, imò appellationes ita factæ sunt remittendæ, *l. Imperatores 21 h. t.* Habentur tamen taliter factæ non inutiles, cùm proximus Judex cognoscere possit, quasi ad eum appellatum fuisset,

17 *l. 1. §. si quis h. t.* Et hoc ita jure civili.* Aliter se res habet jure Pontificio, quo etiam immediatè omissis intermediis appellatur ad summum Pont. *cap 7. ✠ hoc tit. c. Antiqua ✠ De privileg.* Ratio diversitatis est, quòd Pontifex cumulativè tantùm communicarit suam jurisdictionem cum inferioribus, ut etiam in prima instantia coram eo lis inchoari possit, cùm sit omnium Christianorum Judex etiam in prima instantia; Princeps verò privativè, ex hac ratione, ne multitudine negotiorum obruatur in frequentibus pro Republ. occupationibus, *l. Præcipimus 32 in pr. C. h. t.* & ne inferiorum Judicum auctoritas in contemptum abeat.

18 VIII. Videndum de modo qui in appellando observandus. Et vel in continenti tempore latæ sententiæ, judice adhuc pro tribunali sedente, appellatur, vel ex intervallo. Illo casu vivâ voce appellare sufficit, & satis est dicere, *Appello, l. 2. h. t.* & *l. Litigatoribus 14. C. eod.* Quamvis non sit necessarium dicere formaliter, *Appello*; nam potest & quis uti verbis æquipollentibus, cùm non referat, quid ex æquipollentibus proferatur.*

19 Hoc verò casu per libellum appellatio proponenda, qui contineat, à quo appelletur, adversùs quem, à qua sententia, *l. 1. §. fin. h. t* non tamen necesse est, exprimere, à qua parte sententiæ appel-

20 letur, *l. Appellanti 13. h. t.* * Et hoc ita, si appellandum sit à definitiva; nam ab interlocutoria appellatio semper & indistinctè facienda in scriptis, subjecta caussa gravaminis, ut colligitur ex *Clement Appellanti h. t.* & *c. Ut debitus 69. ✠ h. t.* Quod ibi requiri videtur pro forma, ut, nulla causa expressa, appellatio sit futura nullius momenti, nec liceat ex caussa non expressa seu omissa justitiam appellationis postea deducere: cujus ea videtur ratio, ne contingat leviter ejusmodi appellationes proponi. Idem obtinere tra-

21 dunt in appellatione ab extrajudiciali. * In definitiva caussa non est exprimenda, si tamen expressa sit, facultas est appellanti aliam caussam provocationis reddere, *l. 3. in fine h. tit.* Interdum tamen & in hac expressio caussæ desideratur, in iis scilicet casibus quibus jure speciali vel obclausulam, *appellatione remota*, rescripto delegationis insertam, appellatio est prohibita; tunc enim debet exprimi caussa, ad hoc, ut judex à quo appellationem admittat, quam alias admittere non tenetur, cum videatur esse contra jus.

22 Appellandum itaque aut vivâ voce in continenti, aut per libellum ex intervallo. Quòd si propter judicis violentiam aut alium metum, impediatur libellos appellationis dare, ipsi, à quo appellavit, publicè eos proponenti aut protestanti intra legitimos dies permissum est caussas appellationis agere, *l. cùm quidam 7. h. t. l. 2. C. de his qui per met jud. non appell.* ne justus metus alicui officiat vanus enim timor neminem excusabit *l. 1. C. d. tit.*

23 Hoc quoque admodum spectat, quando in una caussa separatim duplex sententia divisa datur una sortis, altera usurarum, duplicem appellationem esse necessariam, ne ab altera tantùm provocans alteram agnovisse videatur, *l. Cùm in una 17. h. t.* Caveat autem quisque ne temerè appellet, nam victus pœnam sustinebit *l. eos §. pen. C. d. t.* hodie moris est certam quantitatem deponi per appellantem, quam recipiat victor. De appellationis effectu agetur infra. Tit. seq.

24 Secunda Rubricæ pars agit de Relationibus quarum duo sunt genera: unum Consultatio appellatur, quæ est deliberatio sive sententia, quàm Princeps, ad quem appellatum, cum consilio suo collocutus, dixit, uti advertere est ex epigraphe *l. 6. C. Pro emptore* quæ verba notis trium ccc. explanabantur. Vid. Cujac. in *Recit. C. h. t. col. 2. & 28. Obs. c. 32.* Alterum est Relatio, de qua est Tit. C.

25 *De relation.* * quæ solet fieri ad Principem à judice dubitante, quid secundùm allegationes in caussa statuendum sit, sive de jure, sive de facto, quod est ambiguum, propter æquales probationes. Quo in casu plena & integra debet esse relatio & totam caussam complecti, ut possit Princeps certò quid de caussa cognita statuere. Unde & partibus exemplum relationis est edendum, ut si fortè cui minùs plena videatur, ei liceat refutationis preces offerre, *l. 1. §. 1 h. t. l. 1. C. De relat.* Hodie relationes istæ ante sententiam sunt inhibitæ: voluit enim Justinianus perfectè caussam examinari ab inferioribus, & executioni tradi, nisi ab ea appelletur, *Auth. Novo jure C. De relat.* Sunt tamen in usu jure Canonico, unde illud frequens in Decretalibus, *Consultationi tuæ taliter respondemus, c. Intimasti 68. ✠ h. t.*

TITU-

TITULUS II.

A quibus appellare non licet.

SUMMARIUM.

1. *Appellare non licet, ubi nullum gravamen est.*
2. *Neque etiam à comminato gravamine.*
3. *Nec ei, qui appellationi renuntiavit.*
4. *Factum procuratoris non nocet domino.*
5. *Appellari non potest à sententia Principis.*
6. *Neque à sententia judicis dati per Principem, cum clausula*, appellatione remotâ.
7. *Clausula illius vis & effectus.*
8. *Appellationem Princeps an & quatenus tollere possit?*
9. *Clausula ista in medio posita afficit & praecedentia & sequentia.*
10. *Non appellatur à sententia Praefecti pratorio.*
11. *An neque à sententia arbitri?*
12. *Appellari potest à judice consensu partium dato.*
13. *Ab arbitramento non appellatur.*

1 EX caussa gravaminis appellationem permissam esse dictum Tit. superiori; unde consequens est, cessante gravamine appellationi locum non esse, *c. Cùm teslante* ꝟ *h. t.* secundùm regulam, Non gravatus non appellat. Hinc non appellatur ante sententiam, sive definitivam sive interlocutoriam, sive decretum extrajudicialiter prolatum, quia ante non potest dici ullum gravamen.* Et ne quidem, à comminato gravamine appellari posse volunt ex dicta ratione; nisi tamen in termino peremptorio irreparabile gravamen inferri possit, aut subsecuturum certò aliquod gravamen ab ista comminatione originem trahens. Ratio est, quòd videatur quasi jam caussa existere. In extrajudiciali etiam à futuro appellari posse tradit Felinus ad *c. 1. n. 3. h. t.* idq; ex eo, quòd factum istud ponat quasi caussam gravaminis praesentis.

3 Non auditur etiam qui renuntiavit appellationi, vel expressè per pactum de non appellando, *l. 1. §. 3. h. t. l. fin. Cod. de temp. appellat.* vel etiam tacitè, quando appellans gerit aliquem actum judicialem coram judice aliquo, *l. 2 C. Quorum appellat. non recip. c. Gratum, ubi* Abbas *num. 6.* ꝟ *de officio deleg.* quia per actum contrarium subsequentem sententiae praecedenti, nisi fuerit protestatus, *c. Solicitudinem 54. h. t.* Specul. *De appell. §. fin. n. 1. V. item quid.*

4 Ubi posset dubitari de facto procuratoris post appellationem à domino interpositam, an ei noceat? Quod non videtur, cùm procurator non debeat sua temeritate praejudicium domino generare, nisi tamen mandatum habeat. Hac de re plenius agetur infra *Tit. 5.*

5 Praecipuè h. t. agitur, à quorum sententiis appellari possit. Et certum est, non posse appellari à sententia Principis, *l. 1. §. 1. h. t.* ubi dicitur id stultum esse. Ratio est, quod sit de substantia appellationis, ut fiat de minori ad majorem, per quem sententia minoris corrigatur; Principe autem nullus major est. Quod accipe de Principe, qui non recognoscit superiorem. Idem judicium est in summo Pont. quo nemo superior.

6 Ut autem à Principe non appellatur, ita nec à sententia judicis dati per principem, cum clausula, *appellatione remota, inhibita appellatione cessante, ejus obstaculo sublato*, aut simili aequipollente, *d. l. 1. §. interdum & c. 1.* ꝟ *de rescript.* Nam à solo Principe non recognoscente superiorem clausula ejusmodi apponi potest, *d. l. 1. § fin.* * De 7 cujus clausulae virtute & effectu dubitari facit ratio juris naturae, quae sui defensionem, ad quam spectat appellationis remedium cuiq; permisit, quae nequidem ab Imperatore aut Pontifice tolli potest. Cujus objectionis caussa dictae clausulae à Principe aut Pontifice appositae non aliàs locum esse volunt, quàm ut removeat frivolam appellationem, non etiam, quae justa est cùm non censeatur Pontifex aut Princeps alicui jus suum eripere sine caussa Jason. *ad d. l. 3. § si is pro quo sup. Quod quisque juris.* Et communiter istam clausulam ita accipi tradit Gail. 1. *Obs. 33. n. 5. per c. Ex parte 13.* ꝟ *de officio deleg. & c. Inter 7.* ꝟ *De sent. & re judic.* * Verùm sic nihil aut parum operabi- 8 tur ista clausula, cùm & sine ea appellationes frivolae sint rejiciendae, *cap. 5. eod. in 6.* ubi ait Pont. frivolis appellationibus nec justitia deferat, nec à judice deferendum. Alii, ut objectionem istam evitent, respondent, quòd appellationis duae sint partes. Prima est appellationis substantia, ut justitia reddatur adversus iniquitatem, & imperitiam judicis; & hanc partem Princeps vel superior tollere nequit, quòd sit juris naturae. Altera est appellationis formalitas, quam volunt Principem tollere posse, quòd sit de jure positivo. Abbas *in Rubr. De appellat. num. 7.* Secundò

dicunt, quòd, licet appellatio sit defensio, non tamen nisi judicialis, quæ potest tolli per tres sententias conformes, quæ ponunt abusum appellationis, & ut potuit Princeps eò removere appellationem, confidens tot sententiis, ita & potest removere confidens sententiæ unius. Deinde non omnino tollit eo casu Princeps defensionem, cùm supersint aliæ viæ, uti Revisio, Propositio erroris, Supplicatio. Et ita tradit Covarr. *Pract. qu. c.23. num.6.* tolli non posse appellationem, quatenus necessaria ad justam defensionem, ubi varia in hanc rem colligit. Rectè dicetur eum Pontifice in *cap. Pastoralis 53.* ☧ *De appellat.* per ejusmodi clausulam, & similem, censeri quidem remotam appellationem quamcumque, etiam justam ac probabilem, quæ expresso ac speciali jure non est indulta. Ut illi clausulæ insit conditio sive exceptio, *si expresso jure non sit permissa*, ejusq; vis non pertingat ad ea, quæ nominatim lege caventur, *l. Sanctio 41. sup. de pœnis.* Ita tamen, ut si pars, justa appellatione rejectâ, gravata fuerit, recursus ad superiorem illi non sit præclusus, per quem gravamen emendetur, *d.c.53. & ibid.* D. Wamesius.

9 Alia hic dubitatio est, An clausula ista in medio posita & præcedentia & sequentia capitula afficiat? Et rescripsit Pont. in *c. Secundò requiris 41.* ☧ *De appellat.* clausulam istam una in parte adjectam diffundi per omnes articulos, si & iis eadem subsit ratio, ne ejusdem loci articuli diverso jure censeantur, cùm hujusmodi adjectio ad præpositæ rei determinationem pertineat. Dubium movet, quòd Gregorius in *cap. Inquisitionis 71.* ☧ *dict. tit.* rescripsit, clausulam istam in medio positam præcedentia tantùm, non etiam sequentia complecti. Verùm loquitur in casu, quo plura sunt negotia se non contingentia, nec sibi cohærentia, separatorum enim ut separata est ratio & consideratio, ita non facilis eorum in unum conjunctio. Et hæc res cùm ex mente rescribentis pendeat ea inspicienda venit. Videatur Felinus in *cap. Caussam 18. n.4.* ☧ *De rescript.*

10 Non appellatur etiam à sententia Præfecti Prætorio, propter ejus dignitatem, *l.1 C. De sent. Præf. præt.* ne ejus explorata fides in dubium revocetur, cujus loco hodie habentur suprema Concilia. Non appellatur etiam à Senatu, *l.1. §.1. h.t.* Supersunt tamen & his casibus remedia, quibus corrigatur iniquitas, si quæ subesse putetur, uti revisio, Propositio erroris, Supplicatio.

11 Quæri hic posset, An ab arbitro appelletur? Communis est sententia non appellari, *l.1. C. De recept. arbitr.* fundata in eo, quòd ex compromissarii, id est recepti sententia non nascatur obligatio, nec inducatur actio; unde partes solent invicem pœnam promittere, id est constipulari ut metu pœnæ stetur sententiæ arbitri. Deinde illa non aliàs obligat hodie, quàm si expressè vel tacitè per lapsum decem dierum sit comprobata, *l. Cùm antea C. De recept. arbitr.* ubi parti imputandum, quòd intra istos dies non contradixerit. Denique per appellationem suspenditur jurisdictio judicis à quo, & transfertur ad judicem ad quem, nulla autem est jurisdictio ipsi arbitro. Et hoc ita in arbitro ex consensu partium assumpto. Quod non tantum procedit de jure civili, verùm & Canonico uti patet ex *can. A Iudicib. II. q. 6.* ubi ex Conc. Millevitano refert Gratianus, quòd à judicibus, quos communis consensus elegerit, non liceat provocare. Quod ipsum accipiendum de electis tamquam arbitris; nam consentientientes in judicium alterius fori ab ejus sententia appellare possunt, quia penes talem est jurisdictio.

12 Appellatur tamen à judice, quem ex consensu partium dedit Præses provinciæ *l. Ex consensu 23. sup. t.1.* cum talis nihil distet à judice delegato, cui est jurisdictio ex parte delegantis. Idem obtinet in arbitrio juris electo ex necessitate legis aut statuti, qui dicitur necessarius, & habet jurisdictionem. Maranta *De ordine judic. p.6. actu.2. n.261.*

13 Quod attinet ad sententiam arbitratoris, quam arbitramentum appellant, ab ea neutiquam appellatur ex dictis caussis, peti tamen potest reductio ad arbitrium boni viri, ratione læsionis, *l. Societatem 76. in fine pro socio.*

ADDI-

ADDITAMENTA.

Ad Tit. 2. Quibus appellare non licet.

AD *n. III.* An ille, **Der sich deß Urtheils bedanckt**/ renuntiasse censeatur beneficio appellationis *vid.* Wesen. *in obs. Pract. verb.* **Bedancken** */pag.* 51.

Ad n. V. Si Imperator sententiam tulerit, an appellationi locus detur ad Pontificem? aut à Cæsare nondum satis informato ad melius informandum? aut à Cæsare ad Cæsarem & omnes Imperii status *vid. eleg. Limn. de Iur. lib. 2 cap. 9. n. 94. 95. 96. 97. 98. & seqq.* Spreng. *in Synops. Iur. publ. cap. 3. pag. 66 67. 68. & 69.* Gail. 1. *obs.* 155. *n.* 7.

TITVLVS III.

Quis à quo appelletur.

SVMMARIVM.

1. *Appellatur à judice inferiori ad superiorem.*
2. *Nec refert, ordinarius sit, an delegatus.*
3. *Non appellatur ab Officiali ad Episcopum.*
4. *Appellandum servato ordine; sententia tamen neglecto ordine lata tenet.*

1 APpellare regulariter licet ab omni judice inferiori ad superiorem, Unde laicus non appellat ad Ecclesiasticum, propterea quod non habeat eum superiorem, nisi fortè ex defectu justitiæ, aut nisi judex sæcularis sit subjectus Ecclesiastico judici, ut ab eo constitutus super temporalibus, *c. 7. §. fin.* ꝟ *De appellat,* ubi Pont. videtur 2 insinuare, id consuetudine induci posse. * Judex sit ordinarius, an delegatus parum refert; nam & à delegato appellari posse, & quidem ad delegantem, aut eum, qui dedit judicem, ejusve successorem, responsum est in *l. 1. hoc tit.* Quod accipe de delegato ad caussam specialem; nam cui universitas caussarum commissa, sive mandata jurisdictio, ab eo ad delegantem minimè appellatur, sed ad eum, qui, si delegans sententiam tulisset, provocaretur, *d. l. 1. §. fin. & c. sup. 27. §. porro* ꝟ *De offic. deleg.* Ratio differentiæ est, quia hoc casu idem est tribunal delegati & delegantis, ab eodem autem ad eundem non appellatur, *c. 3. De appell. in* 3 6. Illo vero casu non est idem tribunal. * Hinc ab officiali ad Episcopum, qui Officialem constituit, non appellatur, sed ad Archiepiscopum, *d. §. porro.* Officialis enim habet sibi mandatam jurisdictionem ab Episcopo. A Legato tamen ad Proconsulem appellatur, *l. 2. h. t.* quod non videatur illi omnis jurisdictio mandata, sive, ut tradit Cujac. 7. *Observ. c. 21.* quod non tam à Proconsule quàm potiùs suo jure jurisdictionem habeat à Lege attributam, etsi non antequam jurisdictio sit mandata, quam utique Proconsul ei mandare cogitur.

Itaque regula firma est, ab omni inferiori judice ad superiorem appellandum esse, & quidem 4 servato ordine, secundum jura civilia. Quod si tamen neglecto ordine, superior sit per saltum aditus, & caussam cognoverit, judicaveritque, sententia subsistet, si appellatus exceptione omissâ patiatur provocatum judicare quem excipiendo declinare poterat, ut regulare est in quibuscumq; dilatoriis & declinatoriis exceptionibus omissis *c. Pastoralis* ꝟ *De except.* Nec facit, quod possit videri incompetens; neque enim cùm sit in ordine superiorum omnino incompetens dici potest, cum prorogandæ jurisdictionis superioris occasio sit facilis, non etiam ejus, qui omnino incompetens est. Et hoc sive per errorem sive scienter appellatus sit superior, omisso medio, quia remissionis necessitas, de qua in *l. Imperatores sup. tit.* 1. tantùm est conditionalis, si nimirum appellatus exceperit.

[o]

TITULUS IV.

Quando appellandum sit, & intra quæ tempora.

SUMMARIUM.

1. *Appellandum statim posito gravamine.*
2. *Idque intra biduum in caussa propria, intra triduum in aliena.*
3. *Hodie indistinctè intra decem dies.*
4. *Tempus à sententia conditionali quando currere incipiat.*
5. *A gravamine continuò semper appellare licet.*

1 APpellari potest etiam statim posito gravamine, vel judiciali vel extrajudiciali, *leg. 1. hoc titul.* Si tamen sit gravamen, quod non censetur illi illatum, qui excusando liberari potest ab onere, ad quod vocatur. Unde ad tutelam nominati non appellant, nisi demum excusatione rejectâ, *dict. leg. 1. §. 1.* Nominati ad honores aut munera, cùm hoc ipso censeantur gravati, appellare possunt, non exspectatâ excusatione, cujus caussam non exponunt, nisi provocando, *d. l. 1. §. alia.*

2 Appellandi tempus olim duplex fuit, unde secunda hujus Rubricæ pars in plurali est concepta: nam in caussa propria, cujus scilicet emolumentum & damnum appellantem concernit, intra biduum appellandum erat; in aliena verò, ut quando procurator appellat, intra triduum, *dict. leg 1. §. dies autem & l. 2. h. t. l. Eos in fine C. De appellat.* nisi tamen procurator in rem suam datus sit, quia propriam caussam agit; uti & ille cujus interest, intra biduum appellare debet *dict. leg. 2. §. 1. & 2.* Quod tempus utile est, si inspicias impedimentum ex parte judicis, cujus non est copia, aut propter justam ignorantiam latæ sententiæ, *leg. 1. §. dies autem hoc tit.* aliàs est continuum.

3 * Hodie indistinctè, sive in propria sive aliena caussa, tempus decem dierum de momento in momentum currit à tempore recitatæ sententiæ, *Auth. Sed hodie C. De appellat.* posita tamen scientia latæ sententiæ, secundùm *Novell. de appell 23. §. 1.* ubi dicitur hoc tempus datum, ut plenissimè quis possit deliberare; nemo autem deliberat nisi sciens. Tempore hoc lapso frustranea erit appellatio, cùm sententia in rem transeat judicatam, nec amplius appellationibus impugnari possit. Cæterùm tempus hoc non est passim in usu, cùm alibi continuò sit appellandum. Ab interlocutoria sententia Rectoris intra triduum appellatio interponenda in hac Academia.

4 Quæstio est, Quando à sententia conditionali incipiat currere tempus? Dictum supra *ad tit. de re judic.* sententiam sub conditione tali ferri posse, quæ non indigeat novâ conditione; & ut Ulpianus in *leg. 1. §. biduum autem hoc tit.* neget sententiam sub conditione esse proferendam, concludit tamen tempora ad ad appellandum computari debere continuo, quod ex eo momento sententia obligare incipiat. Non obstante conditionis exspectatione, cujus eventus subsequens rem retro agit, quasi ab initio prolata foret sententia, *arg. leg. Potior §. 1. sup. Qui pot. in pig. hab.* Ad instar conditionalis obligationis quæ propter spem futuræ conditionis vinculum injicit *§. ex conditionali Inst. De verb. oblig.* licet ante conditionem nec agi nec judicatum executioni mandari possit, *leg. Cedere diem inf. de verb. signif.* Mynsing. *Cent. 5. Observ 95.*

5 Quod dictum, post decem dies appellari non posse à gravamine, verum est, nisi fuerit continuum, veluti incarceratio aut simile quid, quod quoad durat, appellationem admittit. Jason in *l. Si ita 13. n. 5. Cod. De procurat.* Interposita appellatione petendi sunt apostoli, de quibus infrà *Tit. 6.*

ADDI-

ADDITAMENTA.

Ad tit. 4. Quando appellandum sit, & intra qua tempora.

A*D n III.* Hoc decendium, neque à Judice Mynſ. *cent. 3 obſ. 11. in fin. Ordin. Cam. part* 2. *tit. 29.* §. So ſollen auch ꝛc nec compromiſſo partium prorogari poteſt Mynſ. *cent. 2. obſ.* 68. Gail. 1. *obſ.* 193: *n. 6. Arum diſſ fin. ad* Pand *Theſ.* 11.

In gravamine ſucceſſivo, quamdiu illud durat, ſine ulla temporis præfinitione jus appellandi durat. Exempla *vid. ap.* Gail. 1. *obſ.* 139. *n.* 13.

Hodie etiam tam in ſententia nulla quàm iniqua fatale interponendæ appellationis obſervatur. per *Noviſſ. Receſſ. Imp. Ratub. de anno* 1654 §. In dem auch ꝛc. ibi, ſo ſolle zu Verhütung dergleichen unnötigen Gezancks, in allen beyden Fällen, das iſt, à ſententia, tam nulla quam iniqua, das fatale interponendum obſervirt &c. excipitur tamen caſus, *in §. ſeq dict. Receſſ.* bey den jenigen nullitatem aber, welche inſanabilem defectum, auß der Perſon deß Richters oder der Parthey, oder auß den ſubſtantialibus deß Proceſſus nach ſich führen, verbleibt es bey der diſpoſition deß allgemeinen rechten.

TITVLVS V.

De Appellationibus recipiendis vel non.

SUMMARIUM.

1. *Appellationi deferre judex à quo debet.*
2. *Appellationi á ſententia interlocutoria quando deferendum.*
3. *Contumax appellans non audiendus.*
4. *Neque appellans in notorio crimine.*
5. *Item confeſſus.*
6. *Non tres ſententias conformes contra ſe habens.*
7. *Non qui appellationi in eadem cauſſa non detulit.*
8. *Nec appellatur à ſententia ſuper juramento lata.*
9. *Neque ab executione.*
10. *An neque à ſententia in poſſeſſorio lata.*
11. *Appellari non poteſt à pœna legitima.*
12. *Poteſt verò à declaratione pœna.*
13. *Appellari an à correctione poſſit?*
14. *Appellatio per Principem an tolli poſſit?*
15. *Appellatione non recepta adeundus Princeps.*

1 APpellationis varii ſunt effectus. Primus, de quo hic, eſt, quod judex à quo appellationem interpoſitam recipere debeat, eique deferre, *leg Iudicibus*, 14. *Cod. appellat.* modo is appellet, cujus intereſt aut cui mandatum eſt expreſſè vel tacitè *l. 1. hoc tit.* Niſi tamen legibus appellatio ſit inhibita aut rejecta: unde variis caſibus appellationi non venit deferendum. Et primò quidem 2 ab interlocutoria jure ſaltem civili non admiſſa paſſim eſt appellatio, *leg. penult. Cod. h. t.* niſi gravamen illatum per definitivam corrigi nequeat, ut ſi judex decreverit quæſtionem *l. Ante hoc tit.* quòd lex aliàs præſumat tantùm litis differendæ cauſſa eam interponi. Dixi ſaltem jure civili, quia jure Canonico ab interlocutoria & à quovis gravamine appellatur, *c. 3. De appellat. in 6* quod ſatiùs ſit in tempore gravamini occurrere, quàm poſt læſam cauſſam remedium quærere non rarò ſerotinum: ubi tamen opus eſt cauſſæ expreſſione, ne videatur fruſtraneè interpoſita. Verùm eam juris veteris appellandi ſecundùm Canones libertatem reſtrinxit Conc. Tridentinum *Seſſ.* 24. *c.* 20. *De reformat.* non aliàs admittens appellationem ab interlocutoria, quàm habente vim definitivæ, & cujus gravamen per appellationem à definitiva reparari nequit. Quod ipſum eſt facti, & ex rei natura ac conditione ſolet detegi.

Non tamen ab omni definitiva appellatur. 3 Nam in primis nō auditur appellans contumax, *l. 1. C. Quor. appell non recip.* cum non habeat quod conquetatur, qui ſuo vitio eſt in judicio ſuperatus, quod ad eum refert, quia judicio receſſit, & verè contumaciter abeſt, *l. Et poſt edictum* 73. *ſup. De jud.* non etiam ad eum, qui quo modo perſeverans in judicio aliquid facere recuſat, qualis

patitur pœnam huiusmodi contumaciæ accommodatam qua defensa auditur, *l. Sancimus 15. C. De judic.* Speculator *De appellat.* §. 2. n. 1.

4 Reiicitur & appellans in notorio crimine, *cap. 5.* ¶ *de appellat.* quia appellatio est inventa in remedium innocentiæ, quam cessare facit crimen notorium, *cap. Cum speciali 61. §. 1.* ¶ *eod.*

5 Unde nec auditur confessus quod non videatur temerè contra se confessus. Quò facit, quod confessus sit quodammodo sua sententia damnatus, *leg. 1. supra de confess.* Si tam per rei evidentiam constet de crimine, ut nulla supersit defensio: quæ si subsit ex caussa rationabili, non est ratio, quare non deferatur confitentis appellationi, *Gloss. in d. cap. 5.* veluti si dicat se errore lapsum, metu inductum. Et hoc ita in sponte confitente; nam tormentis extortæ confessioni non est tanta vis, quia non est voluntaria. Quâ ratione Imp. in *leg. 2. C. hoc tit.* dicens confessum non audiri, excipit eum qui tormentis territus contra se dixit aliquid.

6 Rejicitur etiam qui tres conformes sententias contra se habet, *tit. Cod. Ne liceat in una eadem. caussa.* Ratio est tum ut sit aliquis litium finis, tum quod sit præsumptio pro tribus diversorum judicum sententiis, quibus ideo acquiescendum,

7 *Clem. fin. De Appellat.* * Non auditur quoque appellans, qui appellationi in eadem caussa non detulit, *c. an sit 41.* ¶ *De Appell.* ex ratione regulæ, quod quisque juris in alium statuit, eodem utatur. Ut nec admittitur, qui juravit stare judicio Ecclesiæ, *c. ad hæc 20. & 21.* ¶ *de Appell.* propter vim juramenti, quod servandum nisi jurans o-

8 stenderit læsionem, *d. c. 20, ubi Glossa.* * Præterea non admittitur appellatio à sententia super juramento lata, quod juramentum sit species transactionis, *l. 2. sup. De jurejur.* transactio autem non retractetur propter bonum publicum, cujus interest sopiri lites finitas, non resuscitari. Quo facit *l. 5. § d. eo sup. d. t.* ubi dicitur juramento præstito nil amplius quæri, quàm an sit juratum. Quod omnino verum est in juramento voluntario & judiciali, nam illæ duæ species habent vim transactionis, non etiam necessarium, qua de re supra de jurejurando.

9 Ab executione appellare neutro jure permissum, *l. 5. C. h. t. c. Novit. 43.* ¶ *eod.* quod videatur appellatio interponi in fraudem executionis post approbatam silentio sententiam, eum executor non tam sit nova persona, quàm juris interpretatione eadem cum eo, qui executionem mandavit, cujus factum potius esse intelligitur, quàm exequentis, qui tantùm habet nudam facti explicationem. Nisi tamen modum excedens partem gravet, *d. c. 43. & d. l. 5.* V. Fachin. *lib. 1. Contr. c. 7. & seq.*

Quæri posset, An appelletur à sententia in possessorio lata: Si inspicias Canones, qui à quolibet gravamine appellantes audiunt, non videtur deneganda appellatio, nisi quod Tridentinum, uti dictum supra, appellationi deferri noluerit ab interlocutoriis [cujusmodi est sententia super possessorio lata] si gravamen reparari queat per definitivam. Quod omnino obtinet de jure civili. Unde Cujac. in *l. unic. C. de moment. possess.* negat admitti appellationem propter celeritatem reformationis, quam ejusmodi sententia desiderat, & quia gravamen corrigi potest in petitorio Covarr. *Pract. quæst. cap. 23. nu. 8.* tractans hanc materiam, admittit appellationem quoad vim devolutivam, non etiam quoad suspensivam executionis, quam vult procedere. Et ita hodie servatur in Curiis Vid. Mynf. *cent. 6. obs. 3.* Cagnolus *ad l. in pari 72. n. 5. de R. I.* Faehin. *d. l. b. 1. c. 75.*

A pœna legitima appellari non posse habet *l. si qua pœna 244 inf. de verb. signif.* nam cum pœna sit à lege statuta & ubi de crimine constat, pœna à lege definita veniat infligenda, ab illa appellans videtur arguere legis iniquitatem. Quod non admittendum: comparata enim appellatio juris sui tuendi caussa, non etiam publici infringendi.

A pronuntiatione sive declaratione pœnæ appellari potest, cum & ductus ad supplicium audiatur appellans, nec ipse tantùm, sed & alius pro eo, *l. 6. sup. de app. & cap. 5 in fine* ¶ *eod.* Ubi non rejicitur appellatus damnatus rapinæ & violentæ invasionis. Ratio est, quod declaratio sive pronuntiatio non sit legis, sed hominis, ut provocans non tam de legis iniquitate censendus sit conqueri, quàm de hominis excessu; nisi tamen appellanti desit iusta caussa, ut quia delictum est notorium facti evidentia, aut rei confessione, *d. c. 5. in fine* Capella Tholos. *dec. 441. in fine.* Hodie etiam à pœna appellari potest, cum agatur extra ordinem & pœnæ sint arbitrariæ *l. Hodie sup. de pœnis.* Cujac. *ad c. ad nostram 13.* ¶ *h. t.* Qua de caussa & à mulcta provocari potest, cum sit arbitraria, *dict. l. 244.* Mynf. *Cent. 3. Obser 45.*

Dubitatur, An à correctione appelletur? Pontifex in *c. 3.* ¶ *h. t.* rescripsit Monachos & Religiosos, non obstante appellatione corrigendos & castigandos esse secundum regulam sui Ordinis, quæ illis est pro iure & lege; ut ab ea appellan-

tes

tes eius iniquitatem arguant, quod est temerariū. Et sanè Religiosis ut arctior est regula vitæ, & humilitatis, obedientiæque maior necessitas, ita minor concedenda audacia delinquendi, quæ daretur, si, quando pro excessibus patiuntur correctionem, provocandi licentia iis concederetur, quam omnino removet *c. Reprehensibilis 26. in fine* ꝧ *h.t.* Verum quia non rarò contingit Superiores in correctione modum excedere, aut unam pœnam pro alia indicere, quidni remedium appellationis gravatis liberum erit, cum nulli sit deneganda iusta sui defensio? Et ita colligitur ex *c. Irrefragabili 13.* ꝧ *de officio ordin.* vult id ipsum Abbas in *c. ad nostram 3. n. 2. & 7.* ꝧ *h.t.* ne fortè quid malè affecto superiori liceat contra fas tentare in subditos impunè, maximè nulla caussæ cognitione præmissa, contra *c. Qualiter 24.* ꝧ *De accusat.* interdum nec auditâ parte, sed tantùm auditis delatoribus etiam propria in caussa testantibus, ut lucellum aliquod consequantur. Sunt qui distinguant inter sæculares & Regulares, quod hi non appellent, ex dicta ratione, & per *d. c. 3.* quod agit de Regularibus Hent. Bohick. *ad d. c. 3.* ubi alios citat Videtur tamen eadem esse ratio in utrisque, atque ita idem ius statuendum. Aliis non malè videtur, in correctionibus, non admitti quidem appellationem quòad effectum suspensivum, eam tamen operari quòad effectum devolutivum: quæ decisio est servanda.

14 Postremò hic quærendum est, An appellatio per Principem tolli possit? Quod videtur negandum, cum spectet ad sui defensionem iure naturæ permissam, nec prohibendam, *can. Omnis oppressus 11 q. 3.* Et hoc, qua parte est necessaria, ad sui defensionem, ut suum cuique reddatur, & ad iustitiæ ministerium, quo casu tolli nequit appellatio. Posset tamen dari ea negotiorum qualitas, quæ non pateretur secundùm Reip. utilitatem interponi appellationem, quo casu eius denegatio nihil continebit iniquitatis, ut ait Covarr. *d. c. 23. Pract. Quæst n. 6.* Quò facit, quòd supra dictum, posse per Pontificem aut principem delegare iudicem, cum clausula, *appellatione remota.*

15 Cæterùm si contingat appellationem alicuius non recipi, adeundus illi erit Princeps, si illum appellare oportuit, aut alius, & hoc intra tempora, sufficietque dicere, appellationem non esse receptam, & id docere, *l. 5. h.t.* Quo casu omnia in eodem statu permanebunt, & tenebitur is qui appellationem non recepit, opinionem suam confestim per relationem manifestare, & caussam, ob quam non recepit appellationem, eiusque exemplum litigatori edere, *l. 6 h.t.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 5. De appellationibus recipiendis vel non.

AD *n. VI.* Quid si uterque actor & Reus binas habeat in sui favorem latas sententias confirmatorias, quis eorum præfertur? Si pro actore prima fuerit lata, cujus conditionem meliorem futuram puto, per ea quæ habet Spec. *de appell. §. quoties n. 3.* Ludov. Bendet. *tract. de revis. concl. 19. n. 21.*

Illud hic notandum est, quod in camera Imp. trium conformium sententiarum exceptio non attendatur. Mynf. *cent. 1. obs. 14. & 15.* Gail. 1. *obs. 72. n. 3. & obs. 135. n. 12* Schvvanm. *in diff. jur. Civil. & Camer diff. 6. n. 8. 9. & 10.*

Ad n. VIII. Vid. Carpzov. *Iurispr. forens. part. 1. const. 15. def. 7. & 8.*

Ad n. X. In Camera Imperiali à sententiis supra possessorio plenario latis appellationes admittuntur, executioque suspenditur. Gail. 1. *obs. 7. n. 7. & obs. 147. n 9.* Bendet. *concl. 35. n 8. & 28.*

Effectus appellationis devolutivus dicitur, quando causa, per appellationem interpositam ad Judicem ad quem tantum de iure devolvitur, sed executio latæ sententiæ non suspenditur, ut cum iudex superior appellationem legitimè interpositam [salvâ iudici inferiori executione] recipit, deque causa ipsa iustanè ea sit an iniusta, solum cognoscit. Suspensivus verò appellationis effectus dicitur, quādo appellatio interpositā executionem sententiæ adeò impedit, iureque suspendit, ut Judex à quo appellatum est, sententiam suam, etiā nullā extractā insinuataque inhibitione, tutò exequi non possit.

Ad n. XIV. Utrum appellatio à Principe & statuto, in totum tolli possit? Et quid in Camera obtineat *vid. eleg.* Schvvanm. *in different. Iur. Civil. & Camer. diff. 16. per tot.*

Ad n. XV. De actorum editione & compulsorialibus *vid.* Gail. 1. *obs. 134.* Mynf. *cent. 1. obs. 11.* Schvvanm. *in Process. Cam. lib. 2. c. 5. passim & c. 12. n. 7.* ubi Compulsorialium formulam exhibet.

TITVLVS VI.

De libellis dimissoriis, qui Apostoli dicuntur.

SUMMARIUM.

1. *Apostoli qui quando & qualiter petendi.*
2. *Iudex denegans apostolos ad quid teneatur.*
3. *Apostolis concessis judex à quo præfigit tempus prosequendæ appellationis.*
4. *Intra quod appellante negligente an appellatio fiat deserta?*
5. *Appellatio præsentanda intra terminum.*
6. *Negligentia procuratoris an noceat domino.*
7. *Tempus exercendæ & finiendæ appellationis.*
8. *Super desertione Iudex ex officio pronuntiat.*
9. *Apostoli refutatorii: item testimoniales.*

1 VT effectum sortiatur appellatio, incumbit appellanti petere apostolos à judice à quo. Quo nomine indicantur litteræ dimissoriæ sive libellus dimissorius, *l. 2. h. t.* ita dictus, quod per eum dimittatur caussa ad judicem appellatum, *l. Dimissoria 109 infra De V. S.* Tenor ejus est, Lucium Titium à sententia illius inter tales dicta appellasse, *d. l. 1.* Petendi autem apostoli instanter & sæpius, *d. l. 1. in fine*, & olim intra quinque dies, *Paul. 5. Sent. t. 34.* hodie intra triginta dies à lata sententia, *l. A judicibus 24. Cod. De appell.* aliàs appellatio deserta habebitur. 2 Si judex Apostolos non tradiderit cum sua subscriptione, mulctandus erit, *d. l. 24.* & si per ejus moram decurso tempore sententia prior confirmata fuerit, damnum omne cogitur parti refundere, *Nov. Exemplum sacræ formæ 26. §. fin.* In casu denegatorum apostolorum licentia erit appellanti super eo deponere querimoniam, & convenire adversarium intra anni spatium, vel etiam intra sex menses, pro judicum diversitate, *l. si appellationem 31. C. de appellat.*

3 Impetratis apostolis, solet judex à quo præfigere certum tempus, intra quod nisi appellans cessante caussa prosequatur appellationem, habebitur ea pro deserta, *l. 5. C. d. t.* est enim hoc judici à quo permissum, uti colligitur ex *cap 5. & c. Oblata 57. ;; De appellat.* ubi Abbas & Felinus. Non potest autem præfigere tempus ad proponendas exceptiones, quia hoc foret se immiscere iis, quæ spectant ad jurisdictionem superioris.

4 Ubi in dubium vocatur, An appellante negligente illam coram superiore introducere in præfinitum tempus, ita censeatur appellatio deserta, ut amplius eam prosequi, nequeat? Sunt qui lapsum præfixi temporis hoc tantùm operari volunt, ut sententiam quidem judex à quo exequi possit, non tamen & habeatur deserta appellatio Fredericus de Senis *Consil. 7.* Ludovicus Romanus *Singul. 163.* Verum istam restrictionem non admittunt verba *dict. cap. 4. & c. 5. ;; De appellat.* quæ habent, tunc quasi appellatione deserta judicem à quo posse procedere ad sententiæ suæ executionem. Quod minùs convenit cum eo, quod alii volunt, appellationem esse salvam: nã si appellatio, quæ claudit manus judicis à quo, est salva, qui poterit exequi sententiam? Dicere eo tantum effectu non esse clausas, ut exequi non respondet rationi iuris, Ut rectè Glossa in *c. 5.* velit priorem judicem exequi posse sententiam, quasi appellatum non fuisset: & facit textus in *c. Sæpe 44. ;; d tit.* ubi lapso termino appellationi prosequendæ præfixo manet firma sententia. V. Specul. *De appellat. § 7. n. 1.*

5 Satis est autem intra terminum à judice præfixum præsentare appellationem judici ad quem, imò sufficere volunt arreptionem itineris ad superiorem caussa præsentandæ appellationis, *cap. 8 ;; de sentent. & re judic.* aut saltem aliquem eò mittere Abbas *ad dict. c. 8. nu. 1.* Specul. *d. n. 13.* cum terminus non assignetur ad completam persecutionem, sed inchoandam, & caussa diligentiam faciendam, quæ probe Cassador. *decis 4. de appellat.*

6 Dubitatum hic fuit, An procuratoris, cui commissa appellationis prosecutio, negligentia domino noceat? Quod videtur dicendum, argumento eorum, quæ traduntur *supra de procur.* procuratoris scilicet factum vel dolum domino nocere, ut ne quidem propterea competat restitutio, *l. Delegantes § si dolo 9 & l arb. 8. § dolo de dolo*, salvâ solum actione contra procuratorem ad interesse, *l. Si procurator 20. C de procur.* [si] procurator solvendo non fuerit, tunc enim restituendus venit dominus, *d. § si dolo.* ne dolus alterius alicui cum damno tertii lucrum adjungat. Cassad. *alios allegans d. decis. 4.*

7 Quantum ad tempus exercendæ appellationis jam introductæ, illud aliud est in appellationibus à nominationibus ad honores, quæ secundo ...

finienda, *l. 1. De temp. & reparat. appellat.* aliud à sententia, quæ finienda olim erat intra sex menses, qui appellantur primum fatale, quod inducant interitum causæ; cui & secundus, tertius, quartus menses addebantur, quorum & ultimus dies dicitur fatalis. His si necdum finita appellationis caussa, reparatio a Principe petebatur, quâ tres alii menses impetrabantur, *l. 2. C. d. t.* Hodie intra annum est finienda, quo coram judice ad quem introducta est appellatio: justa tamen causa etiam alterum annum indulgeri facit, *Auth. ei qui C. d. t.* Cujus biennii tempus non currit interim dum in arbitros est compromissum, *Auth. Si tamen C. d. t.* ut nec ei, qui agere impeditur *c. 8. ※ De appell.* ut sistet per Judicem appellationis, *Aut. si appellatione C. d. t.* Alias dicto tempore lapso tamquam desertâ appellatione, Judex à quo sententiam exequitur, *c. Cum sit Romana 5. ※ d. tit.* Quod ita verum est, ut Judex ad quem fatalia suspendere nequeat aut contra ea restituere nisi ex rescripto concessum sit, quod ea res sit juris publici, super quo non licet dispensare nisi ei qui est supra jus publicum, aut ex ejus commissione. Minimè etiam ex consensu ipsarum partium permissa est prorogatio, quia lapsu fatalium ipso jure devolvitur jurisdictio ad judicem à quo.

8 Debet ergo Judex, etiam parte non opponente, super desertione ex officio pronuntiare. Si tamen sententia à quâ confirmanda veniret, ut quia constet de injustitia appellantis ex actis prioribus, & desertio per partem non sit allegata, potest Judex ad quem, non attentâ desertione sententiam à qua confirmare, ut tradit Gail. 1. *Observ 137. n. 2.* ex subjunctâ ratione, quòd postquam propter desertionem sententia prior in rem transivit judicatam, *c. 5. ※ d. t.* non malè faciet confirmando eam. Et hoc, quatenus caussa coram eo est introducta; aliàs tantùm pronuntiabit super desertione, & super expensis, contra desertorem. Habet enim judex appellationis jurisdictionem in cognoscendo, an sua jurisdictio, & utrum appellatio sit deserta. Nam licet desertio appellationis faciat perimi instantiam causæ appellationis, superest nihilominus officium in condemnando in expensas, quæ considerantur à tempore interpositæ appellationis, qua de re plenius Gail. *d. lo. o.*

9 Præter apostolos dimissorios sunt & refutatorii, quos dat Judex, appellationi non deferens, de quibus dictum, Tit. superiori. Sunt item testimoniales, qui dantur caussa testimonii super appellatione proposita coram judice recusante dare apostolos, vel coram publica aut honesta persona non data Judicis copia, *c. fin. ※ d. t.* Sunt denique & conventionales, quos dat pars adversa admittens appellationem sive extra sive in judicio.

ADDITAMENTA.

Ad Tit. 6. De Libellis dimissoriis qui Apostoli dicuntur.

AD *n. I.* Etsi tam de Jure quam consuetudine plerorumque locorum Apostolorum petitio, non modo necessaria sit, sed & sæpius, instanter, ac sæpissimè peti debeat. **Zum ersten / andern und dritten / fleissig fleissiger auff aller fleissigste.** Marant. *in Spec suo aureo part. 6. tit. de appell. n. 220.* Illud tamen in Camera Imperiali non attenditur, ut disertè constitutum est *in Ordin. Camer. tit. 30. part. 2. in princ.* Mynf. 14. *Obs. 36.* Gail. 1. *Obs. 139. in fin.* Wes. *consil. num. 31.* **Damit auch** [inquit ordinatio] **Gefährligkeit in Vollführung der** appellationen / **so an dem Kays. Cammergericht beschehen / fürkommen / soll einem jeden** appellanten **frey stehen / nach gethaner** appellation Apostolos **zu bitten oder nicht.** Sed hæc ad inferiora tribunalia non sunt extendenda. Nam in his nisi Apostoli intra 30. dies petantur, appellatio censetur deserta Wes. *dict. consil. 1. n. 10.*

Ad n. IV & V. Tempus introducendæ sive præsentandæ appellationis, jure communi definitum non reperitur, sed est arbitrarium per *text. in l. 1. ff. de Iur. delib. §. 2. ibi:* cum dicit *temp*, *nec adjicit diem sine dubio ostendit esse in jus dicentis potestate, quem diem præstituat.* Wes. *ad t. quand. appell. n. 4.* Verùm in Augusto Cameræ Judicio, ad introducendam appellationem TEMPUS SEMESTRE [quod est sex mensium & à die interpositæ appellationis currere incipit Gail. 1. *Obs. 40. n. 1.*] præstitutum est

Ordin. Cam. part. 2. tit. 30 Myns. *cent. 1. Obs. 31. & cent. 5. obs. 57.* proinde intra sex menses, appellationum processus, *ut puta citatio compulsoriales & inhibitio*, non solum è senatu Camerali extrahendi sed & parti insinuandi sunt, atque in Camera judicialiter reproducendi Myns. *dict. cent. 5. obs. 57.* Idq; adeò strictè præciseque obtinet, ut nisi hæc fatalia sex mensium, per omnia observentur, appellator tota mulctetur causa. Hæc tamen per Noviss. Recess. Imp. Ratisb. de anno 1654. §. **So dann sol der** Appellant, **in alle weg mit Außpring- und Insinuirung der** Process **bey Straff der** desertion, **dergestalt befürdern / damit die Insinuation wenigst vor Ablauf der vier ersten / nach** interponirter Appellation, **folgenden Monathen / ohnfehlbar beschehe / und also nach der Insinuation zum wenigsten / nach zweyen Monathen / biß zu Verfliessung** der fatalium introducendæ **zur** reproduction **und dem** Appellaten **zu nothwendiger Bedenck und Einbringung seiner GegenNothdurfft übrig verbleiben** *etc.* aliquo modo mutata sunt.

Ad n. VII. Ob causarum multitudinem, fatalia finiendæ appellationis, in Cameræ Judicio, locum non habent, neque currunt nec attenduntur Gail. 1. *Obs. 128. n. 3. & Obs. 141. n. 7.* Si tamen fatalia eo loci, ubi adhuc jure communi hâc in parte statur, non fuerint servata, appellatio in Camera, tanquam deserta non recipitur, sed ad judicem à quo ad exequendum remittitur: id quod diligenter observandum esse, monet Gail. *dict. obs. 141. n. 8.*

Ad n. IX. Varia genera Apostolorum sive libellorum dimissoriorum, quæ in praxi frequentantur. *vid. ap.* Wehen. *in obs. pract. verb.* **Abschiedsbrieffe** *pag. 4.*

TITULUS VII.

Nihil novari appellatione interposita.

SUMMARIUM.

1. *Appellatio suspendit jurisdictionem judicis à quo.*
2. *Attentatum ante omnia revocandum.*
3. *Appellatio ab incidenti an suspendat caussam principalem?*
4. *Condemnatus ex pluribus delictis propter quadam appellans an audiendus?*
5. *Attentatum per tertium non revocat judex appellatus.*
6. *Attentata revocantur etiam parte non petente.*
7. *Lis super attentatis simul cum principali caussa cognoscenda.*
8. *Attentatum an continuò indistinctè revocandum?*
9. *Inhibere judex ad quem quando possit.*
10. *Inhibitioni factâ omnino revocandum.*
11. *Inhibitione opus non est, judice deferente appellationi.*
12. *Appellatio à sententia definitiva potest justificari ex novis caussis.*
13. *Testes novi in caussa appellationis super iisdem articulis an produci possint?*
14. *Appellatio ab interlocutoria ex iisdem actis justificanda.*
15. *Appellatione pendente quando novari possit.*
16. *Attentata revocanda etiam in extrajudiciali appellatione,*
17. *Idque per judicis provocati officium.*
18. *Nisi manifesta attentati appareat injustitia.*
19. *Interlocutoria gravamen revocare potest judex à quo.*
20. *Sententia judicis provocati extinguit sententiam judicis à quo.*
21. *Deserere caussam quis dicatur.*
22. *Deserere appellationem licet.*
23. *Appellatio ab uno interposita prodest aliis.*

Præcipuus appellationis[1] effectus est suspendere jurisdictionem judicis à quo in ea caussa, in qua nihil innovandum dicitur hoc Tit. sed integer status servandus, qualis fuit in prima instantia, ad cujus Principium res reducitur. Et hoc sive recepta sit appellatio, quia recepta est, sive non recepta, ne fiat præjudicium quoad deliberatur, utrùm sit recipienda, nec ne, *l. unica h. t.* Tamdiu autem recepta appellationem nihil innovandum, quamdiu de appellatione non fuerit pronuntiatum. Hinc relegatus si appellaverit, neque Italia neque provincia, in quam relegatus, arcebitur, *d. l. un. §. 2.* neque deportatus aut annotatus vincula patietur, aut ullam injuriam, *d. l. un. §. 3.* & ordine abs-

fine re jussus poterit participare cœtum, *d. l. un. §. 1 pen.* * Attentatum si quid fuerit, ante omnia revocandum, *cap. Non solum de appell. in 6.* Collatio beneficii est irrita, uti & subsecuta sententia excommunicationis, *c. ad litteras 55. ※ d. t.* cum prior judex careat jurisdictione, nec, subsecutas nam antè lata sententia excommunicationis non suspenditur, cum secum trahat executionem *c. Is cui 20. de sent. excom. in 6.* a qua tamen datur absolutio ad cautelam, *c. Qua fronte 20. ※ d. t.*

3 Quid si tantùm ab uno incidenti appellatum fuerit? posset videri non licere amplius judici à quo immiscere se principali caussæ, sive quia non convenit coram diversis judicibus eodem tempore, eadem de caussa, inter eosdem, agi, sive ne continentia caussæ dividatur, ac separetur, *l. 1. & 2. sup. Quib. ad eum judic.* Verùm hoc procedit, quatenus incidens ita cohæret principali, ut sine eo principalis causa terminari nequeat, aliàs permissum est judici in principali caussa procedere, *c. super 10. ※ d. t.* ubi & appellatio in una caussa non facit, quò minùs in aliis appellans agnoscat eundem judicem, ut dicetur infra *Tit. 11.*

4 Illud quæsitum, An si ex pluribus facinoribus condemnatus, propter quædam appellet, propter quædam non appellet, omnino sit differenda ejus pœna? Respondet JC. in *d. l. unica §. fin. h. t.* si crimina, propter quæ appellatum, graviora sint iis, à quibus non est appellatum, recipiendam esse appellationem, & differendam pœnam; sine contrario graviora sint, propter quæ non appellatum non differendam, ne minor caussa præstet impedimentum majori.

5 Dicta de attentatis revocandis procedunt, sive per judicem, sive per partem quid fuerit innovatum. Quod si per tertium quid innovetur, hoc non spectat ad judicem appellatum, cui tertius ille non est subjectus, sed hoc ipsum emendandum venit per judicem ipsius tertii, Maranta *p. 6. actu 2. n. 163.*

6 Potest autem judex attentata revocare, etiam parte non petente, quia per attentatum magis judex quàm pars ostenditur, imò ipsa lex prohibens quid attentari cõtemnitur Gail. *1. obs 146. n. 7.*

7 Quòd si lis super attentatis sit contestata, judicis est simul cognoscere super iis cum caussa principali, &c. si de attentatis constiterit, prius de illis judicare, nisi talia sint, quæ sui natura non possint separari à principali, Gail. *d. loco n. 8.* Ubi expensas luet succumbens, & fructus restituet, *c. Gravis ※ De rest. spoliator.*

8 Q. An quod innovatum est, sit continuò & indistinctè tanquam attentatum habendum & revocandum per superiorem? Recepta communiter distinctio inter appellationẽ à definitiva & ab interlocutoria, quod illa etiam ante inhibitionem judicis ad quem impediat judicem à quo procedere ulterius, quamdiu pendeat appellatio, hæc verò non impediat nisi demum post inhibitionem judicis superioris, quâ mandat judici à quo, ne in caussa ulterius procedat. Maranta *dict. loco num. 162.* Quæ distinctio fundata in *c. Non solum 7. de Appellat. in 6.* Ubi & hoc additur, quod ante appellationem à definitiva inter decem dies medio tempore innovatum appellatione postea interpositâ, debeat per judicem appellationis reparari? nam ut post appellationem nil est attentandum ita nec pendente tempore ad appellandum à jure indulto, cum ut jus alicui non auferendum ita nec spes. Ratio differentiæ inter illas duas appellationis species est, quod prior suspendat omnino jurisdictionem judicis à quo, eique manus claudat, ut supersedere debeat, etiamsi à judice postea appellatio repudietur, *l. 3. C. de Appell.* non etiam posterior *d. c. 7.* ut judex procedere possit donec ei fiat inhibitio.

9 Priusquam autem inhibeat judex, debet illi constare caussam ad se devolutam esse, *cap. 5. §. si vero de app. in 6.* & cognoscere de caussa gravaminis *cap. 5. § sed si*, quam in appellatione ab interlocutoria exprimendam esse superiùs diximus: quę quia posset non esse sufficiens, interea judex à quo procedere in caussa non impeditur. Nisi tamen caussa committatur per Pontificem ex certa scientia, aut expresso gravamine, tunc enim potest delegatus, nullâ aliâ præmissâ cognitione, mandare judici ut supersedeat, quia Pont. Videtur approbasse gravamen, Felinus ad *c. Dilectus 29. nu. 14. ※ de rescript.* ubi circa finem tradit in caussis commissis per Romanum Pont. Auditori Curiæ Romanæ posse eum continuò inhibere judicia à quo ne pergat tradens ita de stilo servari, quod & notat Abbas *ibid. in fine.*

10 Factâ itaque inhibitione, innovatum tanquam attentatum ante omnia in pristinum statum est reducendum, etiamsi in caussa allegata vera non fuit, *dict. cap. 7. illa verò.* Cujus ratio consistit in contemptu inferioris erga superiorem. Ante inhibitionem innovata subsequenti demum sententia super Principali retractabuntur. * Quod si 11 judex detulerit appellationi, inhibitione non est opus, cum hoc ipso abdicarit à se jurisdictionem sine qua non procedit judicium, *d. c. 5.* Solere tamen illam interponi tradit Gail. *d. lib. 1. obs. 144. n. 3.*

n.3. quòd abundans cautio non noceat, & quod id expediat appellanti propter appellatum, ne aliquid interea attentet vel innovet. Est itaque hæc differentia inter appellationem à definitiva & ab interlocutoria.

12 Est & alia, quòd appellatio à definitiva possit justificari ex novis caussis & probationibus: licet enim appellanti non probata probare, non producta producere, *l. per hanc* 4 *C. de temp. appell. c. Fraternitatis* 17. ※ *de testib.* dummodò non producantur novi testes super iisdem articulis, super quibus in prima instantia sunt producti, propter

13 metum subornationis, *d. cap.* 17. * Qua in re etsi juris Civilis Interpretes velint in secunda instantia posse super iisdem articulis novos testes produci, per *Novell. de testibus* 90. § *quia verò, & ad d. l.* 4. verior tamen Canonistarum est opinio, qui negant produci posse. Pro quibus facit ratio, quòd non minor sit metus subornationis in caussa appellationis post publicata testimonia ex novis producendis testibus, quàm in prima instantia, ut posità eâdem ratione metus debeat obtinere eadem prohibitio ejus nomine inducta. Facit & expressius textus in *d. c.* 17. & expressior in *Clem.* 2. *De appell. ubi Glossa*, Covar. *Pract. qq. c.* 18.

14 *n.6.* * Appellatio verò ab interlocutoria non admittit nova produci, sed ex iisdem actis justificanda venit, *Clem. Appellanti d. t.* Rationem diversitatis colligere est ex traditis à Patrolo in *l. Ait Prætor n.* 3. *sup. de minorib.* quod scilicet à sententia definitiva appellari possit, etiam si sit justa, & judex nullam intulerit parti injuriam, unde ut possit victus vincere, ne frustra appellet, concessum illi uti novis allegationibus: ab interlocutoria autem non alias appelletur, quam ratione injuriæ qua pars se affectam queritur, quæ non potest detegi nisi ex iisdem actis, non etiam ex aliis, ex quibus non visis judex non potest dici intulisse injuriam.

15 Cæterùm quod habet hæc Rubr. nihil novari pendente appellatione, patitur in multis exceptionem: ut si appellatio sit notoria; si talis, cui non deferendum, si caussa sit notoria iniquæ appellationis, nisi tamen superior ob caussam allegatam cognoscere cœperit & inhibuerit, *c. Romana* § *si autem* ※ *de appell.* si suspectus sit appellans de fuga, aut timeatur dilapidatio fructuum, aut rei destructio, de quibus & similibus videatur Maranta *d. loco num.* 163. & Specul. *De appell.* § 11.

16 Habent autem hæc de attentatis revocandis usum non tantùm in judiciali appellatione, sed & extra judiciali, cum attentatorum prohibitio non tantum sit adversùs ea, quæ pendente appellatione fiunt, verùm generaliter quæ lite pendente novantur in præjudicium partis, in illius ingressu, medio, ac fine: extrajudicialis autem appellatio sit provocatio ad caussam, ex qua litis pendentia constituitur, ut quod post eam innovatur rectè possit dici innovatum lite pendente.

17 Revocandum autem venit attentatum per judicis provocati officium, non etiam non provocati etiamsi provocari poterat. Attentatorum quippe revocatio, qua fit cum privilegio ante omnia, *c.* 7. *De appell. in* 6. pars est appellationi cohærens, illiusq; efficitur accessio, ut non sit conveniens alius de ea appellatione cognoscat, *d. c.* 7. ne quæ in caussa sunt continentia & cohærentia separentur & in plures judices diffundantur, *l. Nulli* 10 *Cod. De judic.* Nec sine ratione, nam cum per attentata lædatur jurisdictio provocati judicis & magis illius jus quàm partis, *c.* 1. *in fine de appell. in* 6. postulat ratio, ut per illum solum prudenter illa corrigantur *cap. Sollicitudinem* 54. ※ *De appell.* * Permittitur tamen interdum judici à quo attentatorum revocatio, in manifesta

18 scilicet attentati injustitia, veluti si altera pars spolietur re, super qua controversia: neque enim juri aut rationi repugnat, reparationem ejus permittere judici à quo, idque non tam ex nova jurisdictione, quæ hac via illi posset videri reddita, quàm ex reliquiis ejusdem jurisdictionis, non tam sublatæ per appellationem quàm suspensæ; quæ & in aliis quibusdam relucent, uti in absolvendo ab excommunicatione, *cap. quâ fronte* 25. ※ *d. tit.* in assignando diem, intra quem appellationem prosequatur appellans, *cap.* 4. ※ *d. tit.* Ita tamen dicta turbatæ possessionis reformatio per judicem à quo fiet, si malit appellans, *cap. Cum teneamur* 17. *d. tit.* cujus commodum receà concernit sine periculo renuntiatæ aut desertæ appellationis. Non obstante, quòd regulariter intelligatur quis renuntiare appellationi, si postea revertatur ad judicem priorem, ut dicetur inferiùs, nam hoc casu deficit intentio revertentis, quæ non aliò tendit quàm in confirmationem interpositæ appellationis, ut sine impedimento attentari eam peragat.

19 Quantum ad appellationem ab interlocutoria, potest Judex à quo gravamen; ubi de eo constiterit, revocare. In quo & distat appellatio ab interlocutoria ab ea, quæ fit à definitiva, secundùm rationem supra datam, quod scilicet non suspen-

suspendat jurisdictioem Judicis à quo, *cap. cum cessante 60.* ⁏ *d.t.c. Si à judice 20. de appell. in 6.* Et hoc ante interpositam inhibitionem, post quam nihil attentat Judex à quo, cujus est obedire superiori.

Itaque facit appellatio suspendi jurisdictionem Judicis à quo, ut tota caussa devolvatur ad superiorem, cujus solius est dirimere controversiam cum solus sit competens.

20 Ubi quæri posset, An subsequens sententia Judicis provocati extinguat sententiam Judicis à quo, ut ex ea non sit facienda executio? Quod dicendum indistinctè, non tantùm si posterior sit reformatoria prioris, verùm & si confirmatoria; nihilominus enim executio fiet secundum posteriorem, & ex ejus latæ demum tempore pœna debebitur, *l. Furti 6. De his qui not. infamia.* Et hoc si sententia subsequatur, parte appellationem prosequente, nam si eam deserat, priori Judici hoc ipso jurisdictio redintegratur, ejusque sententia robur recipit & executioni mandatur, *l. fin. §. illud C. de temp. appell.* Mynſ. *Cent. 5. Obſ. 94.*

21 Deserere caussam censetur non tantùm qui expressè renuntiat *cap. Directè 39.* ⁏ *d. tit.* verùm & qui tacitè, veluti intra tempus sive à jure datum, sive à judice præscriptum, nihil agendo, sed permittendo illud sibi labi, nec implendo certamina judicialia; quatanus per eum stat, *dict. §. illud.*

22 Licere autem renuntiare aut desere appellationem nòn est dubium, cum sit in favorem appellantis introducta, cui liberum est renuntiare, *l. pen. C. de pact.* etiam invito adversario cujus conditio non tam fit pejor, quàm melior non tamen impunè, cum desistens luat expensas, temerariè appellando caussatas *c. Interposita 70. §. ille d. t.* Tacitè etiam censetur renuntiare, qui coram Judice à quo actum aliquem postea gerit, *cap. gratum* ⁏ *De offic. deleg.* quia videtur eundem agnoscere. Nisi protestatus fuerit, facit enim protestatio appellanti jus integrum esse *c. Sollicitudinem 54.* ⁏ *h. t.* quâ protestatione non est opus in casu, quo attentati in manifesta iniquitate revocatio ab eodem Judice petitur, uti dictum paulò ante.

23 Habet & eum effectum appellatio, quòd ab uno interposita prosit & aliis, quatenus una sententia condemnati, idemque negotium & eadem caussa defensionis existit, *c. pen* ⁏ *d. tit. l. 1. 2. C. Si unus ex plurib.* Licet è contra condemnatio in caussa appellationis non gravet nisi appellantem *l. 3. §. Certè supra tit. 1.* pronior enim est victoriæ quàm condemnationis communicatio. Restitutio minoris contra sententiam majori socio non prodest, quod restitutio tantùm respiciat privilegium personale, *c. Si in com. eademque causa &c.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 7. Nihil novari appellatione interpositâ.

AD *n. IX. X.* De inhibitionibus in causis appellationum, & quando decernendæ, *vid.* Schvvanm. *in Process. Cam. lib. 2. cap. 3. per tot.* Gail. 1. *obſ.* 144. Mynſ. *cent. 3. obſ.* 87. Melandr. *part. 5. fol.* 75. *& seqq.* Auth. *prajud. Camer. verb. Inhibitio fol.* 148. Et Quintilianum Mandasium, qui integrum tractatum de inhibitionibus scripsit.

De revocatione attentatorum. *vid. alleg.* Schvvanm. *supr. cit. loc. cap. 9. per tot.* Alex. *consil. 99. vol. 5.*

TITULUS VIII.

Quæ sententiæ sine appellatione rescindantur.

SUMMARIUM.

1. *Appellatio necessaria non est, ubi sententia non tenet.*
2. *Ex qua scilicet non oritur judicati actio.*
3. *Nullitas quomodo & quando proponenda.*
4. *Emendatio nullitatis ubi & à quo petenda.*

NOn semper ad rescissionem sententiæ appellatio est interponenda, cum sint casus, 1 quibus citra eam sententia corruit.* Veluti rebus non bene judicatis, ut ex sententia non sit judicati actio, *l. 4. §. condemnatum supra De re judic.* cum vitium habeat substantiale, veluti in competentiæ, neglectæ solemnitatis requisitæ; si lata contra non citatum; si contineat expressum errorem contra leges, quod fit quando de jure constitutionis pronuntiatur, *l. 1. §. 2. h. t.* Exemplum est in *l. Si expressim. 19 sup. t. t.* & *l. Cum prolatis 32 supra De re judic.* Si absens ex edicto peremptorio tanquam contumax damnatus sit, quod vel non est propositum, vel ad eum non pervenit, *d. l. 1. §. penult.* Si feratur contra eum, qui non est in rerum natura, *l. 2. hoc tit.* propterea quod præsentibus omnib⁹, quos res concernit, sententia sit dicenda. Ubi nihil facit, quod ab altero mortuus defendatur, *l. De qua re 74 supra De judic.* cum mors superveniens extinguat litem respectu mortui *infra tit. 13.* Nullius etiam est momenti sententia continens impossibile, *l. 3. hoc tit.** Ideo vero prædi-2 ctis casibus appellatio necessaria non est, quia tales sententiæ non producunt actionem judicati, cujus infringendæ caussa inductum appellationis remedium. Quæ caussa locum habet etiam in casu, quo proposita mutua petitio, & judex tantum super altera caussa pronuntiavit, cum petens opposita compensatione possit repeli. Magis tamen esse dicit Macer in *dict. l. 1. §. fin.* ut appellatio interponatur, cum sententia valeat, & omissa compensatione solutum condici nequeat tanquam in debitum, *l. Si eum dos supra rer. amot.* Venit & error calculi in sententia commissus corrigendus citra appellationem, *d. l. 1. §. 1.*

Proponi nullitas potest per modum actionis 3 intra triginta annos, ad instar aliarum actionum personalium, ut fatalia appellationum tempora nullitatem non constringant, cum ejus sit diversa ab appellatione caussa. Per modum verò exceptionis perpetuo in judicio deduci poterit, cum quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sint ad excipiendum, *l. si pactum, C. de except.** Potest 4 autem emendatio nullitatis peti ab eodem judice, qui nulliter judicavit, *d. l. 19.* si sit ordinarius: nam si delegatus fuerit amplius se intromittere nequit, quod functus sit suo officio, sive bene, sive male, ejusque jurisdictio finita, *l. 4. C. Quomodo & quando judex*, Gail. 1. *obs.* 127. *n.* 6. & 7. In arbitrio tamen est gravati vel nullitatem coram eodem judice deducere, vel coram judice appellationis. Phil. Francus *ad c. Dilecto 63. q. 7.* ¼ *de appellat.* Ex usu fori obtinere tradit Gail. *d. loc.* quod judex appellationis, & sic superior, super nullitate principaliter cognoscenda adeatur, præsertim si nullitas ex malitia vel injuria aut turpitudine judicis provenerit; quo casu iniquum foret, ut ipse judex suæ turpitudinis & iniquitatis cognitor existeret. Non obstat, quod desit præcipuus appellationis effectus, scilicet suspendere sententiam; cum nihil subsit, quod suspendatur, nam habet saltem effectum devolutivum, & rescissivum, saltem quatenus judex de facto processit, *l. Certa C. Quando provoc. non est ne esse.*

TITULUS IX.

An per alium caussæ appellationis reddi possint?

SUMMARIUM.

1. *Caussa appellationis seu secunda instantia admittit procuratorem, quando in prima admittitur.*
2. *Caussa capitalis non admittit.*

QUæritur hic, An caussa appellationis per alium reddi possit, id est per procuratorem? 1 * Et ponitur regula generalis in *l. 1. in fine hoc tit.* Quæ caussa per alium agi non potest eam nec in appellatione per alium agi posse.* Hinc ut caus-2 sa capitalis non admittit procuratorem in prima instantia, ita nec in secunda, *d. l. 1. in princ.* In non capitalibus & civilibus admittitur procurator ad defensionem caussæ etiam appellationis, quamvis

vis regulariter illi, qui primò egerunt, provocantes reddere debeant caussas appellationis; dominus tamen, cuius nomine procurator appellavit in iis reddendis magis audiendus, *l. 2. h. t.*

TITVLVS X.

Si tutor vel curator magistratus creatus appellaverit.

SUMMARIUM.

1. *Damnum omne ex casu luit appellans.*
2. *Tenentur & successores caussas appellationis reddere.*

1 APpellantes ab honore decreto, aut à reiecta excusatione ab onere tutelæ si repudiata fuerit eorum appellatio, quia iustam caussam non probaverint, omne damnum, quod interea per moram appellationis Respubl. aut pupilli acceperunt, & cuius sunt caussa, luent. Unde in *l. 1. h. t.* mora ista dicitur eorum esse periculo & in 2 *l. 2. eod.* Successores tutorũ & curatorum propter periculum medii temporis appellationis caussas reddere necesse habent.

TITVLVS XI.

Eum, qui appellaverit, in provincia defendi.

SUMMARIUM.

1. *Absens Reip. caussa se defendere non tenetur.*
2. *Tenetur verò ex caussa privata absens.*

1 ABsenti Reipubl. caussa id privilegii est, ut interim dum abest, ne quidem domi, si caussa contra eum moveatur, defendere se debeat, *l. unica hoc tit.* ex ratione, ne fiat impedimentum legationi. Possideri tamen bona eius posse videntur, licet non vendi, *l. 6. §. 1 sup. Ex quib. causs. in possess. eat.* 2 Non idem privilegium est illi, qui appellationis caussa Romam profectus, his enim cum absit ex caussa privata, nulla ratio est, quæ eum excuset, quò minus in provincia & patria aliis in caussis se defendat, *l. 1. h. t.*

TITVLVS XII.

Apud eum, à quo appellatur, aliam caussam agere compellendum.

SUMMARIUM.

1. *Recusatio judicis qua, ejusque finis.*
2. *Recusandi judicem justa caussa non est quia coram eodem in alia caussa conveniaris.*
3. *Recusari judex ordinarius jure civili non potest.*
4. *Recusatio proponenda ante litem contestatam.*
5. *Qualiter suspendat jurisdictionem judici.*

1 AD recusationem iudicis spectat hic Tit. quæ est allegatio suspecti iudicis, ratione favoris, odii, coniunctionis, amicitiæ cum altera parte. Finis est, ut lites maiori synceritate procedant. Etsi enim iudicis fides publicè sit probata, minus tamen æquum, eius, quem privatæ caussæ reddunt suspectam, iudicio stare cogi. Caussa tamen sufficiens scripto alleganda & probanda.

2 Ubi quæritur, An caussa sit sufficiens recusandi iudicem, à quo in una caussa provocasti, si in alia coram eodem conveniaris? Quâ in re Ulpian *l. unica h. t.* tradit, non licere appellanti hunc iudicem recusare quasi suspectum, ex offensione concepta per appellationem, quod ea res non præbeat idoneam caussam, ut eius iurisdictio & cognitio declinetur, cum iudex non debeat existimare provocationem à se ad sui iniuriam spectare, *l. Et in majoribus* 20. *Cod. De appellat.* Et deinde si quis vereatur iterum lædi in alia caussa, præsto est illi beneficium appellationis. Idem rescriptum ad imitationem iuris civilis ab Alexandro III. in *cap. 6.* ※ *De appellat* & ab Innocentio in *cap. 5. §. cum verò eod. in 6.* Si qua tamen alia iusta sit appellanti caussa, hanc obiicere non impeditur, *d. c. 5.*

3 Est autem hac in re quædam diversitas inter jus civile & Pontificium. Illud siquidem non permittit recusari ordinarium, sed benè delegatum etiam à Principe, *l. Apertissimi* 16. *Cod. de judic.* Vult autem ordinario adjungi Episcopum loci, *Auth. si verò C. d. tit.* Ratio diversitatis videtur consistere in præsumpta fide & justitia ordinarii vel potiùs in eo, quòd splendor Magistratus non debeat obscurari recusatione. Et ita habet communis opinio. De moribus bonum virum adsumi tradit Covar. *Pract. qq. c.* 16. *n.* 1. Jure Canonico liberior est ista licentia, quo etiam ordinarius recusatur, *cap. cum specialis* 61. ¥ *de appell. c.* 5. *De officio deleg. in* 6. & hoc, ne contingat alicujus caussam lædi.

4 Proponenda recusatio ante litem contestatam, imò & ante aliarum exceptionum objectionem ne quis eas opponendo in judicem consensisse videatur, *c. Inter* 20. ¥ *De sent. & re jud.* nisi fortè post litem contestatam exorta fuerit caussa, aut tum demum ejus habita scientia, quod ipsum recusans juratò adferens auditur, *c.* 4. ¥ *d. t.* removet enim ignorantia consensum in judicem Covarr. *d. loco n.* 2.

5 Posset hic quæri, An recusatio ita suspendat jurisdictionem judicis, ut postea ab eo gesta sint nulla? Variant quidem hac in re interpretes, verior tamen est sententia affirmantium: nam cùm judici recusato detrahatur, aut saltem suspendatur judicandi potestas, qui poterunt ejus acta valere, qui caret jurisdictione? argumento appellationis. Et hoc, nisi recusatio fuerit frustratoria, quæ venit rejicienda. Ang. in § *ergo siquidem n.* 2. *Inst. De fideicom. hæredit.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 12. *Apud eum à quo appellatur aliam caussam agere compellendum.*

De recusatione Judicis: & quibus ex causis & quâ formâ & quinam Judices recusandi sint. *vid. eleg.* Urgel. *in M. l. R. lib.* 2. *c.* 7. *Reg.* 15. *& seqq.* Cacher. *decis.* 15. *&* 64. Gail. 1. *obs.* 33. *per tot.* Clar. *in pract.* § *fin quæst.* 43. Zanger. *de Except. cap.* 3. Mynsi. *cent.* 4. *obs.* 59 Rutg. Ruland. *de commiss. lib.* 2. *cap.* 15. *latè* Fult. Pacian. *lib.* 2. *de probat. cap.* 45.

TITULUS XIII.

Si pendente appellatione mors intervenerit.

SUMMARIUM.

1. *Appellatio transit ad hæredes.*
2. *Quid juris, si damnatus pendente appellatione mortuus fuerit?*
3. *Quid si pendente appellatione reus interierit?*
4. *Tutore mortuo tenetur ejus hæres.*

1 Inter caussas, quæ appellationem extingui faciunt, non est mors appellantis, cùm transeat ad hæredes, si quos habeat, *l.* 1. *C. h. t.* cui ultra tempus, quod superest ad appellationem prosequendam, quatuor menses adduntur, *l. fin. C. h. t.* Non cogitur autem hæres eam suscipere, nisi alterius intersit caussas appellationis reddi *l.* 1. *h. tit.* cum regula juris habeat neminem invitum cogi agere, & liberum sit liti inchoatæ renuntiare; sibi enim tantùm præiudicat renuntians, cui nulla ratio permittit eam ex pœnitentia instaurare, *l.* 4. *C. de pactis.*

2 Quòad damnatum pendente appellatione mortuum quæri posset quid iuris? Distinctione res ista componenda: aut enim pœna capitalis irrogata, & simul bona specialiter adempta, aut nihil de bonis pronuntiatum. Priori casu fisci interest etiam ademptionis bonorum quæstionem solvi, & cogi hæredes dare caussas & merita appellationis. Continet enim talis sententia causam & personę & rei, ut alterâ earum peremptâ, scilicet personæ, subducto reo per mortem, remaneat tamen altera, scilicet bonorũ quæstio, *l.* 3. *C. h. t.* Secundo casu mortuo reo, & criminis & bonorum questio est soluta, bonis ad successores pertinentibus, *l.* 2. *C. h.*

C.h.t. ut cum nullius intersit, non cogantur hæredes reddere causas appellationis, *d. l. 3.* quòd morte totum crimen sit sublatum. Et hoc etiam in casu, quo crimini annexa bonorum publicatio; nam sopito crimine, quod est principale, etiam accessoria censentur sopita, *dict. leg. 3.* Excepto uno casu, quo reus bona scelere quæsivit, quia soluto crimine superest quæstio talium bonorum, *l. Lucius inf. De jure fisci.*

3 Si res de qua tractatur pendente appellatione interierit, distinguendum est, ut, si mora facta sit, appellatio sit peragenda, quia nocet mora moroso. Si mora facta non est, lis finita habetur, acceptis accessoriis, ut si servus habuerit peculium, *l. pen. Cod. h. t.* 4 Mortuo tutore, appellatione pendente in negotio pupilli, hæres ejus caussas appellationis reddere necesse habet, quòd intersit pupilli, *l. 1. §. fin. h. t.* Si tamen redditæ fuerint rationes tutelæ, ut non tenetur tutor reddere rationes appellationis, *l. Tutor 27. sup. t. 1.* ita nec hæres ejus videtur teneri, si reddiderit tutelæ rationes. Nihil obstante *l. 1. §. Tutor. h. t.* cujus prior pars est dicenda corrigi per posteriorem, uti apparet ex verbis, cùm non sit major ratio post redditas rationes tutelæ non cogi reddere rationes appellationis in tutore, quàm ejus hærede.

TITVLVS XIV.

De Jure fisci.

SUMMARIUM.

1. *Fiscus quid, & unde dictus.*
2. *Ius fisci diversum à jure populi.*
3. *Fisci privilegium quòad jus taciti pignoris.*
4. *Cessat illud fisco agente ex delicto.*
5. *Vtitur jure privati in jus ejus succedens.*
6. *Solvitque usuras ex contractibus ejus, cui successit, non ex suis.*
7. *Edi sibi instrumenta à reo rectè petit.*
8. *Debitorem debitoris sui rectè convenit: compensatio illi non objicitur &c.*
9. *Fisco cedunt bona vacantia.*
10. *Item bona, quæ non sunt solvendo, & relicta indignis hæreditas.*
11. *Si item testator declaraverit hæredem eâ indignum.*
12. *Thesauri quatenus fisco cedant.*
13. *Et quid hodie usus circa eos obtineat.*

HActenus de civilibus & criminalibus primæ ac secundæ instantiæ. Restant quædam extraordinaria, de quibus extra ordinem jus dicitur, & summariè expediuntur. Et primò de jure fisci hoc Tit. proponitur, id est de ejus privilegiis, & acquisitionibus bonorum.

1 Fiscum S. Augustinus vocat saccum publicum: alii privatum Principis thesaurum. Unde Jurisconsultus in *l. 2. §. hoc interdictum 4. sup. Ne quid in loco publ.* res fiscales quasi proprias & privatas Principis esse respondit. Est autem propriè Principis, non recognoscentis superiorem; quod idem rectè attribueris Reipub. non recognoscenti superiorem. Barr. in *leg. 2. in pr. hoc tit.* & in *l. 1. C. de bonis vacantib.* Nomen ab eo tractum, quòd cophinis & sportellis sparteis antiquitus pecuniæ conditæ adservaventur. Ejus ratio ab ærario, quod publicum erat populi Romani, ut patet ex Taci. 5. *Sent.* Spartiano, Plinio & aliis, postea omnibus in Principem translatis; fiscus & ærarium promiscuè dici cœperint. 2 Est tamen & hodie jus fisci diversum à jure populi, cùm fiscus sit Principis quòad ea, quæ populus in Principem à se abdicavit; jus populi quod populus sibi retinuit in prædiis, reditibus, vectigalibus. Duo autem hoc Tit. tractantur. I. Quæ sint fisci privilegia, II. Quibus ex caussis fisco quæratur.

3 Ad prius quod attinet, in multis jure singulari utitur fiscus. Sic nomine tributorum & contractuum cum privatis initorum tacito pignore habet affecta eorum bona, quibuscum contraxit, aut qui tributa debent, *l. 2. C. In quib. caus. pig. tacitè contrah. l. Aufertur §. fiscus h. t.* Omnibus chirographariis est potior, *l. 3. C. de privil. fisci,* & alienata solutaque ab iis repetit, nisi sint alienata ante contractum cum fisco initum, *l. 4. Cod. dict. tit.* Hypothecariis prioribus tempore cedit, *l. fin. Cod. eod.* Hinc in *l. 2. C. dict. tit.* rescriptum, fisci caussam potiorem esse constitutâ dote post contractum fisci, non etiam ante. In caussa tamen primipili etiam dote potior est, *l. 4. C. in quib. causs. pign. tac. contrah.*

4 Cessat autem istud privilegium, quando agit ex delicto, Bart. in *dict. leg. aufertur §. fiscus hoc tit.* Cedit enim fiscus aliis creditoribus, quando ad pœnam agit: uti & quando succedit alicui, *l. Non possunt 11. & l. In summa 17. hoc tit.* ex optima ratione, quia agit de lucro captando, credito-

 res

res autem licet chirographarii de damno vitando, ut sint præferendi.

5 In privati quoque jus succedens ejus utitur jure: ubi tamen successit, habet suum privilegium exactionis; eoque utitur à tempore, quo convenit debitorem certum; exigitque usuras fiscales, etsi minores illi, cui successit, deberentur, *l. 6. h. tit.* 6 *leg. Cùm quidam 17. §. debitores sup. De usuris.* * Ex contractibus ejus, cui successit, solvit usuras anterioris temporis, non etiam futuri. Ex contractibus bonæ fidei propter moram usuras accipit, ipse verò ne quidem ex mora eas luit, *dict. leg. 17.* 7 *§. fiscus.* * A reo petit sibi instrumenta edi, quæ ad caussam, quam se professus deferre, pertinent, *leg. 3. sup. De edendo.* Et hoc in causa pecuniaria, non etiam capitali, quia ratio nulla est, quæ potiùs permittit ea subtrahi posse caussa tuendæ salutis, 8 *leg. 2. §. 2. h. t.* * Debitorem debitoris sui confitentem debitum convenit, *l. 3. C. quando fisc. vel priv.* etiam ante tempus in caussa principali, *l. 1. C. De condict. ex lege.* Compensatio illi non objicitur, nisi ab illa statione, à qua exigit debitum, *leg. 1. C. De compensat.* Alienas res donans, vendens, non tenetur nisi intra quadriennium, *leg. 1. Cod. De quadrien. præscript.* Non tenetur de evictione, *leg. 3. C. d. t.* nec tenetur satisdate, *l. 1. §. si ad fiscum sup. de legator. num. cav.* Conductores rerum publicarum invitos detinet, si fructus magnos fecerint ex vectigalibus, quæ tanti locari nequeunt, *l. Dotem 11. §. fin. sup. De publicanis.* Gratis litigat, nec ullas præstat sportulas, nec si vincatur victori refundit expensas. Cujac. *ad d. l. aufertur §. fin. h. t.* ubi plura habet privilegia. . Res ejus sunt extra usucapionem, *§. res fisci inst. De usucap.*

9 Ad alterum quod attinet, cedunt fisco bona vacantia, qualia sunt eorum, qui sine hærede decedunt, *tit. C. De bonis vacant. lib. 10.* quibus tamen præscribitur quadriennio, si nuntiata fuerint, alias viginti annis. Quod tempus ex eo numeratur, ex quo ad fiscum quid pertinere potuit, 10 *l. 1. §. divus h. t.* * Pertinent etiam ad fiscum bona, quæ non sunt solvendo, *d. l. 1. §. an bona.* Relicta ei, qui tacitam fidem acommodavit in fraudem legis, *d. l. 1. in pr.* & *l. ita fides 40. inf. eod.* Relicta indignis hæreditas etiam fisco vindicatur, ut iis, qui mortem testatoris non vindicârunt, & quorum negligentia aut culpa testator mortuus, *tit. D. & C. De his qui ut indig.*

11 Si testator declaraverit non mereri hæredem suam voluntatem, aut eâ indignum esse, *l. 3. C. d. t.* quam deferri fisco æqvum est, sine injuria legitimi hæredis, cui locus non est, ex eo quòd scriptus sit hæres ex testamento, neq; enim facit declaratio indigni per testatorem, quò minùs in persona hæredis subsistat institutio, cùm non sufficiat nuda ista declaratio, aut etiam nuda revocatio ad subversionem institutionis, *dict. leg. 4.* Quod alter se habet in legatis quæ nuda voluntate adimuntur, etiam tacitè per inimicitias, ut non subsistat, atque ita transeant ad eum, à quo relicta, *l. 3. §. fin. sup. de adim. legatis.* Et hæc ita, nisi appateat ademptio facta in favorem legitimi hæredis, licet propter indignitatem, tunc enim nihil fisco cedet. Capit præterea fiscus bona eorum, qui ex conscientia criminis manus sibi intulerunt, uti & damnatorum, quâ de re sup. actum. Cedit & fisco pœna litigiosi, quando quis rem litigiosam vendidit, quæ est, ut quanti est res litigiosa, tantum fisco præstet venditor, *l. fin. C. de litigiosis.* * Thesauri item in fundo fiscali, Cæsaris, 12 publico, per alium reperti cedunt fisco, hoc enim vult ratio. Quod & volunt in eo, qui inventus in fundo religioso, *l. 3. §. fin. h. t.* qua de re actum sup. *De acq. rer. dom.*

Hodie plerisque in locis Principes thesauros 13 fisco suo vindicant, vel partem eorum, vel integros, sive in loco privato sint inventi, sive in communi. De cujus justitia etsi aliqui dubitent, ut videre est apud Barbos. ad *l. 8. §. si fundum. nu. 49. sup. soluto matr.* quòd jure naturæ sint nullius, supra quod non est Princeps, est tamen ea res extra reprehensionem: non obstante jure naturali, quod tantùm est permissivum, ut non implicet circa id mutationem induci per Principem, aut consuetudinem.

ADD:

ADDITAMENTA.

Ad Tit.14. De Iure fisci.

AD n.1. Fiscus quandoque sumitur pro loco, ubi publica pecunia reponitur, *l.1. & passim ff. & C. h.t.* interdum, pro persona administrante, *l.3.§.8.l.5.pr.l.7.& l.21.h.t.* Aliàs pro jure eum habendi, & tunc definitur: Quod sit Regale, publicum habendi ærarium, ordinariis, Extraordinariis & reditibus pro re nata casualibus locupletandum. Abusivè etiam pro rebus, Imperatori propriis *l.1. C. de locat. prad. civil.*

Ad n.3. Fiscus an & quatenus privilegio prælationis gaudeat, *vid. eleg.* Berlich. *part.1. concl.65. n.* 118.119.*& seqq.*

Ad n.4. Vid. Gail.2.*obs.*86.n.7. Wes. *ad tit. qui potior. in pign. n.3.* Berlich *prox. cit. loc. n.131. hic Auth. sup. tit. de privil. credit. n.8.*

Ad n.12. Thesaurus refertur inter regalia 2.*feud.*56. ejus rei hæ possunt reddi rationes: quod qui sepeliunt pecunias, faciunt contra constitutiones *l.4. §.6 ad L. Iul. pecul.* idque notar Albert. Gentil. *disp.*10. Et hinc 2. quia cum propterea fiscus tributis fraudetur, Principes jure cujusdam compensationis, partem thesaurorum sibi vindicare posse videntur 3. Quia cum thesaurus sit nullius, nec pars fundi, neque v. c. fundo vendito simul venditus videri possit, jure superioritatis & universalis territorii Princeps, partem quandam, citra injuriam ex thesauris ubicumque repertis sibi vindicat: idque etiam olim factitatum probatur ex *L. unic. C. De thesaur. l.1. C. Theod. eod.*

TITULUS XV.

De captivis & postliminio reversis.

SUMMARIUM.

1. *Hostes, qui, & belli justa caussa.*
2. *Capti bello fiunt capientium.*
3. *Captos lex Cornelia fingit mortuos ipso momento captivitatis.*
4. *Postliminium quid?*
5. *Captos ab hostibus reversos fingit quasi non captos semper in civitate mansisse.*
6. *Nec refert qualiter quis ab hostibus redeat.*
7. *Sive etiam redeat per alium redemptus.*
8. *Modo postliminii ius illi sit integrum.*
9. *Ius hoc competit & conceptis aut natis apud hostem.*
10. *Habetq; locum in rebus & immobilibus & mobilibus.*
11. *Hodie inter Christianos jus postliminij non obtinet.*

1 EST & jus singulare captis ab ab hostib9, quale Ulpianus describit esse, quibus populus Romanus bellum publicè decrevit, vel ipsi populo Romano, *l. hostes 24. h.t.* Ubi videtur desiderari, decernatur à populo aut Principe, penes quem est imperium summum, alteri simili populo aut Principi; quo modo cum latronibus, prædonibus, rebellibus non est justum bellum, *d.l.24.* Justitiam belli ponit caussa, uti res injustè ablatæ, quæ aliâ viâ repeti nequeunt; injuriæ illatæ, quas alio modo vindicandi nulla superest occasio: ut ubi non licet civili judicio agere, & æquitas aliqua intervenit, sanè uti liceat vi & armis.

2 Consequitur autem belli justitiam, quòd capti fiant capientium, & quòad suæ civitatis jura habeantur pro mortuis, amisso eum libertate omni civitatis jure: ut testamenta eorum fiant irrita, tamquam quæ incipiant esse facta ab eo, qui est alieni juris, qualis non testatur, ut nec liberi nec servi retineantur in potestate, idque ex juris subtilitate, contra quam duplici remedio captis subveniri voluit humanitatis ratio. * Prius est, 3 quòd, si contingat captos apud hostes mori, per fictionem legis Corneliæ habeantur mortui ipso momento captivitatis, atque ita cives, ut testamenta eorum salva maneant, bona ex iis ad scriptos hæredes transeant, aut ab intestato ad proximos devolvantur; quibus & cedit quod servi interea acquisiverunt stipulando aut aliàs. Liberis, quod

quod accessit, illis cedit, *l. 1. leg. in bello 12. §. 1. l. Bona 22 h. tit.* quia censentur sui juris fuisse ipso momento captivitatis paternæ, *dict. leg. 12. §. quod si.*

4 Alterum est jus postliminii: quod verbum Servius Simplicius apud Ciceronem *in topicis* simplex putat, nihilque in eo notandum nisi voculam *Post*, *liminium* verò productionem verbi esse. Scævola è contra junctum putat, ut sit in eo *post & limen* quasi eodem limine revertamur, quod amissum fuerat. Cui notationi Scævolæ quadrat responsum Pauli in *l. Postliminium 19. §. 1. in fine & §. 3. h. t.* & sequitur Justinianus *Inst. Quib. mod. patria potestas sol §. dictum est autem.* Est autem Postliminium jus amissæ rei recuperandæ ab extraneo; & in statum pristinum restituendæ, in ter nos ac liberos populos Regesque moribus ac

5 legibus constitutum, *dict. leg. 19. in princ.* * Fingebat autem captum ab hostibus reversum, quasi numquam captum semper in civitate mansisse, ut omnia jura ei salva essent, patria potestas redintegraretur, quę non tam sublata, quàm suspensa, ut interea quæsita à liberis aut servis eidem cederent *d. l 12 §. cæterum*, testamentum integrum esset, imò & codicilli in captivitate facti sustinerentur idque intuitu testamenti in civitate con-

6 diti *d. l. 12. §. codicilli.* * Quo modo quis ab hostibus redeat, non interest sive eorum ultronea dimissione, sive vi aut fallacia, sive virtute militum, *l. Non interest 26. h. t. l. 5. Cod. eod.* ita tamen, si apud suos mansurus; nam si animus est ad hostem reverti; cessat postliminium, *dict. leg. 26.* uti

7 contigit Attilio Regulo, *leg. 5. in fine h. t.* * Idem dicendum est, si quis per alios redemptus persoluto lytro redeat, qualis etsi non sit minùs liber homo, tenetur tamen redemptori pretium suæ redemptionis refundere, qui illud oblatum cogitur acceptare & dimittere redemptum, aut obsequio operâve quinquennii referre beneficii vices, *l. 2. 6. fin. Cod. h. t.* idque ex publica utilitate, ne non datâ repetitione pretii aut operæ compensatione homines tardiores fiant ad redimendos captivos. Matri repetitionem pretii negat pietas, *l. Liber. 17. C. h. t.*

8 Hæc ita, quatenus jus postliminii est integrum. Quod primò non est omnibus personis, neque enim illis, qui armis positis hosti se dederunt, *leg. Postliminio 17. h. t.* qui ad hostes transfugerunt, *d. l. 19. §. transfuga* sive in bello, sive tempore induciarum, sive etiam cum in pace reverti possent, apud hostes remanere maluerint, ut in eorum numero habeantur, *l. Si captivus. 20. h. tit.*

Competit hoc etiam servis, ut redempti postliminio censeantur reverti, & ad priores dominos redeant, oblato tamen pretio, *d. l. 12. §. Si quis servum.*

De conceptis aut natis apud hostes dubitari 9 posset, ex eo, quòd nunquam in civitate fuerint, ac proinde reverti dici nequeant. Verùm postliminii jus non denegandum iis, qui in civitate concepti fuerunt, etsi apud hostem nati, quod pro natis habeantur tempore conceptionis, *l. Qui in utero sup. De statu hom.* Quod & dicendum de iis, qui concepti apud hostes cum patre redierunt; quod datum patriæ potestati, quæ cum redempto fit integra, etiam ab ea dependentia illi integra esse debent, *l. 1. C. h. t.* Non est idem juris in matre sola redeunte nam ex ea concepta proles in captivitate ex marito ibidem mortuo, etsi judicanda sit ingenua secundùm matris conditionem, *d. l. 1.* non tamen concepta legitimè, nec erit patri non reverso hæres, *l. Divi h. t.* * Habet & jus 10 postliminii locum in rebus, sive immobilibus, quæ hostibus pulsis ad dominos redeunt, non etiam publicantur aut prædæ cedunt, *d. l. 20. §. 1.* sive mobilibus, aut navibus, quæ serviunt usibus belli, *leg. Navibus 2. h. t.* equis, & iis, quæ sine decore amittuntur; ut in armis amissis non obtineat postliminium, quòd ea salvo pudore non amittantur, *d. l. 2. in fine.*

Quæ ut ita obtineant in bellis contra gentiles, non tamen inter Christianos inter quos ex 11 antiqua & laudabili consuetudine capti non fiunt capientium servi, sed lytro redemptionis præstito liberi abeunt, ut de postliminio non sit quærendum.

TITULUS XVI.

De re militari.

SVMMARIVM.

1. *Bellum non nisi justa ex caussa gerendum.*
2. *Rei militaris jus penes quos sit.*
3. *Militare in bello justo & occidere hostem sine peccato licet.*
4. *Miles quis.*
5. *A militia qui sint immunes aut removendi.*
6. *Militum varia privilegia.*
7. *Illa etiam in nostri temporis militibus obtinere.*
8. *Data ea militibus propter onera, qua illis incumbunt.*

9. Mi-

9. *Militum delicta alia communia, alia propria.*
10 *Pœnæ militares.*
11. *Missio alia honesta, alia caussaria, alia ignominiosa.*

1 Res militaris dicitur, quæ ad disciplinam & exercitium militiæ pertinet. * Ad cujus officium in primis spectat, ut non nisi justa de caussa bellum geratur, ne jus humanæ societatis violetur, & absit omnis dominandi cupiditas, quæ non solum cum justitia pugnat, sed solet etiam afferre multa incommoda. Ut non aliàs illud indicendum, quàm necessarium, uti Medici ad secandum, & utendum, si nulla alia reperiatur medicina: & duo illa Platonis præcepta observanda, unum, ut bellum indictum sic civium tueantur utilitatem, ut quidquid agunt, ad eam referant, obliti suorum commodorum: alterum, ut Reipubl. corpus curent, ne dum partem aliquam tuentur, aliquas deserant. Ut enim tutela, sic omnis procuratio Reip. ad eorum utilitatem, qui commissi sunt, non ad eorum, quibus commissa, gerenda est Cicer. 1. *Officior.*

2 Rei militaris in Republ. libera penes populum jus erat; occupata verò penes Augustos, translato ad eos jure populi, omnis potestas cognitioque fuit, cujus disciplinam Romanis antiquiorem fuisse, quam liberorum charitatem ex histo-

3 riis notum est. * Militare in bello justo nullum continet peccatum, ut tam Canonica quàm civili lege permissum sit militi hostem occidere in bello: imo nisi fecerit, reus est deserti vel contempti imperii, *can Miles 23. qu. 5.* Non tamen concutiat, non calumniam faciat, sed sit contentus suis stipendiis secundum acceptissimum Deo

4 Joañem, *Lucæ c. 3. v. 14.* * Miles is demum dicitur, qui sacramento rogatus adactusque & in numerum relatus cinctusque. Videatur Brissonius 2. *Antiquar. Lect. c. 6.* In classibus etiam nautæ & remiges habentur milites, item navarchi & trierarchi, *l. unic. §. 1. De bon. poss. ex test. milit.*

5 Olim moris erat ad militiam cogere, non tamen omnes, nam aliqui removebantur, ut servi, infames, proditores, transfugæ, qui patiuntur controversiam status, & alii, de quibus, *l. 2. 4. 7. 8. 11. h. t.* Sacerdotes etiam olim habiti immunes apud Romanos à muneribus bellicis, uti & hodie prohibentur Clerici militare, de quibus rectè D. Ambros. *Non pila quærant ferrea, non arma Christi milites; sed dolor fletus, lacryma, orationes, sint arma adversus hostes.*

6 Varia sunt militibus privilegia, etiam circa testamenta, in quibus condendis tantùm adstringuntur juri gentium, *sup. De test. mil.* quod etiam condit damnatus capitis ex delicto militari nisi rupto sacramento fidei, *l. Ex militari . sup. dict. t.* & circa alios actus. Ut quod non possint in carcerem detrudi ex caussa æris alieni, quod non conveniantur nisi quatenus facere possunt, *arg. l. Miles. sup. de re jud.* ut bonis cedere non teneantur, ex communi Doctorum opinione. Cui privilegio eos renuntiare non posse tradit Alexander in *l. Alia caussa 14. in fine sup. Soluto matrim.* propterea quod personæ, non contractui cohæreat, indultum in favorem publicum. Si non defendantur absentes Reip. caussa quod bona eorum, etsi possideri possint non tamen addici creditoribus, venditioque illorum differatur in tempus, quo Reip. caussa abesse desierint, *l. 6. §. 1. sup. ex quib. caus. in poss. eat.* & si quædam distracta fuerint, restituentur, persoluto debito, vel si minoris vendita, refuso pretio, *l. 6. C. de test. milit.* Excusantur à tutela, *inst. de excus. tut.* aliisque pluribus muneribus, *l. 3. §. 1. inf. De muner. & honorib.* Ab octava quidem vectigalium non sunt liberi, *l. 7. C. de vectig.* omissâ tamen professione res eorum non cadunt in commissum, *l. 3. C. d. t.* Res emptæ eorum pecunia per alios ab iis vindicantur, *l. 8. C. de rei vindic.* quod in aliis secus, *l. 6. C. d. t.* Indebitas à se pecunias solutas asserentes onus probandi bene solutas in adversarium transferunt, quod aliàs secus est *l. cùm de indebito 25. §. fin. autem C. de probat.* Non conveniunt nisi coram magistro militum. Est & illis peculium castrense, de quo Tit. seq. Non coguntur inviti dicere testimonium *l. 3. §. fin. sup. De test.* ne propter utilitatem privatam cogantur abesse à signis, publico detrimento, *l. Milites C. Locati.* Ignorantia juris ipsis non nocet, quod arma magis quàm leges scire debeant, *l. Regula 4. § 1. sup. de juris & facti ignor.* Unde temerè aditâ hæreditate non tenentur ultra, quàm in bonis est, *l. fin. in pn. pr. C. de jure delib.* Aditionis dies non cedit, *d. §. 1.* Post sententiam peremptoriam exceptionem opponunt, *l. 1. C. De juris & facti ignor.* quæ tamen in delictis ut excuset non fert ratio, cum ab iis naturâ duce sit abstinendum; quamvis non subjiciantur quæstionibus, neque plebejorum pœnas subeant, *l. Milites 8. C. de qu.* non ad bestias, nec ad furcam damnentur, *l. 3. §. is quid ad hostem h. t.* Excepto tamen crimine majestatis, *l. 1. C. Ad L. Corn. læsa majest.* proditionis *d. §. is qui*, maleficii, *l. Eos 7. C. de malefic.* privati carceris, ut apparet ex *l. un. C. de privat. carcer.* quæ generaliter sub gravi pœna inhibet privatos carceres.

ceres. Est & hoc privilegium, quòd in bello mortui vivere per gloriam censeantur; unde & patri prosunt ad jus liberorum, & ad tutelæ aliorumque munerum exousationem, *l. Bello amissi sup. De excu' tutor.* ubi respondit Ulp. cujuscumque sint sexus in acie amissos prodesse. Ut ad filias videatur pertinere illud privilegium, nam & fœminas in acie versari solitas, & egregiam in bello operam præstitisse patet ex mulieribus Sabinis, Cimbricis, Germanicis, ut videre est apud Florum Livium, Crinitum. Caveant tamen, ne aliis negotiis se ingerentes, aut munera suscipientes militia, & privilegiis denudentur *l. Militares l. Nemo l. Miles C. h. t. lib. 12. l. 6. C. de jurid.* quibus etiam privantur, qui litis caussa militiam appetunt, *l. 1. C. Qui milit. pos. lib. 12.* ne privilegia militaria ad alienam injuriam porrigantur *l. Impuberi 40. sup. de administ. tut* Sunt & mulieribus militum sua privilegia, quibus, quando cum maritis Reip. caussa absunt, non currit longi temporis præscriptio, *l. 2. C de uxorib. milit.*

7 Hæc privilegia an in nostri temporis militibus obtinere debeant, dubitatum à plerisque ex eo, quòd non eodem ritu & more, quo olim eligantur, & in numerum recipiantur, sed pristinæ solemnitates aboleverint. Verius tamen etiam hodie obtinere, cum pristina receptionis forma non prorsus evanuerit, & ratio privilegii non tam ad formam receptionis in militiam sit referenda, quam ad factionem virtutemque militarem & finem, defensionem scilicet & tutelam patriæ; quæ cum & in nostris militibus obtineant; etiam privilegia obtinere debent.

8 Data autem privilegia propter onera, quæ militibus incumbunt invigilare scilicet perpetuo in patriæ tutelam. Unde stationem non deseret miles, non transfugiet ad hostem, non aberit sine commeatu id est licentia, quæ, & alia passim colligere est ex hoc Tit. & *C. eod.*

9 A delictis autem caveat, quæ in milite habentur graviora. Et alia communia sunt, quæ & in paganos cadunt, ut homicidium, adulterium, furtum; alia propria, quæ committit ut miles, *l. 2. h. t.* aliter faciendo, quàm militaris exigit disciplina, *l. Omnes 6. h. t.* Cujus ordinis est contumacia adversus Ducem, fuga in acie, desertio, emansio, & similia, quæ passim colligere est ex *l. 3. & 6. h. t.*

10 * Ad servandam hanc disciplinam variæ pœnæ militares sunt inductæ: & licet ad furcam non damnetur miles, alias tamen pœnas subit, etiam capitales, *d. l. 3.* Ceditur etiam fustibus, quod genus pœnæ Fustuarium dicitur, quo damnatus fuste leviter tactus à Tribuno, à reliquis commilitonibus fustibus, lapidibus, gladiis petebatur. Hodie moris est globis plumbeis damnatos peti emissis per tubas & instrumenta, quę barbarè bombardas vocamus. Plures si deliquissent, auctores ad palũ alligabantur, aut securi percutiebãtur, reliqua multitudo decimabatur, id est, decimus quisque sorte peritus ad supplicium ducebatur, quæ pœna pervulgata. Sunt & aliæ pœnæ leviores ut stipendii annui dilatio, militiæ mutatio, exauctoratio, missio ignominiosa scilicet.

11 * Sunt enim missionis tres species una honesta, quæ emeritis stipendiis & tempore militiæ impleto concedebatur, quo tempore dicabant arma laribus. Tempus hoc interdum fuit quadraginta annorum, interdum decem aut undecim aut 16. Sub Tiberio fuit 20. annorum Altera caussaria, cùm propter senectam aut valetudinem adversam, vitiumve corporis minus idoneus militiæ quis renuntiatur. Hæ duæ species non sunt loco pœnæ, neque ullam maculam aspergunt. Tertia ignominiosa, quæ & probrosa dicitur, est loco pœnæ, qua miles ob delictũ solvitur sacramento, & fit infamis, etsi ignominiæ nulla fit facta mentio, *l. Milites 13 §. missionum h. t.* Et hoc, si perpetua fuerit; nam ad tempus misso post tempus non prorogatur infamia, *l. 1. C. de his qui in exil. dati.* Est & quartum genus, quo is, qui militiam subiit, gratia evitandorum munerum exauctoratur salva tamen existimatione, *l. 2. §. ignominia sup. de his qui not. infamia.*

ADDITAMENTA.

Ad tit. 16. De Re militari.

AD n. 1 De bello & ejus jure, item de damnis in bello datis & multis aliis, plurima eleg. tradit. Myns. *Resp. 21. per tot & præcip. n. 73.* Gail. *2. obs. 57.* Bocer. *de Iur. pugn. lib. 1. cap. 29.* adde quæ habet *hic Anth. supr. tit. de l. & l. n. 40. & 41.*

Ad n.

Ad n. VII. Hæc quæstio an milites nostri temporis gaudeant privilegiis veterum militum? *eleg. tractatur* a Mynf. *Resp.* 46 *per tot.* & Wef. *consil.* 17.

Ad n. IX. De variis delictis militaribus eorumque pœnis *vid.* Althuf. Dicæol. *lib.* 1. *cap.* 134. *per tot.*

TITVLVS XVII.

De Castrensi peculio.

SUMMARIUM.

1. *Miles filiusfam. loco patrisfam. habetur.*
2. *Castrensis peculii qua censeantur.*
3. *Militi testato aut intestato, quis succedat.*

1 INter privilegia militaria est, quod filiusfamilias habeatur loco patrisfamil. respectu peculii castrensis; de quo & licitè disponit, etiam ultimo elogio, licet arrogandum se postea dederit, *l.* 4. *in fine h. t.* Ejus quoque respectu convenitur à creditoribus etiam non castrensibus *l.* 7. *h. t.* 2 * Castrensis peculii censetur, quidquid filiusfam. occasione militiæ acquisivit, *l. Castrense* 11. *h. t.* uti à patre donatum; nam hoc casu donatio inter patrem & filiumfam. valet, *l.* 4. *h. t.* uti & inter virum & uxorem, *l.* 3. *h. t.* nisi fictè fiat, *l.* 8. *eod.* Non fint tamen donata immobilia, quia sunt extra hujusmodi peculium; quamvis prædia ex castrensi pecunia comparata habeantur pro castrensibus, *l.* 1. *Cod. eod.* Cedit & hæreditas commilitonis isti peculio, *l.* 5. *h. t.* quatenus testamentum factum post commilitium, *l. pen. in pr. h. t.* Et hoc ita in acquisitis, quæ aliàs fine militia non accessissent, *d. l.* 11. Quomodo dos uxoris est extra istud pecu-3 lium, *l.* 16. *h. t.* * Testamentum si fecerit miles habebit institutum hæredem; si intestatus decedat, patri bona filii deferuntur, non tanquam hæreditas, sed tanquam peculium, *l.* 2. & 9. *h. t.* qui tenebitur creditoribus filii, *l. Pater* 17 *h. t.*

TITVLVS XVIII.

De veteranis.

SUMMARIUM.

1. *Veterani qui dicantur.*
2. *Veteranorum privilegia.*

1 VEterani dicuntur, qui exacto legitimo militiæ tempore honestè sunt missi, vel sacramento soluti *l.* 2. *h. t.* quod viginti annorum fuisse habet *leg. fin. Cod. de his qui non impler stipendia lib* 10. Variatum tamen in eo fuisse diximus suprà. 2 * Sunt & his sua privilegia, cum sint immunes à muneribus personalibus, non etiam realibus, sustinent enim vectigalia & solemnia patrimoniorum onera, ut viæ sternendæ, *leg.* 4. *h. t.* annonæ præstandæ militibus, & similium, de quibus Brissonius *Antiquar. Lect. lib.* 3. *cap.* 11. A navium tamen fabrica excusantur & exactores tributorum non constituuntur, *l.* 5. *h. t.* Idem honor iis, eorumque liberis habetur, qui & decurionibus, *l.* 3. *h. t.* Separantur à cæteris in pœnis, & testamentum eorum intra annum missionis sustinetur jure militari.

FINIS LIBRI XLIX.

HENRICI ZOESII I. C IN LIBRUM L. DIGESTORUM COMMENTARIUS.

TITULUS I.

Ad municipalem, & de Incolis.

SUMMARIUM.

1. *Inscriptio hujus Tit.*
2. 3. *Municipes qui, & in quo distinguantur à Colonis*
3. *Municipem sive civem facit ortus & origo.*
4. *Item domicilium habitationis seu incolatus.*
5. *Incolatus & origo quatenus obliget ad obeunda loci munera.*
6. *Incolatus mutatur translatione domicilii.*
7. *Domicilium quis pluribus locis habere possit.*
8. *Filius originem patris, mulier domicilium mariti sequitur.*
9. *Super jure incolatus quis cognoscat.*

1 Post jura fiscalia & militaria subjiciuntur municipalia. Inscribitur hic Tit. *Ad municip.* ubi alii subintelligunt *Legem.* Cujac. verò *9.obs c.37.* subintelligit *Civem*, quod legis municipalis vix hic mentio fiat. Contenta hoc Tit. concernunt 2 municipes & incolas. * Municipes describit A. Gellius *lib.16.c.13.* eos, qui extrinsecus in civitatem Romanam assumpti, legibus suis & jure suo utentes, muneris tantùm cum populo Romano sunt participes, à quo munere capescendo appellari videntur. Ut rectè responderit Ulp. in *l.1.§.1.h.t.* municipes esse muneris participes, receptos in civitate, ut munera nobiscum facerent, sed nunc abusivè municipes dici cujusque civitatis cives. Distinguuntur à Colonis, quòd hi extrinsecus in civitatem non veniant, sed ex civitate quasi propagati sint, & jura instituta que populi Romani, non sui arbitrii habeant. Pejoris hos illis conditionis fuisse patet ex A. Gellio *d. loco.*

3 Municipem sive civem Primò non solus ortus aut nativitas sed & origo facit, quæ distat ab ortu, quod ortus ex proprio tantùm cujusque nativitatis loco censeatur, origo verò à patre. Unde filius, qui sequitur originem patris, secundùm eam ibi municeps est, ubi pater fuit *l.6 §.1.l.6. § 1.hoc tit.* non etiam matris nisi fortè privilegio aliquo materna origo censeatur. II. Manumissio, *d.l.1.* liberti enim eorumque liberi sequuntur originem & domicilium patroni, *l. Assumptio 6. in fine & l. Filii 22.in pr. h t.* etiam plurimum, *l.7 eod.* III. Adoptio sive adlectio *d.l 1. in pr. hoc tit l. Cives 7.C. de incolis lib.10.* IV. Facit & civem domicilium, * quod propriè intelligimus habitationis; qualem vocamus incolam, *d.l.7.* Habere autem domicilium habitationis eo quisque loci intelligitur, ubi rerum ac fortunarum suarum summam constituit, inde non discessurus, si nihil avocet, *d. l. 7.* Sive autem originarius quis fuerit, sive incola, tenetur ad obeunda loci munera.

5 Est autem inter illos differentia. Nam primò non aliter incolatus facit munera obeunda teneri, quàm si domicilium sit constitutum in ipsa civitate, non etiam si extra civitatem in territorio habeatur, *l. 3. C. de incol. lib. 10. l. Scire 35. h. t.* origo verò faciat obnoxium, etiam si non sit ex civitate, sed ex vico, modo sit intra territorium, *l. Qui ex vico 30. h. t.* II. Municipalem conditionem per domicilium aut incolatum contractam ex voluntate, iterum ex eadem quisque deponit, domicilium transferendo, *leg. 1. C. dict. tit.* neque enim ulli interdictum, ubi velit domicilium habere, quo facto non amplius munera subire cogitur: nam translatio ista licet originem non mutet, *l. 6. h. t.* mutat tamen incolatum, sic tamen ut ante translationem delato munere perfungi debeat 6 *dict. l. 1. & l. Incola 34. h. t.* * III. Originis locus tantùm est unus, ut ipsa origo est una; domicilium habitationis potest haberi in pluribus locis, uno eodemque tempore, scilicet si utrobique ita se instruxerit, ut non minùs apud alteros se collocasse videatur, *dict. l. 5. & l. 6. §. pen. h. t.* aut si pluribus locis æquè negotietur, *d. l. 5. h. t.* Quo casu utriusque loci munera subire quis cogitur, uti & quando quis alibi est incola parere debet & magistratui, apud quem civis est, & muneribus perfungi, *l. Incola 29. h. t.* neque enim mutatio domicilii liberat à muneribus originis, *l. 3. inf. t. 4.* Si tamen simul eodemque tempore quis vocetur, ad munera & loci originis & domicilii, potior est caussa originis, *l. Libertus 17. §. sed eodem hoc tit.*

Facit & adoptatio non mutari jus originis, ut & illi adoptatus fit obstrictus etiam loco patroni, *l. Ordine 15. §. fin. hoc tit.* Quod & retinet in natis ex eo, *d. l. 17. §. in adoptiva*, donec emancipetur *l. sed si 16. h. t.*

Filius sequitur originem patris non etiam domicilium *l. 6. §. 1. hoc tit.* quod suum habere potest *l. 3. & 4. hoc tit.* Mulier mariti domicilium 8 sequitur, *l. fin. hoc tit.* quod & obtinet in vidua, donec aliis nuptiis se jungat *l. Filij 22. §. 1 h. t.* Si tamen legitimum sit matrimonium, nam alias muneribus loci, unde orta, erit obnoxia *l. pen. in fine h. t.* Miles ibi domicilium censetur habere, ubi meret, *l. Municipes 23. in fine h. t.* Vagabundi nullibi domicilium habent, quia animus deest: uti nec Studiosi in loco studiorum domicilium habere dicuntur, nisi familia ibi constituta habitandi perpetuò caussa. In dubio quando de animo non constat, demum post decem annorum continuam habitationem domicilium constitutum esse censet Bart. in *l. 5. §. si tamen n. 1. in fine sup. de injuriis.*

Cæterùm si oriatur controversia super jure in- 9 colatus, Præsidis est cognitio, & quidem ejus provinciæ, sub cujus cura est civitas, à qua vocatur ad munera, *l. pen. in pr. h. t.* Quâ cognitione pendente si quid Reip. damni acciderit per moram nominati, id ipse luet, quia caussam dedit, nisi justa caussa eum excuset, velut ætas, dignitas, aut alia, *arg. l. 1. sup. Si tutor, vel curat. appell. l. 2. C. De decur. lib.* 10.

ADDITAMENTA.

Ad Lib. 50. ff. Tit. 1. Ad municipalem & de incolis.

AD *n. III.* Jus civitatis an sit jus reale vel personale: vel an jus civitatis nativitate paternâ vel maternâ, acquiratur. *vid.* Gylman. *tom. 5. Symphor. relat. 10. fol. 47. in fin.* Weh. *in Obs. pract. verb.* Bürgerrecht.

Ad n. V. Incola qui non est civis, dicitur Pfalbürger / q. d. der zwischen seinen vier Pfälen sitzt: Distinguuntur autem Pfalbürger [qui tantùm in oppido commorantur & incolæ sunt, instar Judæorum, à veris civibus Bürgern. Hinc statutum, quod de civibus loquitur, de veris civibus accipi debet, non de iis qui tantùm in oppido commorantur. Bald. *ad l. 3. §. hac verba n. 2. & ad l. cives & incola n. 6. & seqq. de appell.* Alexand. *consil. 160. n. 2. vol. 5.* Bocer. *disp. 20. de retractu th. 16. class. 2.* ubi quærit an Einwohner vel Pfalbürger habeat jus retractus territorialis, Die Marcklösung / quemadmodum civis verus wie ein rechter Bürger &c.

TITULUS II.

De decurionibus.

SUMMARIUM.

1. *Decuriones qui, & unde dicti.*
2. *Eorum officium, & munera ab iis explicari solita.*
3. *Decurionum prærogativa.*

1 IN municipiis primi erant Decuriones, ex numero ita dicti, quòd initio, cum coloniæ deducerentur, decima pars eorum, qui ducebantur, publici consilii gratia conscribi soleret, *l. Pupillus* 239. *§. decuriones infra de V. S.* qui in municipiis & coloniis publico consilio præerant, & suæ curiæ quasi Senatores erant, *l. Omnes* 33. *C. h. t. lib.* 10. Ex iis magistratibus Duumviri, Ædiles & alii creabantur: nec aliis, quam qui ex ordine eorum essent, honores municipiorum mandabantur *l. Ho-* 2 *nores §. pen hoc tit.* * Per eosdem civitatum munera explicabantur, pecuniæ publicæ tractabantur, erogandæ decernebantur, annonæ providebatur: tributa, census, legata Reipubl. exigere eorum vigilantiæ erat commissum, & in universum, quæ civitatis administrationem respicerent procurare, iis incumbebat, ut colligitur ex variis locis, *hic & Cod. eod. lib.* 10. Atque ita nexibus curiæ erant obstricti, ut iis & militia & vectigalium alienarumque quarumlibet rerum conductione interdiceretur, & ne quidem per subjectam personam ejusmodi exercerent, *l.* 2. *§.* 1. *inf. t.* 8. ne aliorum negotiorum cura à suo munere vocarentur cui non ipsi tantum sed & eorum proles obstricta manebat, *leg. in filiis* 35. *Cod. eod. libro* 10.

Cum verò muneribus variis essent obstricti, mirum videri non debet, si curiam quisque quo ad posset defugeret, adeo ut pœnæ loco Christiani ab impiis Principibus curiæ addicerentur, invitarentur etiam, qui naturales habebant filios eos curiæ offerre, & hac via legitimare *Inst. De* 3 *nupt. §. pen.* * Verum pro istis oneribus prærogativæ variæ iis datæ cum in pœnis à plebeis separentur, ut videre est in *d. l. Omnes* 33. *C. d. t. l.* 3. *sup. de veteranis leg. Moris* 9. *§. ista & l. Capitalium* 28. *§. & ut generaliter supra de pœnis* qui honos non tantum ipsis decurionibus, sed & parentibus, liberisque eorum habitus, *dict. leg. Moris §. parentes.* Erant prætetea immunes ab extraordinariis muneribus *l. Curiales* 21. *C. h. t. lib.* 10.

TITVLVS III.

De albo scribendo.

SUMMARIUM.

1. *Decurionum nomina ordine in albo describenda.*
2. *Decurio non habendus, qui contra legem est creatus.*

IN albo [quod tabula erat dealbata] nomina 1 Decurionum describi solent, eo ordine quo lex municipalis præcipiebat: qua cessante, eo ordine quis scribendus, quo majoribus honoribus functus, primò qui dignitates à Principe sunt consecuti, & inter alios antiquissimus quisque priori loco scribendus, *l.* 1. *h. t.* Qui ordo etiam in sententiis dicendis spectandus, *d. l.* 1. *§. fin.* * Non operatur autem hæc descriptio, ut Decurio quis 2 habeatur contra legem creatus, *l. Herennius* 10. *supr. tit. prox.* Promotio enim contra legem nullius est momenti, sicuti & sola relatio in censum non facit civem Romanum,

TITVLVS IV.

De muneribus & honoribus.

SVMMARIVM.

1. *Honor municipalis & munus circa qua versentur.*
2. *Munera alia personalia, alia patrimonialia alia mixta.*
3. *Eaque quilibet subire cogitur.*

CUm municipes, incolas & decuriones munera & honores obire in municipiis sit dictum, de iis in genere hic subjicitur, quæ diversa sunt, ut videre est ex *l.* 2. *§. fin. & l.* 7 *sup. t.* 2. *l. honoris* 10.

1 *l.* 14. *in h. t.* * Honor enim municipalis secundùm Callistratum in *dict. leg.* 14. est administratio Reip. cum dignitatis gradu, sive cum sumptu, sive sine erogatione contingens, cujus ordinis est Magistratus, *l. Cui muneris* 12. *h. t.* munus verò Reip. sine dignitate cum sumptu ut onus in se contineat *d. l.* 14. §. 2. & propriè est id, quod necessario obimus lege, morte, imperio ejus qui jubendi habet potestatem. Describitur a Pomponio, in *l. Pupillus* 239. §. *munus inf. De V. S.* omne publicum officium privati hominis, ex quo commodum ad singulos universosque cives, remque eorum imperio magistratus extraordinario pervenit.

2 Sunt munera triplicia, personalia, patrimonialia, & mixta *l. munerum fin. in princ. h. t.* Personalia sunt, quæ animi provisione & corporalis laboris intentione perpetiantur, ut tutela, cura adultorum furiosorum, annonæ comparandæ dividendæ, & similium, quæ ad civitatem, ejusque defensionem pertinent, de quibus latè *l.* 1. *& d. l. fin. & passim h. t.* Patrimonialia, quæ sumptibus patrimonii & damnis administrantis expediuntur, cujusmodi sunt, quæ patrimoniis indicuntur, unde & patrimonii onera vocantur. Et ex his quædam possessoribus injunguntur sive sint municipes, sive non *l.* 6. *fin. h. t.* Ejus ordinis sunt contributiones viæ sternendæ caussa, onus agminalium equorum, qui sequuntur exercitum, veredorum, qui sunt equi cursuales angariorum, quæ denotant necessitatem onerum vehendorum bajuladorumque de quibus *d. l. fin.* §. *patrimonialia h. t.* Quædam non nisi municipibus & incolis injunguntur, uti exactio tributorum, munus hospitis in domo recipiendi, *l.* 3. §. *exactionem &* §. *munus h. t.* & alia, de quibus passim hic Mixta sunt, in quibus corporale ministerium quis præbere cogitur, ac præterea non nihil ex bonis, *d. l. fin.* §. *mixta h. t.*

3 Munera hæc quilibet subire cogitur, nec onus eorum subterfugiet æstimationem honoris aut muneris in pecunia offerendo, *leg. Æstimationem* 16. *hoc tit. l.* 19. *C. De excus. muner. lib.* 10. quia aliàs non essent, qui Reipubl. bono prospicerent. In eligendis autem ad honores aut munera inspicienda est personæ qualitas, origo substantia, *l. Honor.* 14. §. 3. *h. t.* an sit idonea, an muneri vacare possit, *l. Vt gradatim.* 11. *h. t.* ubi mandatur, gradatim honores deferantur, & a minoribus ad majores perveniatur ex optima ratione, ut in minoribus exercitati digni reddantur majoribus.

ADDITAMENTA.

Ad tit. 4. de Muneribus & Honoribus.

AD *n. II.* De muneribus & jure collectandi: Et Forenses, qui bona in loco, ubi non habitant possident, ad quæ onera teneantur, *vid.* Gail. 2. *obs.* 52. *per tot.* Tessaur. *decis.* 149. Gail. *de arrest. Imp. cap.* 10. *n.* 6. *& seqq.* Gabriel *de jur. invest. concl.* 2. Coler. *part.* 2. *cap.* 3. *n.* 372.

TITVLVS V.

De vacatione & excusatione munerum.

SVMMARIVM.

1. *Vacatio & excusatio differunt.*
2. *A muneribus qui & qua ex causa excusantur.*

1 VT cogantur municipes suscipere munera, sunt tamen, qui cogi nequeunt, propter vacationem concessam, aut excusationem, quam habent. Quæ duo differunt; nam excusatio causam habet, & est legitima: vacatio nec causam habet, nec legem, sed tantum indulgentiam Principis, quæ ab extraordinariis tantum muneribus liberat, non ab ordinariis & legitimis.

2 Excusantur autem alii propter ætatem minorem, *l.* 2. *h. tit.* alii propter majorem, ut LXXV. annorum, senectus enim quieti digna. Ubi tamen & septuaginta anni excusant à tutela & cura, *l.* 3. *& seq.* non etiam ab honoribus, *l.* 6. *h. t.* Liberorum quoque numerus à muneribus civilibus præstat excusationem, non ab honoribus *l.* 2. § 1. *h. t.* Incolumes tamen sint & naturales, non etiam adoptivi.

privi. Excusat aliquos numerus liberorum veluti a legationibus, *l.1.C. De legation. lib.10.* Excusant & inopia & valetudo. Honorem sustinenti non imponitur munus, *l. Honorem 10. sup. t. prox.* Excusat & professio bonarum artium Grammaticos, Medicos, Philosophos à muneribus corporalibus, non etiam ab iis, qui sumptibus expediuntur, *l. 8 §. Philosophis h.t.* Et in genere nulla privilegia excusant à muneribus, quæ possessionibus vel patrimonio indicuntur, *l. ab his 10. hoc tit.* Angariorum tamen præstatio & recipiendi hospitem necessitas remissa Professoribus, *d.l. 10.*

TITVLVS VI.

De jure immunitatis.

SUMMARIUM.

1. *Immunitatis forma strictè observanda.*
2. *Immunitas concessa collegio perpetua est.*

1 SUperior Tit. est est de caussis immunitatis, hic est de jure & forma, quæ strictè servanda, unde is, cui concessa vacatio munerum, non recusat Magistratum, qui non est munus, sed honos. Data personis non transit ad hæredes, *l.1.§.1.h.t.* Data liberis & posteris ad eos dumtaxat pertinet, qui sunt ejusdem familiæ, *l. Vocatio 13. sup. t. 4.* Strictam enim recipiunt interpretationem ejusmodi concessiones, nec extendendæ, ut quàm minimum noceant Reip. aut aliis. Quo modo concessa vacatio ei qui septuaginta annis major est non competit needum septuagesimum annum egresso, *l.3.h.t.* 2 Data generaliter immunitas collegio aut corpori perpetua est, quia corpus non extinguitur *l.7. sup. quod cujusq. univers.* Non tamen nisi ad artifices pertinebit. *l. pen. §. pen. h.t.* qui necessariam operam Reip. præstant.

TITVLVS VII.

De legationibus.

SVMMARIVM.

1. *Legati qui dicantur.*
2. *Habent jus revocandi domum conventi Romæ tempore legationis.*
3. *Item si constituerint in provincia se soluturos.*
4. *Contrahere Romæ non prohibentur.*
5. *Habentur sancti.*

1 LEgatos dictos vult Varro *lib. 5. de lingua lat.* quod, ut mittantur, publicè legantur. Tales in libris nostris appellantur, qui à municipio, civitate, Republ. provincia, cum mandatis ad Principem mittuntur. Sunt his aliqua præcipua. 2 Ut quod si Romæ conveniantur, non tantùm ex contractu alibi inito, verum & Romæ, ante legationem tamen habeant jus revocandi domum *l. 2. §. legatis & §. omnes l. si quis 8. sup. De judic.* ne per caussam litis avocentur à munere publico. Quâ de caussa & gravioribus occasionibus se non implicant, leviores rectè peragunt: quo modo rogati restituere, legationis etiam tempore, judicium accipere cogendi, & adire hæreditatem, eamque restituere, quòd ea res non multùm officiat, cum omnis actio in fideicommissarium transeat, *l. Si legatus 30. sup. Ad S.C. Trebell.* Eadem de caussa damni infecti promittere coguntur, alias vicinus mittetur in possessionem, *l. Sed etsi 18. §. adium sup. De judic.* 3 Habent & jus revocandi domum, si constituerint in provincia se soluturos; imò etsi Romæ existentes constituerint se soluturos quod ante debebant, *d.l. 8. sup. De judic.* ubi id ipsum expressum. Verùm ex diametro illi contradicere videtur, *l. 5. §. 1. sup. De constit. pecunia.* Ad conciliationem quidam putant in *d. §. 1.* deesse negativam, quod videtur colligi ex subsequentibus. Posset tamen salvo textu, alia conciliatio poni, quod scilicet *d.l. 8.* agat de eo, qui simpliciter constituit se soluturum quod contraxit in provincia, non adjecto loco, qualis habet jus revocandi domum; dictus verò *§. 1.* loquatur de constituente Romæ se ibi soluturum quod debet, qualis videtur ibi contraxisse. Accurs. in *d. §. 1.* & Cujac. 13. *Observ. c. 17.*

4 Contrahere Romæ non prohibentur Legati, *l. Legatus 12. h. t.* cujus nomine judicium ibi accipiunt, *l. Si legationis 25. sup. de judic.* Quod etiam obtinet, si legati adversus alios agant, *d.l. 2. §. sed etsi & l. Qui non cogetur 22. sup. De judic.* Excepto tamen casu, quo injuriam suam persequuntur aut damnum illatum. *d.l. 2. §. sed etsi*: Peractâ legatione si Romæ subsistant jus revocandi domum cessat, quia cessat ratio privilegii, *d.l. 2. §. omnes.*

5 Habentur autem Legati sancti: unde illos pulsans, aut alias injurians, contra jus gentium fecisse judicatur, *l. fin. h. t.* ubi etiam, qui Legatum pulsasset, hostibus dedi placuisse refert Pomponius.

AD-

ADDITAMENTA.

Ad tit. 7. de Legationibus.

AD n. I. Absolutorum principum Legati Vocantur Bottschafften Gesandten: Statum verò ad comitia *Deputati* Abgesandte: Quos vero Princeps ad subditos mittit, *commissarii* dicuntur. *vid.* Besold. *in thes. pract. verb.* Ambassador.

An Selecti illi viri, qui hodie à Principibus & civitatibus imperialibus, vel ad aulam Imperatoriam vel ad Comitia indicta, vel denique ad deputatos Imperii conventus mittuntur & oblegantur, qui olim Nuncii, *ut in tit. de pac const. & in* Aur. Bull. Carol. IV. hodiè Bottschafften / Gesandten und Abgesandten appellantur, sint cum veterum Romanorum Legatis Comparandi? *vid.* Hering. *in tract. de fidejuss cap. 7. n. 556.*

TITULUS VIII.

De administratione rerum ad civitatem pertinentium.

SUMMARIUM.

1. *Administrantium nomina varia.*
2. *Curatoribus annonæ quæ incumbant.*
3. *Ad quid teneantur.*
4. *Inter plures, qui gesserunt quis ordo servanaus.*

TItulus hic agit de officio & munere administrantium res sive pecunias civitatis; quod munus rarò uni pro indiviso totum injungitur, 1 sed divisum pluribus. * Unde varia sunt administrantium nomina, uti Curator Reipl. Calendarii, annonæ tum comparandæ. Fit & mentio Curatoris in l. §. *si eo tempore h. t.* qualis est qui nomi- 2 nat ad munera, *l. si quis* C. *De Decur. lib.* 10. * Curatorum istorum est, pecuniam ad annonam destinatam distractis rebus exigere, res Reip. ejusque opera debito modo curare, ad certam speciem relictam pecuniam in alios usus minimè convertere, *l. 1. & 5. h. t.* nisi tamen caussa velit, *l. 4. h. t. l. fin. inf. tit.* 10. * Rationem administratio- 3 nis secundum fidem reddere, *l. 2. h. t.* ita ut, si culpam commiserint, præstent in simplum si dolum, in duplum, pœna tamen ad hæredes non transeunte, *l. fin. §. 4. h. t.* ad quos tamen operum periculum pertinet, *d. l. fin* §. 1. Tenentur ad usuras pecuniæ publicæ, quæ penes ipsos remansit, ejus verò quæ non potest à redemptoribus operum exigi, tantum sortis periculum præstant, *d. l. fin. in princ.* * Est autem & ratio ordinis, ut inter 4 plures primo qui gessit conveniatur, ejus collega, *l. 1. §. jus h. t.* cujus nomine actio in collegam ut decernatur vult æquitas, *d. l. 2. §. actio.* Imo & hæredibus ejus quod dependsum solvi jubet. Præses provinciæ, *d. l. 2. §. quod impensum.*

TITVLVS IX.

De Decretis ab ordine faciendis.

SVMMARIVM.

1. *Decurionem decreta in quibus consistant.*
2. *Qualia esse debeant.*

ADministratorum & decurionum munus 1 potissimum consistit in decernendo ea, quæ civitatis bonum concernunt, constituendo salaria Medicis, qui ea sunt morum probitate & artis peritia, quibus se, suosque liberos in ægritudine committat, *l. h. t.* Quæ decreta non sunt rescindenda, *l. pen. h. t.* * Sint tamen non ambitiosa & 2 auræ populari commodata, *l. 4. h. t.* Sint legitimo numero decurionum emissa, qui est ut major pars ordinis consenserit, adhibitis, dum habetur ordo, ad minimum d[illegible] abus partibus, *l. 2. & .. h. t.* cum quod major pars Curiæ decrevit, [illegible] habeatur, ac si omnes decrevissent, *l. Quod major* [illegible]

TITVLVS X.

De Operibus publicis.

SUMMARIUM.

1. *Opera publica quilibet facere potest.*
2. *Illis nonnisi nomen principum inscribendum.*

Curatoris operum est dirigere opera publica, cujus ordinis sunt balnea, theatra, aquæductus * Hæc quisque facere potest suo sumptu, ad publicam utilitatem, sine auctoritate Principis, nisi res pertineat ad æmulationem alterius civitatis, vel materiam seditioni præbeat, vel circa ea sit, unde pendet salus civitatis, *l. 3. & 6. h. t.* * Non inscribitur autem operibus nisi nomen Principis: permissum tamen ejus, cujus sumptu erectum, nomen inscribi, *l. 3. in fine h. t.* ut munificentiæ suæ hunc habeat fructum, *l. 2. in fine h. t.* Est & curatori negotium cum redemptoribus, *d. l. 2. §. 1.* quales sunt, qui opus sua manu conficiendum conducunt, *l. Redemptores 39. sup. de rei vindic.* quos habet obligatos sibi, ipse obligatus Reipubl. *d. §. 1.*

TITVLVS XI.

De Nundinis.

SVMMARIVM.

1. *Nundinæ quid & unde dictæ.*
2. *Aliæ parvæ, aliæ majores.*
3. *Nundinarum majorum privilegium.*

Ad jura publica municipiorum spectant Nundinæ, dictæ quasi Novendinæ, à nono quoque die, quem feriatum esse voluit antiquitas, ut convenirent rustici mercandi vendendique caussa cujus rei necessitatem Platonis auctoritate confirmat Callistratus *hic l. 1.* * Illæ aliæ sunt parvæ, quæ habentur sine privilegio, aliæ majores. Hæ a principe sunt impetrandæ, in quibus mercatus certo & stato anni die exerceri solitus * Quarum hoc privilegium, quod debitores eo venientes privati anterioris debiti caussa conveniri aut detineri nequeant, *l. 1. h. t.* quo modo & repressaliorum exercitium cessabit, Bald. *d. l. 1.* Dico, privatis; quia publicum debitum non habet hanc securitatem, *l. 3. §. fin. sup. de feriis* vel nec delicta, *l. 2. C. De exhib. reis* Dico, anterioris; quia de eo, quod in ipsis nundinis est contractum, conveniri quis potest, sortitur enim quisque forum in loco contractus, *l. Hæres 19. §. 1. sup. de judic.*

Est in his mercatoribus hoc speciale, quod ob locum occupatum per merces venum expositas temporalis quæstus exigi nequeat, *d. l. 1.* Amittitur hoc nundinarum privilegium non utendo per decennium, *l. 1. h. t.*

TITVLVS XII.

De Pollicitationibus.

SUMMARIUM.

1. *Pollicitatio quid?*
2. *Pollicitationis forma servanda.*
3. *Ex pollicitatione qui obligentur.*
4. *Pollicitus ludos ad quid teneantur.*

Est & inter privilegia & jura municipiorum Pollicitatio, quæ est solius offerentis promissio *l. 3. h. t.* ex qua municipio debetur promissum & exigitur si subsit justa caussa, veluti ob honorem decretum aut decernendum, vel ob incendium vel alium casum, quem passa civitas *l. 1. §. 1. l. 3. 4. h. t.* quod ita favore publico, est inductum. In quo distinguitur à nudo pacto, ex quo ne quidem jure Canonico actionem dari textibus & rationi juris conformior habet sententia. Sine caussa ex pollicitatione nemo tenetur *d. §. 1. in fine* nisi tamen opus promissum sit inchoatum, quia inchoatio denotat promissionem fuisse. * Servanda autem est pollicationis forma, adeò ut non admittatur compensatio per pecuniam, *l. 1. & 13. h. t.*

Obligatur non tantum ipse pollicens, verum & ejus hæres. Et ob honorem quidem in solidum, ob id verò, quod opus promissum cæptum, si bona liberalitati non sufficiant, extraneus in quartam partem patrimonii defuncti tenetur, ad quam & tenetur ipse donator pauper factus, liberi verò ad decem tantum, *l. 9. & pen. h. t.* Dicta obtinent non tantùm in masculis, sed & fœminis, si quid pollicitæ fuerint, *l. 6. § pen. h. t.*

Hoc

Hoc notandum, si quis pollicitus fuerit ludos, quos non licet celebrare in ea civitate, ne sit pollicitatio inutili, promissum in alium usum convertendum, *arg. l. Legatum sup. de usufr. leg.* Neque enim attendenda defuncti voluntas, ubi agitur de interesse Reipubl. *d. l.* 13. Huc spectat votum, quo Deo quid vovetur. Obligat hoc patremfam. non filios; non facit tamen res votas hoc ipso sacras, *l.* 2. *h. t.*

TITVLVS XIII.

De extraordinariis cognitionibus.

SUMMARIUM.

1. *Extraordinaria cognitionis sunt salaria debita liberalium artium Professoribus & Medicis.*
2. *Non etiam Philosophis aut Iurisconsultis.*
3. *Advocato mortuo prorogatum non requiritur.*
4. *Si nihil prorogatum, hæres pro residuo nihil exigere potest.*

Varia hic proponuntur, super quibus, non dato judice speciali per Prætorem aut Præside extra ordinem ex officio nobili sine figura judicii summarim jus dicitur. * Cujus ordinis sunt salaria debita liberalium artium Professoribus & Medicis, honoraria item & mercedes, ac nutritia debita nutricibus, de quibus *l.* 1. *h. t.* * quorum numero Ulp. eximit Philosophos, *d. l.* 1. §. 4. quod eos profiteri oporteat mercenariam operam spernere. Eximit & Jurisconsultos, quod civilis sapientia sit res sanctissima, pretio nummario non dehonestanda, petendo illud coram judice, quod à litigante sponte erat offerendum, *d. l.* 1. *§. proinde* Et hoc in iis, qui gratis jus civile profitentur; nam Advocatis petentibus salarium dicendum jus, *d. l.* 1. *§ in honorariis*, modò illud non excedat legitimam summam. * In quo hoc est singulare, ut mortuo Advocato ante litem peractam honorarium in antecessum datum sive prorogatum aut præceptum repeti nequeat per dantem ab hærede, *l. § divus h. t.* quod per eum non steterit, quo minus caussam perageret. * Quod si nihil prorogatum, verius est, hæredem advocati pro residuo tempore nihil exigere posse, quamvis id velit Accurs. in *d. §. divus*, quo tamen tantum proditum, ne cogatur hæres restituere, id quod prorogatum. Nec facit pro eo *l. Si quis* 11. *in fin. C. De proximis sacror. scrinior lib* 12. & *l. Post duos* 13. *C. De advoc. divers. judicior.* ubi id singulariter statuitur in hærede proximiorum sacri scrinii & patroni fisci. Vult Cajus in *l. fin. h. t.* Judicem, qui litem suam fecerit, id est per imperitiam malè judicando litem totam in se verterit, in tantum teneri adversario, in quantum æquum religioni judicantis visum fuerit, qua de re supra de re judicata actum.

TITULUS XIV.

De Proxeneticis.

SUMMARIUM.

1. *Proxeneticum quid, & quis Proxeneta.*

Inter extraordinarias cognitiones refertur proxeneticum; id est, pretium proxenetæ, id est, pararii, mediatoris sive interpretis, cujus interventu inter duos pluresve nomina, officia, amicitiæ, nuptiæ, aliaque negotia contrahuntur, *l.* 2. & 3. *h. t.* Est enim Proxeneta alicujus negotii gerendi caussa operam suam accommodans, quo nomine rectè quis exigit.

TITVLVS XV.

De Censibus.

SUMMARIUM.

1. *Census quid.*
2. *Tributo sua die non soluto quid juris?*
3. *Ad censum qui teneantur.*
4. *Censitores, Peræquatores, Inspectores.*

Census varias habet significationes. A Juris consultis communiter accipitur pro tributo, pensatione sive præstatione, quæ præstatur Imperatori in tuitionem Reip. Ut Census sit descriptio civium & bonorum ad ipsos pertinentium; De civibus traditur *l.* 1. *h. t.* de rebus, bonis, fundis *l.* 4. *eod.* In civibus censendis inspicienda ætas, quæ interdum tribuit quibusdam ne tributis onerentur, *d. l.* 3. Censum rerum quisque profitetur in ea civitate, in qua agrum habet, illi enim debetur tributum, *d. l.* 4. *§. u verò.* * Est in hoc singulare, quod si suâ die pecunia tributi non fuerit reddita,

prædia, unde debentur, jure pignoris distrahantur, frustra oblata moratoria cautione, *l 5. in fine h. t.* & quod possessor unus ex pluribus, quorum prædia tributum debent, ex caussa tributorum non solutorum conveniri possit, cui adversus cæteras actiones à fisco præstari æquum est, *d. l. 5. in princ.*

3 Ad censum tenentur omnes nisi quos immunitas concessa eximit: quæ personalis cum persona extinguitur, generaliter locis concessa ad posteros transit, *d l 4. §. quamquam*, ut quæ coloniis, quæ sunt juris Italici, competit de quibus Ulp. hic *l. 1. 6. 7 fin.*

4 A censu dicti Censitores sive Censores, qui censum agunt. Sunt & Peræquatores & Inspectores, qui emendant prædiis inspectis & adæquatis invicem, ut revelentur, quibus grave onus est adscriptum, graventur, quæ sunt censita levius, de quibus *C. de censib. lib. 11.*

TITULUS XVI.

De verborum significatione.

SUMMARIUM.

1. *Mens decentis potior est voce.*
2. *Si de mente non constet qualiter verba accipienda.*
3. *Obscura in mitiorem partem interpretanda.*

Compilatores Digestorum duobus generalibus Titulis ad universum jus civile spectantibus opus suum concludunt. Prior est de verborum significatione & interpretatione, quæ inventa sunt, ut dicentis exprimant sententiam. * 1 Quæ in primis spectanda, & prior est atque potentior voce, *l. Labeo 7. in fine supra de supel. l.* & prius consideranda quàm verba, *lig pater 101. supra de cond. & demonst.* cujus indicandæ caussa sunt reperta. Unde ut assequamur mentem, circumstantiæ sunt inspiciendæ: intelligentia enim dictorum ex caussis dicendi est assumenda, quia non sermoni res, sed sermo rei est subjectus. Hinc in suppellectile legata inspiciendum prius in quam rationem testator eam referre sit solitus *d. l. 7. §. 2.* ne dum verborum proprietas attenditur, veritatis amittatur sensus. * 2 Si mente aliter non pateat, verba accipiemus secundum proprietatem, pro ut natura rei, de qua agitur, permittit, & fert communis loquendi usus, qui omnium rerum, tum maxime verborum est magister.

3 Obscura in partem mitiorem interpretanda & ita, ut aliquid potiùs agant, quam frustranea sint, & res de qua agitur, valeat potius quam pereat. Ubi inspicienda conditio proferentis, qui si imperitus fuerit, crassa Minerva verba sunt accipienda. Interdum & habendus respectus ejus, ad quem verba diriguntur, qua in re multum valet arbitrium viri prudentis. Videatur hac de re latissimè Alciatus ad hunc Tit.

TITULUS XVII.

De diversis Regulis juris antiqui.

SUMMARIUM.

1. *Regula juris quid?*
2. *Famina à muneribus publicis remota.*
3. *Ejusdem juris est actus & distractus.*

1 Posterior Tit. spectat ad regulas juris, & axiomata, quæ ex jure prius constituto colliguntur & nihil sunt aliud quàm quædam generales & breves propositiones multarum decisionum caussas & principia continentes, *l. 1. h. t.* sive sunt sententiæ quædam generales, quæ ex plurium legum mente notatæ & animadversæ à J.C. paucis verbis summam eorum consensionem complectuntur. Unde rectè ait Paulus, *dict. l. 1.* per regulam tradi brevem rerum narrationem, & non sumi ex ea jus, sed eam potiùs ex jure jam posito sumptam. * 2 Hinc Ulpianus in *l. 2. h. t.* ex eo, quod diversis legibus constitutum observatur fœminas prohiberi à munere judicandi, postulandi, magistratum gerendi, tutelam, curam administrandi colligit regulam, Fœminas à publicis muneribus esse remotas. * 3 Similiter cum ex variis locis constet, ejusdem juris esse actum & distractum; revocationem, dissolutionem actus ejusdem esse naturæ, cujus est concessio, productio, regulam statuit, Ulp. in *l. Nihil 35 h. t.* Nihil esse tam naturale quam unum quodque eo genere dissolvi, quo est colligatum. Idem de aliis regulis judicium quarum materia cum passim in præcedentibus explicetur, extentque Commentarii locupletissimi in hunc Tit. Decii Hieron. Cagnoli, Cujacii, Rævardi, & aliorum, ab ulteriori earum explicatione supersedebimus, ne actum agere videamur, gratias actis illi, per quem sumus, hactenus egimus, peregrinus. Virgini Matri, totique Sanctorum cætui, quorum laudi & gloriæ cedant dicta.

FINIS.

IN-

INDEX LEGUM
QVÆ IN HOC COMMENTARIO
ILLUSTRANTUR, EXPLICANTUR, CONCILIANTUR.

Prior numerus Librum, alter Tit. tertius Num. marginalem denotat.

EX DIGESTIS.

l. Qui

INDEX LEGVM.

EX CODICE.

EX INSTITUTIONIBUS.

EX NOVELLIS.

Auth.

FINIS INDICIS LEGVM.

INDEX

INDEX
RERUM ET VERBORUM
IN HOC COMMENTARIO
ILLUSTRATORUM
ET
EXPLICATORUM.

ACCUSARE, ACCUSATIO.

ACTIO, ACTUS.

Actio

ADDICERE, ADDICTIO.

ADITIO.

ADOPTIO.

ASSESSOR.

ADVLTERIVM.

Captos

CARCER.

CAVTIO.

CENSVS.

CESSIO.

CITARE, CITATIO.

CLAVSVLA.

CLERICVS.

Cleri-

Quando

CONDVCTIO., CONDVCTOR.

CONFESSIO.

CONIVNCTIO

CONIVX

CONSTITVTIO CONSTITVTVM.

Con-

Depor-

Alia

E.

EDERE.

EDICTVM.

EMANCIPATIO.

EMPHYTEVSIS.

Alia

Filij

Insti-

INTERESSE.

INTERROGATIO.

INTESTATUS.

INVECTA.

INVENTARIUM, INVENTIO.

IUDEX, IUDICIUM.

Ex

IVRAMENTVM

IVRISDICTIO

IVS IVSTITIA

L

LÆSIO

LAV-

LEGATI

LEGITIMA

LEGITIMATIO

LEX

An

M.

MAIESTAS.

MAGIA.

MAGISTRATVS.

MALA FIDES.

MANDARE, MANDATVM.

MANVMISSIO.

MARITVS.

Non

MV-

NVNTIATIO NOVI OPERIS, NVNTIVS

NVPTIÆ

O

OBLATIO

OBLIGATIO

OCCVPATIO

OPVS, OPERE

Optio

Perdu-

PRÆ.

Prin-

Non

Sa-

SENATOR.

SENATVSCONSVLTVM.

SENTENTIA.

SEPARATIO.

SEPVLTVRA.

Socius

Sti-

Cum

SVPPELLEX

SYNDICVS

T.

TEMPVS

TESTAMENTVM

Tran-

TRANSMISSIO

TRIBVTORIA ACTIO

TVTELA. TVTOR

V

VECTIGAL

Usuca

F I N I S.

INDEX TITULORUM QUI IN DIGESTIS.

PRIOR NUMERUS LIBRUM, ALTER TIT. OSTENDIT.

Cloa-

H.

I.

L.

M.

N.

No-

Ooooooo Quod

Vacatione

INDEX TITVLORVM.

FINIS.